



Aspectos Jurídicos das Relações Público- Privadas no Brasil

 **Comunitas**

MATTOS FILHO >

Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

ÍNDICE

página
03 | A COMUNITAS

página
07 | RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E INICIATIVA PRIVADA: PANORAMA GERAL

- 1.1** Cumprimento de função pelo Estado e atendimento às necessidades da sociedade
- 1.2** Descentralização de atividades pelo Estado para cumprimento de suas finalidades
- 1.3** Parcerias público-privadas em sentido amplo
- 1.4** Serviços públicos e demais atividades passíveis de descentralização
- 1.5** Utilização das parcerias para relacionamento entre governos e iniciativa privada

página
15 | RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E EMPRESAS: MECANISMOS DE FORMALIZAÇÃO

- 2.1** Contratos administrativos ordinários (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; Lei 13.303/2016)
- 2.2** Regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/2011)
- 2.3** Concessões comuns e parcerias público-privadas em sentido estrito (art. 175 da CF/1988; Lei 8.987/1995; Lei 11.079/2004)
- 2.4** Autorizações para desenvolvimento de atividades privadas (arts. 21 e 170, parágrafo único, da CF/1988)

página
33 | RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E TERCEIRO SETOR: MECANISMOS DE FOMENTO

- 3.1** Caracterização da atividade administrativa de fomento
- 3.2** Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei 13.019/2014)
- 3.3** OSCIPs e Termos de Parceria (Lei 9.790/1999)
- 3.4** OSs e Contratos de Gestão (Lei 9.637/1998)
- 3.5** Atividade de fomento por meio de empresas estatais

página
47 | ASPECTOS ESSENCIAIS DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS: PRINCÍPIO E PROCESSO

- 4.1** Princípios constitucionais que regem as relações público-privadas
- 4.2** Necessidade de processo administrativo (Lei 9.784/1999)
- 4.3** Dever de motivação adequada
- 4.4** Dever de ética e conduta adequada (Lei 8.429/1992; Lei 12.846/2013)
- 4.5** Dever de transparência nas decisões (Lei 12.527/2011)

página
95 | ASPECTOS PRÁTICOS
DAS RELAÇÕES
PÚBLICO-PRIVADAS:
ESTUDO DE CASOS

página
103 | CONCLUSÃO:
PRESENTE E
FUTURO DAS
RELAÇÕES
PÚBLICO-PRIVADAS
NO BRASIL

página
108 | REFERÊNCIAS

► SOBRE A COMUNITAS

A Comunitas é uma organização da sociedade civil brasileira que tem como objetivo contribuir para o aprimoramento dos investimentos sociais corporativos e estimular a participação da iniciativa privada no desenvolvimento social e econômico do País. Por meio do envolvimento de diversos atores da sociedade, a Comunitas estimula e fomenta ações conjuntas com o propósito de promover o desenvolvimento sustentável. A organização conta com o apoio de líderes de grandes empresas, engajados nas várias frentes de atuação da Comunitas, como o BISC (Benchmarking do Investimento Social Corporativo), o Encontro de Líderes e o Juntos pelo Desenvolvimento Sustentável, programa de aprimoramento da gestão pública municipal. A Comunitas tem como pressuposto a noção de que as empresas brasileiras podem contribuir para a superação dos problemas de ordem econômica e social em diferentes regiões do Brasil, aportando conhecimento especializado e ferramentas de gestão que podem garantir maior eficiência ao setor público e, assim, colaborar decisivamente com o desenvolvimento social do País. Neste sentido, a Comunitas aposta na atuação em rede para o estabelecimento de novos padrões de colaboração que possam transformar a realidade das cidades brasileiras.

► SOBRE O ESCRITÓRIO MATTOS FILHO

O Mattos Filho é um escritório estruturado para atender clientes em diversas áreas do Direito, de maneira coordenada e integrada. Com escritórios em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Nova Iorque e Londres, tem posição de destaque em mais de 30 áreas do Direito empresarial e trabalha para que todas sejam referência. Por entender o impacto de sua atuação no mercado, a responsabilidade social é incentivada em diferentes frentes no escritório, que busca fortalecer o protagonismo social de seus profissionais e colaborar com projetos de interesse público e impacto social. Pioneiro na prática da advocacia pro bono no Brasil, o escritório apoia juridicamente organizações da sociedade civil, atua em projetos de direitos humanos e produz conhecimento jurídico direcionado ao fortalecimento da gestão pública. Trata-se de um trabalho integrado na rotina dos advogados que permite que o Mattos Filho dedique esforços a temas conectados com os desafios da sociedade atual.

PREFÁCIO

A Comunitas é uma organização da sociedade civil brasileira que tem como objetivo contribuir para o aprimoramento dos investimentos sociais corporativos e estimular a participação da iniciativa privada no desenvolvimento social e econômico do País. Por meio do envolvimento de diversos atores da sociedade, a Comunitas estimula e fomenta ações conjuntas com o propósito de promover o desenvolvimento sustentável. A organização conta com o apoio de líderes de grandes empresas, engajados nas várias frentes de atuação da Comunitas, como o BISC (Benchmarking do Investimento Social Corporativo), o Encontro de Líderes e o Juntos pelo Desenvolvimento Sustentável, programa de aprimoramento da gestão pública municipal. A Comunitas tem como pressuposto a noção de que as empresas brasileiras podem contribuir para a superação dos problemas de ordem econômica e social em diferentes regiões do Brasil, aportando conhecimento especializado e ferramentas de gestão que podem garantir maior eficiência ao setor público e, assim, colaborar decisivamente com o desenvolvimento social do País. Neste sentido, a Comunitas aposta na atuação em rede para o estabelecimento de novos padrões de colaboração que possam transformar a realidade das cidades brasileiras.

INTRODUÇÃO

A publicação desse livro sobre os aspectos jurídicos das relações público-privadas no Brasil é feita num momento muito importante. Vimos nos últimos anos uma série de mazelas e desvios causados quando essas relações são implementadas de maneira incestuosa, sem controles externos e com as motivações erradas. Mas esse cenário nos faz refletir pouco e esquecer sobre os benefícios e a importância dessas relações para o desenvolvimento social e econômico do nosso país.

Há muito benefícios que podem ser capturados pela existência de maneiras organizadas e legítimas das relações público-privadas. A introdução de boas práticas de gestão e de inovações das quais o setor privado já se beneficia mais fortemente é uma das primeiras que vem à tona. Por conta das suas características próprias, como a existência da concorrência e a cobrança por eficiência e melhora contínua dos indicadores de performance, o setor privado tende a se focar muito em desenvolvimento e evolução de suas técnicas de gestão. E muitos desses desenvolvimentos podem ser utilizados pelo setor público, mas por vezes demoram muito mais tempo para serem incorporados. Com as relações público-privadas, essa diferença temporal pode ser em muito reduzida com grandes benefícios para todos os usuários de serviços públicos.

As relações público-privadas também são uma grande ferramenta de alavancagem da capacidade do Estado em entregar serviços públicos para o cidadão. Sem entrar no caloroso debate sobre se ideias como privatização ou estatização são o melhor caminho, precisamos nos confrontar com alguns fatos. O primeiro diz respeito ao tamanho das responsabilidades atribuídas aos entes estatais no Brasil. Elas são gigantescas. E num país com as diferenças econômicas e sociais que existem, as quais precisam ser diminuídas se quisermos um país que mude de patamar no cenário mundial, o Estado terá por muito tempo um papel muito importante. Nesse cenário, a discussão importante é como viabilizar todas essas responsabilidades que o Estado brasileiro tem. Não dinheiro, capacidade de execução e especialização para que o Estado assuma tudo isso sozinho. É aí que podem as relações público-privadas ajudar. Como uma importante ferramenta de atração de mais recursos para investimento, aliviando essa demanda do Estado e deixando que seus recursos se concentrem naquilo em que apenas o investimento estatal pode fazer.

Certamente as relações público-privadas precisam de uma análise cuidadosa sobre a remuneração do setor privado e o custo imposto ao Estado e aos cidadãos, mas é inegável o alívio e a alavancagem na prestação dos serviços públicos num modelo onde as relações público-privadas são utilizadas de forma eficiente e constante.

Mas talvez o maior benefício que as relações público-privadas possam trazer para a sociedade brasileira seja um maior alinhamento e entendimento dos dois lados dessa equação. Ao possibilitar que a iniciativa privada participe junto com o Estado numa série de iniciativas, as relações público-privadas fazem com que o setor privado e a sociedade civil estejam mais próximos e com melhor entendimento das dificuldades do setor público, passando a contribuir mais com ele e ficando alerta com relação à sua atuação.

E nesse momento do nosso país, somente a partir do engajamento de lideranças de todos os setores é que seremos capazes de criar uma visão comum e criar um projeto de país que nos tire de uma letargia econômica e social.

José Eduardo Carneiro Queiroz

CAPÍTULO

1

**RELAÇÃO ENTRE
GOVERNOS E
INICIATIVA
PRIVADA:
PANORAMA
GERAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (“CF”) estabelece princípios, direitos e garantias fundamentais, dispõe sobre a organização do Estado e dos Poderes, entre outras matérias. À Administração Pública cabe o cumprimento da função administrativa, por meio da realização das atividades destinadas à coletividade.

Essas atividades são executadas de diversas formas, como por meio do próprio corpo da Administração Direta (desconcentração de atividades), por entidades da Administração Indireta (descentralização de atividades) ou com o apoio de agentes privados (descentralização por colaboração).

Entre as atividades desenvolvidas pelo Estado, nem todas são passíveis de descentralização, como se verá nos tópicos a seguir. Algumas delas são exclusivas ao Estado, enquanto outras são atividades sujeitas à livre prestação pela iniciativa privada, bastando mera autorização estatal para seu exercício.

Desse modo, o objetivo dos tópicos 1.1, 1.2 deste Capítulo é apresentar panorama geral acerca das atividades estatais. Nos tópicos 1.3, 1.4 e 1.5, pretende-se introduzir as possíveis formas de realização dessas atividades, seja dentro da estrutura da própria Administração Pública, como também em colaboração com a iniciativa privada.

A partir disso, será possível compreender os mecanismos existentes para o que o Estado cumpra com sua função de maneira mais eficiente, em benefício do interesse da coletividade.

1.1 Cumprimento de função pelo Estado e atendimento às necessidades da sociedade

A CF é o normativo legal de hierarquia máxima no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação é de âmbito nacional (isto é, aplicável a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Um de seus pontos estruturais é o princípio da separação de poderes, responsável por dividir o exercício do poder político entre órgãos distintos e independentes, que controlam uns aos outros.¹

Cada Poder é responsável pelo exercício de uma espécie de função:

- O **Poder Legislativo** é encarregado da função legislativa, relativa à elaboração e análise de proposições de leis em sentido amplo e a correspondente votação e aprovação;²
- O **Poder Judiciário** exerce função jurisdicional, atuando mediante provocação das partes interessadas para solucionar conflitos, com base na legislação;³

▪ **A função administrativa** é a atividade que presta serviços de interesse da coletividade, compreendendo, a título de exemplo a realização de atividades necessárias à convivência social (cobrança de tributos, aplicação de multas, edição de regulamentos às leis fiscalização de atividades privadas, dentre outras).⁴

Do ponto de vista constitucional,⁵ a função administrativa é desempenhada pelo Poder Executivo. Contudo, nada impede que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário a exerçam de forma atípica.⁶ Em todas as hipóteses, a função administrativa será desempenhada por meio de comportamentos infralegais, sempre subordinada às leis anteriormente editadas pelo Poder Legislativo (princípio da legalidade) e submetida ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Há diversos exemplos de atividades que caracterizam essa função.

Em primeiro lugar, **entende-se por serviços públicos toda atividade que a Administração Pública executa para satisfazer a necessidade da população, sob regime jurídico predominantemente público.**⁷ De maneira rígida, a Constituição Federal atribui as competências materiais para a prestação das atividades administrativas para cada ente federativo. De forma exemplificativa, compete à União o cumprimento dos serviços postal e de correio aéreo, de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de geração e fornecimento de energia elétrica, de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura aeroportuária, de transporte ferroviário, aquaviário, ferroviário e de portos marítimos.⁸ Ainda, compete aos Municípios a prestação dos serviços de interesse local, como o de transporte coletivo.⁹ Por sua vez, os Estados têm a competência residual, na medida que se encarregam, além da distribuição de gás,¹⁰ dos serviços que não são reservados nem a União e nem aos Municípios.¹¹

Em segundo lugar, vale mencionar as atividades administrativas relacionadas à aplicação de multas de trânsito. O Regulamento do Código Nacional de Trânsito, veiculado pela Lei 9.503/1997, prevê que compete ao Conselho Nacional de Trânsito disciplinar o processo de arrecadação de multas decorrentes de infrações, bem como provar a fixação do valor das multas para os Estados, Territórios e Distrito Federal.¹² Trata-se, portanto, da função administrativa fundamentada no poder de polícia do Estado – isto é, o poder de a Administração Pública disciplinar o comportamento dos administrados por meio da fiscalização e aplicação de penalidades.

O exercício da função administrativa também se faz presente nas atividades fiscalizatórias da vida privada, na medida em que, por exemplo, compete à Administração Pública autorizar a construção e reforma de

edifícios¹³ – caracterizando o processo de licenciamento. No Município de São Paulo, por exemplo, a Secretaria Municipal de Habitação coordena esse processo e a depender da obra, há também a necessidade de encaminhar o projeto a outros órgãos como condição à sua realização. Ou seja, quando um terreno possui árvores que deverão ser removidas será necessária a permissão e orientação da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente.¹⁴

Por fim, salvo disposição contrária na legislação infraconstitucional, as obras, serviços, compras e alienações intentadas pela Administração Pública serão precedidas por um procedimento rígido e com etapas e fases preestabelecidas (licitação pública), conforme previsto no art. 37, XXI, da CF. Existe o dever imposto à Administração Pública em promover competição entre os particulares interessados, mediante processo de licitação, para eleger aquele mais qualificado em atender o interesse público. Toda tramitação do processo administrativo licitatório guarda relação com o exercício da função administrativa pelo Poder Executivo.

Portanto, **a função administrativa consiste na prática de atos jurídicos infralegais emanados pelo Estado com o objetivo de atender ao interesse público.**¹⁵ Isso independente da manifestação de qualquer pessoa, na medida que a função procede de ofício, ou seja, por iniciativa própria do aparelho estatal, desde que haja lei anteriormente concedendo o poder em questão.¹⁶

1.2 Descentralização de atividades pelo Estado para cumprimento de suas finalidades

No exercício da função administrativa, o Estado pode executar as suas tarefas de três formas:

- **diretamente;**
- **indiretamente; ou**
- **outorgando a realização de suas atividades aos**

Em primeiro lugar, a CF prevê a realização das atividades estatais pela Administração Pública Direta, composta pelas pessoas políticas do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e seus respectivos órgãos (secretarias e ministérios).¹⁷⁻¹⁸

Nesse caso, temos o chamado processo de desconcentração, em que as atividades são divididas de maneira centralizada, dentro da própria máquina administrativa, por meio de relação de hierarquia.¹⁹ Assim, dentro da mesma pessoa jurídica, são criados diferentes órgãos, denominados de ministérios, secretarias e outras subdivisões.

Por exemplo, em âmbito federal, o Ministério da Educação é subordinado à Presidência da República e tem a função de atender, promover e desenvolver todas as esferas da educação no Brasil. Dentro do Ministério, existem secretarias voltadas a ramos específicos de atuação, tais como a Secretaria de Educação Básica, responsável pela garantia à educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio a todas crianças e adolescentes, bem como a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento inclusivo dos sistemas de ensino, voltado à valorização das diferenças e da diversidade e à promoção da educação inclusiva e da sustentabilidade socioambiental.

Em segundo lugar, temos a descentralização das atividades estatais para a Administração Pública indireta,²⁰ composta por pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria, que são chamadas de entidades administrativas. Tais figuras tem capacidade exclusivamente administrativa, isto é, capacidade para a aplicar a lei, de ofício. Por exemplo, o Banco Central do Brasil foi criado como descentralização da União para o fim específico de aplicar as leis tratando das reservas cambiais do país e da fiscalização das instituições financeiras, por meio da aplicação de leis anteriormente editadas pela União.

Cabe ressaltar que a Administração Pública Indireta, além de ser composta entidades públicas (autarquias, consórcios públicos²¹ e fundações governamentais públicas), é integrada também por outros entes, parcialmente sujeitos ao direito privado: sociedades de economia mista, empresas públicas²² e fundações governamentais privadas.

Como exemplo de entidade de direito público, organizada sob a forma de consórcio público, pode-se mencionar o CODIVAR (Consórcio de Desenvolvimento Intermunicipal Vale do Ribeira, cuja composição envolve 21 (vinte e um) Municípios da Região do Vale do Ribeira, com o objetivo de exercer, na escala regional, diversas atividades em relação aos serviços públicos considerados como de direito difuso nas áreas de saúde, educação, meio ambiente, mobilidade urbana, transporte, de manejo dos resíduos sólidos e de drenagem e manejo das águas pluviais no território dos Municípios consorciados.

Em relação às entidades sujeitas parcialmente ao regime de direito privado, destacam-se a Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A), destacam-se como empresas estatais a Petrobrás, cuja atuação reside nas áreas de exploração, produção e demais atividades envolvendo petróleo e gás natural, e a Caixa Econômica Federal, enquanto instituição financeira.

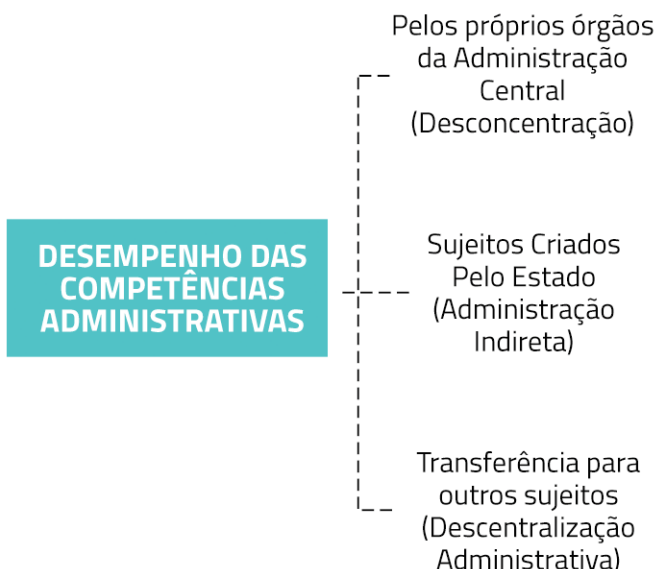
exemplo, conforme exposto acima, a Caixa Econômica Federal é empresa pública federal, com patrimônio próprio e autonomia administrativa. Entretanto, é vinculada ao Ministério da Fazenda,²³ que pode exercer seu controle e fiscalização.²⁴

Quadro Resumo – Organização Administrativa

		COMPOSIÇÃO	EXEMPLOS
ADMINISTRAÇÃO DIRETA (ÓRGÃOS)		MINISTÉRIOS	MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
		SECRETARIAS	SECRETARIA DE EDUCAÇÃO BÁSICA; SECRETARIA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA, ALFABETIZAÇÃO, DIVERSIDADE E INCLUSÃO.
		COMPOSIÇÃO	EXEMPLOS
ADMINISTRAÇÃO INDIRETA (ENTIDADES)	PÚBLICA	AUTARQUIAS	BANCO CENTRAL DO BRASIL
		CONSÓRCIOS PÚBLICOS	CODIVAR (CONSÓRCIO DE DESENVOLVIMENTO INTERMUNICIPAL VALE DO RIBEIRA)
		FUNDAÇÕES PÚBLICAS	INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE)
	PRIVADA	EMPRESAS ESTATAIS (SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS) E FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS PRIVADAS	PETROBRÁS; CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Por último, em determinadas situações, o Estado pode outorgar a realização de atividades típicas da Administração aos particulares, sob regime de concessão ou permissão, caracterizando a descentralização por colaboração.²⁵ Nesse caso, a Administração Pública transfere o exercício do direito à exploração de determinado serviço público, porém mantém sua titularidade.²⁶

A outorga inaugura relação especial entre Administração e particular. O ente privado prestará serviço sob o regime de direito público, por estar exercendo atividade estatal. Como exemplo, temos as empresas que exploram o transporte de passageiros por via aérea ou por meio de transportes aquaviários, cuja exploração é de titularidade da União.²⁷



1.3 Parcerias público-privadas em sentido amplo

As parcerias público-privadas consistem nos acordos firmados entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento de atividades de interesse da coletividade.²⁸

A utilidade das parcerias público-privadas reside na viabilização do desenvolvimento de objetos relevantes à coletividade e que atendam o interesse público, mas que a Administração Pública não consegue por conta própria executá-los devido à insuficiência de recursos financeiros. Além disso, as parcerias permitem a entrega de objetos no prazo e

orçamentos previstos e a operação mais eficiente na prestação dos serviços e manutenção dos bens. Uma de suas principais características é a divisão dos riscos contratuais entre o Estado e o parceiro privado, que incentiva a inovação e a gestão orientada à satisfação dos usuários.²⁹

Um exemplo de projeto em que tal característica é bastante evidente diz respeito à Concessão Patrocinada da Linha 6 – Laranja, do Metrô de São Paulo. O empreendimento prevê, em seu contrato, o compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado. Assim, o parceiro privado assume os riscos associados à elevação dos custos operacionais e aumento no valor dos investimentos sob sua responsabilidade, além de ser responsável por obter as licenças ambientais e arcar com os custos de desapropriação de suas obras. Por outro lado, o Poder Público, assume riscos outros riscos, sobretudo relacionados à inadimplência contratual. Além disso, cabe ressaltar que o projeto prevê, inclusive, o compartilhamento do risco de demanda. Isto é, a divisão entre eventuais perdas e ganhos ocasionados pelo fato de a demanda pelos serviços ter sido diferente da projetada inicialmente.³⁰

De forma ampla configura-se parceria público-privada nas situações em que se criam interações entre o Estado e os particulares para a prestação de serviços públicos. Esta interação pode se concretizar por meio de diversos instrumentos da caixa de ferramentas da Administração Pública e previstas na legislação brasileira, conforme descrito de forma mais detalhada nos capítulos seguintes.

Há exemplos recentes que mostram a tendência de os governos optarem pelas parcerias público-privadas para desenvolver a prestação de serviços públicos. A concessão da Linha 4 – Amarela, do Metrô de São Paulo, por exemplo, prevê o fornecimento de equipamentos e a prestação de parte dos serviços pela iniciativa privada, nos termos da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei 11.079”).

Também foi observada a adoção de parcerias com o investidor privado na construção dos estádios de futebol para abrigar os jogos da Copa das Confederações de Futebol, em 2013, e da Copa do Mundo de Futebol, em 2014. Após a reforma do Estádio do Maracanã e do Mineirão, por exemplo, a exploração dos serviços do estádio foi concedida à iniciativa privada por prazo determinado.³¹

Ainda, o Governo Federal optou pela adoção das parcerias público-privadas em 2017, ocasião em que os aeroportos internacionais de Porto Alegre (RS), Salvador (BA), Florianópolis (SC) e Fortaleza (CE) foram concedidos à iniciativa privada com o objetivo de ofertar uma

infraestrutura aeroportuária mais qualificada e integrada para o País. Desse modo, permitiu-se que empresas, inclusive estrangeiras, possam operar os mencionados aeroportos durante o prazo de 30 anos, com exceção do aeroporto de Porto Alegre cujo prazo será de 25 anos.

Assim, cria-se uma relação de cooperação dentro da esfera administrativa, passando a prevalecer a ideia de consenso, aliada à superioridade da composição sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado.³²

1.4 Serviços públicos e demais atividades passíveis de descentralização

As atividades atribuídas ao Estado podem ser classificadas em atividades exclusivas, atividades privativas e atividades passíveis de livre prestação pela iniciativa privada.

As atividades exclusivas são aquelas que não podem ser descentralizadas por serem de responsabilidade exclusiva do Estado. Suas principais características são a indelegabilidade e a irrenunciabilidade. Por exemplo, é bastante recorrente a defesa da impossibilidade de se delegar a entidades privadas funções que implicam a manifestação de poder de império do Estado. Trata-se de afirmar que a autoridade de polícia deve ser exercida diretamente pelo Estado, pois a atividade de polícia atingiria a soberania, que deve ser manifestada necessariamente por atos unilaterais praticados diretamente pelo Estado.³³

As **atividades privativas** consistem naquelas que são de titularidade do Estado, contudo que são **passíveis de ser descentralizadas e desenvolvidas por particulares sob regime de concessão ou permissão**. Destacam-se os serviços públicos,³⁴ comumente franqueados aos particulares por meio de outorga estatal, como por exemplo, nas concessões rodoviárias para a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço prestado.

Por fim, existem as **atividades amplamente abertas à iniciativa privada**, dependendo de mera autorização estatal para seu exercício. Essa classificação abrange tanto as atividades econômicas quanto os serviços sociais públicos.

Por um lado, existem as atividades reservadas aos particulares. A CF prevê que as atividades econômicas não são, em princípio, atribuídas ao Estado.³⁵ Por outro lado, temos as atividades facultadas aos particulares.

Nesse caso, a CF dispõe que embora o Estado seja obrigado a prestar os serviços de educação e saúde, a exploração pelos particulares, sob o regime de direito privado, é livre.³⁶

Diretamente relacionada a esses pontos, encontra-se a regulação governamental quanto à imposição de regras à ação de atores privados que atuam na prestação de atividades estatais. A regulamentação atinge tanto os agentes atuantes nos setores privados (os serviços sociais e as atividades econômicas como atividades de livre-iniciativa privada), como aqueles que, estando especialmente habilitados, operam em matérias estatais privativas (prestação de serviços públicos).

A regulação ocorre de diversas formas. Cabe destacar a figura das agências reguladoras, cujo objetivo é fiscalizar o mercado, editar normas e solucionar conflitos de forma autônoma e privilegiando o conhecimento técnico sobre determinado segmento regulado. Assim, as agências exercem as competências regulatórias fiscalizatória e normativa, de forma a controlar as condutas dos agentes e editar diretrizes sobre as matérias de sua competência.³⁷

Como exemplo, cabe ser citada a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica). Criada sob a forma de autarquia, a ANEEL é responsável por regular e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ela também tem a competência de mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e os consumidores.³⁸

Essas regras de regulação mencionadas podem ser determinadas por meio de atos normativos, sanções e supervisão. Seu objetivo é incidir sobre áreas de interesse público, implementando políticas de governo, controlando os preços e tarifas envolvidos nos projetos, corrigindo imperfeições mercadológicas e preservando e promovendo direitos fundamentais³⁹ – sobretudo o acesso a serviços essenciais, como à saúde.

A regulação se dá por meio dos mecanismos de participação democrática. Partindo do exemplo do novo marco regulatório brasileiro do terceiro setor, previu-se instrumentos de transparência e de controle social, como forma de assegurar os direitos do usuário junto às empresas que exercem o serviço público.⁴⁰ Estes mecanismos são diversos, como as audiências, consultas públicas, conselhos de consumidores, ouvidorias e outras instâncias de participação.

1.5 Utilização das parcerias para relacionamento entre governos e iniciativa privada

O Estado deve atuar na atividade econômica a título de agente normativo e regulador, ressalvados casos específicos com previsão constitucional. Espera-se que exerça duas atividades de suma importância para promover o desenvolvimento: incentive e planeje os investimentos públicos e oriente, em caráter indicativo, as atividades privadas, nos termos do artigo 174, da CF.⁴¹

Para tanto, a Administração Pública se incumbem da tarefa de planejar e desembolsar recursos, oriundos de receitas orçamentárias e financiamentos adquiridos com instituições financeiras, no campo da infraestrutura. Vale ressaltar que o desenvolvimento da infraestrutura nacional é essencial para seu desenvolvimento social econômico do País, mediante investimentos, por exemplo, nos serviços de saneamento básico, mobilidade urbana, rodovias, ferrovias, portos, hospitais, escolas públicas, entre outras obras e prestações de serviços que promovam o interesse público.

Assim, o planejamento estatal recebe destacada relevância, a fim de se estudar onde os recursos públicos devem ser alocados visando o desenvolvimento nacional. Nesta noção de planejamento estatal, a Administração Pública pode firmar parcerias com a iniciativa privada para o desenvolvimento da infraestrutura nacional, com consequente contraprestação ao particular.

Conforme já abordado, essas parcerias entre a iniciativa privada e a Administração Pública caracterizam as parcerias público-privadas. O direito brasileiro dispõe diversas formas por meio das quais elas podem ser realizadas, cada uma voltada à consecução de um objetivo específico, a depender das circunstâncias de cada caso – como a disponibilidade orçamentária, o prazo disponível para a realização da obra e a fruição de suas benfeitorias. Compete aos agentes públicos avaliar as circunstâncias de seu caso para adotar a solução mais adequada e compatível com a política pública desejada.⁴²

Observamos o regime mais convencional, regido atualmente pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei 8.666”), que disciplina diversos tipos de contratos firmados pela Administração Pública.

Mais recentemente, instituiu-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (“RDC”), por meio da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 (“Lei 12.462”), tratando-se de nova modalidade de contratação, aplicável

exclusivamente às licitações e contratos para específicas situações, como as obras destinadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações e do Mundo de Futebol, às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento, entre outros.

Conforme visto anteriormente, a prestação de serviços públicos poderá ser transferida para a iniciativa privada por meio da instituição de parcerias público-privadas, sob o regime de concessão ou permissão. Nessa linha, temos o regime geral das concessões comuns de serviço público, disciplinado pela Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei 8.987”). Outro modelo contratual bastante utilizado pela Administração Pública é o relativo às Parceria Público-Privadas, em sentido estrito, nos termos da Lei 11.079, que traz as figuras das concessões patrocinadas e administrativas.⁴³



A partir da escolha de certo modelo, a Administração Pública sujeita-se às condições legalmente previstas para sua implementação. Essas regras vinculam forma de contratação de projetos, elaboração e controle orçamentário do projeto. No capítulo a seguir, será exposta uma perspectiva dessas regras de caráter geral.

CAPÍTULO

2

**RELAÇÃO ENTRE
GOVERNOS E
EMPRESAS:
MECANISMOS DE
FORMALIZAÇÃO**

No âmbito da atuação contratual dos entes estatais é que a interação com agentes privados será mais evidente. Isso porque os contratos da Administração Pública (conhecidos como contratos administrativos) são ferramentas relevantes da atuação estatal, na medida que:

- implicam na movimentação de expressivo relevante dos recursos públicos;
- são mecanismos necessários para a obtenção de bens e insumos essenciais à prestação de diversas atividades estatais (como será o caso da aquisição de produtos hospitalares, alimentos para a rede pública de ensino, dentre outros);
- são importantes para a satisfação de necessidades coletivas, visto que permitem a integração de agentes privados na prestação de atividades essenciais, caso dos serviços públicos e de utilidade coletiva.

Nesse contexto, as regras de direito aplicáveis aos diferentes contratos firmados pela Administração Pública – a que nos referimos como regime jurídico dos distintos contratos administrativos – são essenciais para a atuação eficaz dos gestores públicos. Tais regras limitam e disciplinam aspectos centrais da vida do contrato, tal como a forma de seleção do particular contratado, o conteúdo mínimo que o instrumento deverá prover, regras específicas sobre execução e alteração, dentre outros.

Assim, este capítulo tem como objetivo apresentar um panorama geral das principais questões relativas ao regime jurídico dos contratos administrativos, as principais leis e atos normativos que os regem, bem como indicar as questões fundamentais da atuação contratual administrativa. Para tanto, serão abordados os seguintes tópicos:

- **apresentaremos os aspectos jurídicos gerais relativos aos contratos administrativos ordinários de compras de bens e serviços pela Administração Pública (item 2.1);**
- **será abordado o regime diferenciado de contratações, modalidade específica de contratação de obras e serviços aplicável em âmbito federal (item 2.2);**
- **discorreremos acerca das concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, indicando os aspectos gerais da legislação atinente a esse instituto (item 2.3);**

- abordaremos as autorizações administrativas para desenvolvimento de atividades econômicas de interesse coletivo, bem como para a prestação de serviços públicos (item 2.4).

2.1 Contratos administrativos ordinários (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; Lei 13.303/2016)

As contratações realizadas pela Administração Pública são regidas pelo art. 37, inciso XXI, da CF, o qual estabelece critérios gerais que deverão ser observados no curso do processo de contratação e, também, na execução dos contratos administrativos.

“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: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Nesse sentido, tais regras estão previstas na Lei 8.666. Embora a Lei 8.666 disponha sobre o regramento geral sobre licitações e contratos administrativos, há precedente do Supremo Tribunal Federal (“STF”) manifestando o entendimento de que “os Estados e Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas”.⁴⁴

No regime instituído pela Lei 8.666, a seleção dos agentes privados a serem contratados deverá ocorrer por meio de licitação, conforme as regras de concorrência dispostas em lei e no respectivo edital (também denominado “ato convocatório”). Tais normas determinarão os critérios objetivos para seleção da proposta de contratação mais vantajosa à Administração Pública.⁴⁵A licitação não será aplicável em determinados casos especificados na legislação, quando a Administração contratante poderá, então, realizar a contratação direta do prestador ou fornecedor em questão.

Os casos de contratação direta são:

I) dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666), aplicável a situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação admite que ela não seja realizada;

≠

II) inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei 8.666), aplicável a situações em que se verifica a inviabilidade de competição entre particulares e, portanto, não há meios práticos de processamento da licitação.

É importante destacar a diferença entre estes dois casos. Veja que as hipóteses de dispensa de licitação estão listadas exaustivamente na legislação e somente poderão ser processadas em situações expressamente indicadas na Lei 8.666.⁴⁶ Por outro lado, as hipóteses de inexigibilidade previstas em lei são meramente exemplificativas, devendo ser analisadas a depender das circunstâncias do caso.⁴⁷

Os aspectos formais do processo de licitação regidos pela Lei 8.666 dependerão do objeto da contratação, visto que as modalidades⁴⁸ do processo licitatório (formas de regular o processo de seleção dos contratantes, variando quanto à complexidade e destinação de cada fase do procedimento)⁴⁹ e tipos de licitação⁵⁰ (critérios adotados na seleção da melhor proposta, ou seja, os critérios de julgamento de propostas) dependerão dos âmbitos de aplicação definidos em lei. Para melhor compreensão das modalidades e tipos de licitação.

Abaixo, seguem quadros esquemáticos com resumo das principais características das modalidades de licitação e tipos de licitação:

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
CONCORRÊNCIA	LEI 8.666/1993	Contratações de maior vulto econômico.	Compras e serviços diversos.	Acima de R\$ 650.000,00

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
CONCORRÊNCIA	LEI 8.666/1993	Participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos do edital, independentemente de inscrição prévia em registro cadastral ou convite da Administração.	Obras e serviços de engenharia.	Acima de R\$ 1.500.000,00
		Ampla publicidade.	Compra e alienação de bens imóveis. Concessões de direito real de uso. Licitações internacionais. Registro de preço. Concessão de serviço público. Parceria Público-Privada.	Não há valor pré-fixado
		Modalidade obrigatória em determinadas hipóteses.		

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
<p>TOMADA DE PREÇOS</p>	<p>LEI 8.666/1993</p>	<p>Contratações de médio vulto econômico.</p>	<p>Compras e serviços diversos.</p>	<p>Acima de R\$ 650 mil</p>
		<p>Participação somente de interessados cadastrados ou aqueles que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o 3º dia anterior à data do recebimento das propostas.</p> <p>Ampla publicidade.</p>	<p>Obras e serviços de engenharia.</p>	<p>Acima de R\$ 1 milhão e 500 mil</p>

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
<p>CONVITE</p>	<p>LEI 8.666/1993</p>	<p>Contratações de pequeno vulto econômico.</p>		
		<p>Participação somente de convidados, no número mínimo de três, cadastrados ou não, do ramo pertinente ao objeto, bem como aqueles cadastrados que manifestarem interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas</p>	<p>Compras e serviços diversos.</p>	<p>Acima de R\$ 80 mil</p>
		<p>Menor publicidade.</p>	<p>Obras e serviços de engenharia.</p>	<p>Acima de R\$ 150 mil</p>

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
<p>CONCURSO</p>	<p>LEI 8.666/1993</p>	<p>Modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico, científico, artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.</p> <p>Participação de quaisquer interessados que preencherem os requisitos do regulamento do concurso.</p> <p>Seleção em função da qualidade, por comissão especializada.</p> <p>Ampla publicidade.</p>	<p>Trabalho técnico, científico ou artístico.</p>	<p>Não há valor pré-fixado</p>

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
<p>LEILÃO</p>	<p>LEI 8.666/1993</p>	<p>Alienações de médio vulto econômico.</p> <p>Participação de quaisquer interessados que preenchere m os requisitos do edital.</p> <p>Critério de julgamento: maior lance.</p> <p>Ampla publicidade.</p>	<p>Venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial;</p> <p>Venda de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento.</p>	<p>Não há valor pré-fixado</p>

MODALIDADE DE LICITAÇÃO	REGIME LEGAL	CARACTERÍSTICAS	OBJETO	VALORES
PREGÃO	LEI 10.520/2002	<p>Participação de quaisquer interessados que cumpram os requisitos do edital.</p> <p>Possibilidade e de emprego de recursos eletrônicos.</p> <p>Ampla publicidade.</p> <p>Figura do pregoeiro.</p> <p>Critério de julgamento: menor preço.</p> <p>Inversão das fases de habilitação e julgamento.</p> <p>Fase de lances.</p> <p>Fase recursal única.</p>	Aquisição de bens e serviços comuns.	Não há valor pré-fixado

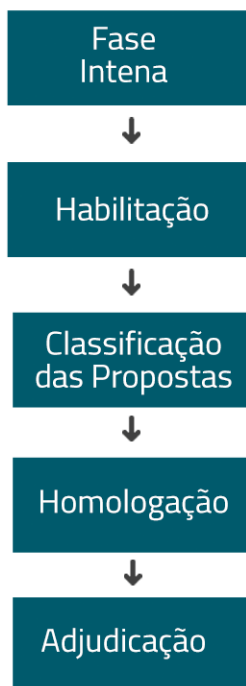
TIPOS DE LICITAÇÃO	CARACTERÍSTICAS
<p>MENOR PREÇO</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Vence a proposta detentora do menor preço, atendidas as especificações do edital. <ul style="list-style-type: none"> ▪ É a regra geral. ▪ Obrigatório para Pregão.
<p>MELHOR TÉCNICA</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Para objetos em que predominem critérios de avaliação de ordem intelectual. ▪ Participantes devem cumprir com quesitos técnicos para habilitação.
<p>MELHOR TÉCNICA E PREÇO</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Média ponderada entre quesitos técnicos e preços. ▪ Obrigatório para bens de informática com concorrência e tomada de preços.

Cumpra-se destacar que, em adição às modalidades de licitação dispostos na Lei 8.666, a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002 (“Lei do Pregão”) instituiu o pregão como modalidade passível de ser adotada para aquisição de bens e serviços comuns. Os bens e serviços comuns são definidos como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

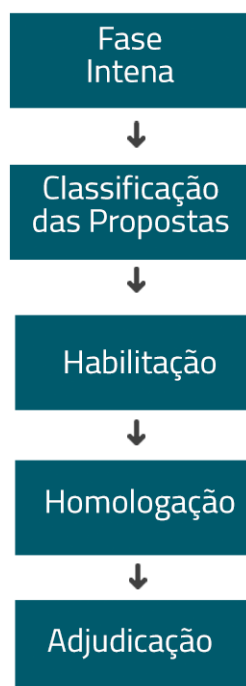
Diferentemente do que ocorre nas licitações no âmbito da Lei 8.666, o pregão é processado com inversão das fases de habilitação e de julgamento de propostas.

Nas licitações realizadas com base na Lei 8.666, a comissão de licitação analisa primeiramente os documentos de habilitação dos concorrentes e, proferida decisão, passa a avaliar as diferentes propostas econômicas apresentadas, decidindo sobre o respectivo vencedor. Já no pregão, há inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, permitindo que os procedimentos de análise de documentação de habilitação somente sejam realizados em relação aos licitantes que apresentaram propostas competitivas, bem como criando uma única fase de recursos (que somente será aplicável à fase de habilitação dos licitantes). Desse modo, as contratações realizadas na modalidade licitatória de pregão podem se mostrar, na prática, mais céleres e menos burocráticas do que aquelas realizadas com base na Lei 8.666.

Fases da Licitação:
procedimento comum



Fases do Pregão:
inversão de fases



Outro elemento que deve ser considerado na celebração dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666 é que, em regra, sua vigência está limitada à existência de créditos orçamentários designados para pagamento das obrigações do Poder Público, conforme estabelecido no art. 57 da Lei 8.666.

É necessário, porém, ter em vista que há exceções a tal regra. A título de exemplo, os contratos poderão ter duração superior aos respectivos créditos orçamentários quando (i) os projetos contratados constarem do Plano Plurianual; (ii) quando o objeto de contratação consistir em prestações continuadas (limitando-se o prazo a 60 meses); (iii) nos casos de aluguel de equipamentos e de programas de informática (limitando-se o prazo a 48 meses); em determinadas hipóteses em que a celebração do contrato ocorrer por meio de dispensa de licitação, conforme estabelecido no art. 57, V da Lei 8.666.

Uma vez celebrado o contrato, a Lei 8.666 dispõe de uma série de regras atinentes à execução contratual.

Em linhas gerais, tais regras dizem respeito (i) ao conteúdo mínimo que do instrumento contratual (insto é, as cláusulas essenciais que deverá apresentar); (ii) à possibilidade de o Poder Público adotar medidas unilaterais no âmbito do contrato (também conhecidas como as prerrogativas da Administração Pública contratante, indicadas no art. 58 da Lei 8.666); (iii) a existência de balizas de proteção das partes, com preservação das condições efetivas da proposta apresentada durante a licitação, as quais deverão ser mantidas ao longo do prazo de execução contratual (o que é conhecido como equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme disposto nos arts. 58, §§1º e 2º e art. 65 da Lei 8.666).⁵¹

Pela apresentação desse panorama geral do regime jurídico dos contratos regidos pela Lei 8.666, pode-se concluir que são instrumentos de interação com agentes privados sujeitos a uma regulação extensa e detalhada. Portanto, reforça-se de que o emprego efetivo de tais contratos depende do conhecimento acerca dos dispositivos da legislação.

Também, essencial ressaltar que a aplicação adequada do regime jurídico da Lei 8.666 dependerá da avaliação das particularidades do objeto contratado.

Tal apontamento é relevante principalmente em duas situações. Primeiro, naqueles casos em que se procure aplicar as limitações da Lei 8.666 a contratos que não aqueles expressamente regulados por ela (a título de exemplo, no caso de contrato de obra pública). Nessas situações, algumas regras da Lei 8.666 poderão se mostrar incompatíveis com a prestação contratada, em prejuízo à Administração Pública ou ao agente privado contratado.

Exemplificativamente, esse será o caso dos contratos cuja satisfação do objeto não dependa do decurso do prazo contratual, mas da entrega de determinado bem ou atividade de modo completo (os referidos contratos por escopo). Em tais casos, a complexidade e o período de exploração necessários para remuneração do particular poderão ser superiores aos limites de vigência contratual contidos no art. 57 da Lei 8.666, exigindo que o contrato disponha de prazo superior, sem, no entanto, haver ilegalidade nisso.⁵²

Tais apontamentos tornam evidente a impropriedade jurídica tratar de modo uniforme e sem distinções os diferentes contratos administrativos, os quais tratam de objetos radicalmente diversos e, portanto, demandam a interpretação e aplicação do regime jurídico dos contratos administrativos de modo refletido.⁵³

A segunda ponderação necessária acerca da aplicação do regime jurídico da Lei 8.666 diz respeito àqueles contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, pelo direito privado, conforme preceituado no art. 62, §3º. Esse é o caso das contratações de seguros, de financiamentos e de locações, quando a Administração Pública for locatária.⁵⁴

Nessas situações, aspectos relevantes dos contratos poderão ser determinados segundo as regras aplicáveis a contratações realizadas entre particulares, de modo que disposições como prazo contratual⁵⁵ e penalidades aplicáveis às partes⁵⁶ serão regidas de forma diversa daquela tratada pela Lei 8.666.

Quanto às contratações realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, embora integrem a Administração Pública indireta, o art. 173, §1º, da CF⁵⁷ determina que tais entes estão sujeitos a legislação própria acerca de licitações e contratos.

Com objetivo de regulamentar tal dispositivo constitucional, foi editada a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 ("Lei das Empresas Estatais"), especificando regras próprias e de caráter geral sobre licitações e sobre os contratos administrativos decorrentes (conforme detalhado no art. 31).⁵⁸

Nessas licitações, sem prejuízo dos demais princípios constitucionais apontados no art. 37 da CF, deve-se observar também os princípios da economicidade (custo-benefício financeiro dos atos praticados pela Administração Pública) e da obtenção de competitividade (assegurar condições igualitárias e não-restritivas de participação na licitação, de modo a possibilitar que haja efetiva competição no processo de seleção do contratado).

Assim, observa-se que o regime jurídico dos contratos celebrados pelas empresas estatais visa a garantir sua atuação eficiente frente a outros agentes de mercado, com os quais essas empresas competem.⁵⁹ Com isso, os procedimentos previstos para a celebração e o conteúdo dos contratos celebrados sob a Lei das Empresas Estatais apresenta regras mais flexíveis e menos formalidades comparativamente aos contratos regidos pela Lei 8.666.

Há diversos exemplos de características que conferem mais flexibilidade às contratações realizadas segundo a Lei das Empresas Estatais.

Em primeiro lugar, podemos mencionar existência de previsões de dispensa de licitação relacionadas à comercialização, prestação ou execução de produtos, serviços ou obras relacionadas diretamente ao objeto social da respectiva empresa estatal (art. 28, §3º, I) e à escolha de parceiros privados motivada por características particulares deste, para desenvolvimento de negócios definidos no respectivo plano estratégico empresarial (art. 28, §3º, II); outras hipóteses de dispensa (art. 29) e inexigibilidade de licitação (art. 30), relacionadas ao objeto e valores dos contratos.

Também, é possível indicar a ausência distinção entre as modalidades licitatórias em função dos valores contratuais, como ocorre na Lei 8.666. Todavia, a Lei das Empresas Estatais determina a adoção preferencial da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. Na mesma linha, a lei estabelece a inversão de fases, típica da modalidade de pregão, como regra procedimental.⁶⁰

Importante pontuar que a Lei das Empresas Estatais não dispõe de regime de prerrogativas unilaterais como aquele previsto na Lei 8.666. Tal regime está em linha com o entendimento de que, por se tratarem de empresas que celebram contratos sujeitos ao direito privado, não caberia às estatais exercer prerrogativas da Administração Pública em seus negócios, tal como ocorre com a rescisão por interesse público e a alteração unilateral dos termos dos contratuais.⁶¹⁻⁶²

Assim, o conteúdo dos contratos regidos pela Lei das Empresas Estatais é disciplinado predominantemente pelas normas de direito privado aplicáveis, observadas as disposições da Lei das Empresas Estatais quanto à celebração e conteúdo contratual.⁶³

Em conclusão do panorama apresentado acima, observa-se que o regime jurídico dos contratos celebrados por entes da Administração Pública não é uniforme: há grande quantidade de normas aplicáveis e de regras de direito pertinentes para contratação e execução desses contratos, as quais dependerão tanto do ente público que celebra o ajuste quanto de seu respectivo objeto.

O reconhecimento da pluralidade de contratos administrativos demanda dos gestores públicos sensibilidade para compreender quais as efetivas necessidades da Administração, bem como quais as formas mais eficientes e juridicamente consistentes para disciplinar sua relação contratual com entes privados.

2.2 Regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/2011)

A Lei 12.462 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas ("RDC"), provendo regime de licitação e contratação específico para os casos que indica, distinto daquele disposto na Lei 8.666.

Originalmente, o RDC foi criado com o intuito de disciplinar tão somente as contratações de obras e serviços relacionados à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016, com objetivo de viabilizar a realização de tais empreendimentos de modo célere e flexível, em oposição aos trâmites burocráticos de contratação previstos na Lei 8.666.⁶⁴

Contudo, as limitações dos processos licitatórios tradicionais motivaram a ampliação contínua do seu âmbito de aplicação,⁶⁵ tendo ele passado a ser empregado pelo Governo Federal para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento,⁶⁶ para as contratações de obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde,⁶⁷ para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo⁶⁸ e para ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.⁶⁹

Com relação às características do regime de contratações instituído pela Lei do RDC, observa-se a opção do legislador por conferir maior espaço ao edital de licitação para definição de regras e procedimentos (em oposição à imposição de um corpo de regras detalhado em lei, tal qual realizado pela Lei 8.666).⁷⁰

Em linhas gerais, o RDC incorpora alguns dos procedimentos já previstos pela Lei do Pregão, provendo a possibilidade de (i) inversão das fases de habilitação e de classificação de propostas, com objetivo de garantir a simplificação do procedimento licitatório; (ii) formulação de novos e sucessivos lances de preço no curso do procedimento, visando à ampliação da competição entre os participantes do certame.

Além dos institutos incorporados do pregão, o RDC criou a chamada contratação integrada, cujo objeto compreende elaboração e desenvolvimento dos projetos básico (conjunto de elementos necessários para caracterização do objeto do contrato, fundamentado em estudos técnicos preliminares) e executivo (conjunto de elementos necessários para execução completa da obra), além da própria execução de obras e serviços de engenharia, montagem, realização de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (artigo 9º, §1º, da Lei do RDC).

Essa nova modalidade poderá ser adotada sempre que for técnica e economicamente justificada por autoridade competente, desde que seu objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- inovação tecnológica ou técnica;
- possibilidade de execução com diferentes metodologias;
- possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Note-se que tal procedimento difere daquele instituído pela Lei 8.666. Nela, exige-se que as obras e os serviços de engenharia sejam licitados com projeto básico (de responsabilidade da Administração Pública contratante, conforme definido no art. 6º, IX, da lei), enquanto a Lei do RDC permite que, na contratação integrada, a licitação seja promovida apenas com base em um anteprojeto.⁷¹

Com isso, objetiva-se a eliminação da necessidade de projeto básico para fins de licitação de obras e serviços de engenharia, o que tradicionalmente leva a problemas no curso da execução contratual. A título de exemplo, tais problemas englobam a possibilidade de alegação, pela contratada, de que determinado descumprimento de obrigação sua deriva de defeitos no projeto básico, o que não poderá ocorrer com a realização integrada.⁷²

Cumprir apontar que Lei das Empresas Estatais buscou incorporar diretrizes do RDC para estabelecer seus regimes de contratação indireta de obras e serviços (artigo 43). Dentre os mecanismos incorporados, merece destaque a possibilidade de celebração, também pelas estatais, de contratos na modalidade contratação integrada (art. 43, VI).

Assim como no RDC, na contratação integrada realizada por empresas estatais, o projeto básico também será de responsabilidade da contratada.⁷³ Aqui, o contratado deverá elaborar tanto o projeto básico quanto o projeto executivo do objeto pretendido. A contratação integrada poderá ser realizada por empresas estatais nas mesmas hipóteses previstas pelo RDC.⁷⁴

2.3 Concessões comuns e parcerias público-privadas em sentido estrito (art. 175 da CF/1988; Lei 8.987/1995; Lei 11.079/2004)

No âmbito da interação contratual entre Administração Pública e agentes privados, as concessões de serviços e de atividades de utilidade pública merecem destaque. Nesses casos, a Administração Pública, que é

encarregada pela CF ou pela legislação de prestar determinado serviço ou atividade, bem como de explorar dado bem de interesse coletivo,⁷⁵ opta por delegar a exploração direta da atividade em questão a um ente privado, nos termos do respectivo contrato.⁷⁶

Por assumir a forma de contrato, as concessões pressupõem acordo de vontades e potencial troca de vantagens entre o Poder Público (referido na legislação de concessões como poder concedente) e iniciativa privada (que uma vez encarregada da prestação delegada é referida na legislação como concessionária).⁷⁷

Da perspectiva do poder concedente, a concessão permite o proveito do conhecimento técnico e eficiência econômica da concessionária em favor da potencial melhoria das condições de prestação da atividade outorgada (favorecendo-se, assim, os próprios usuários), bem como a oportunidade por economia de recursos públicos que, de outra forma, estariam vinculados à prestação direta da atividade. Quanto às concessionárias, existe oportunidade de exploração do potencial econômico da concessão e, portanto, ganho de lucros associados à remuneração pelos serviços prestados.⁷⁸

Com relação aos aspectos jurídicos relevantes que regem as concessões, em linha com o tratamento já conferido aos contratos administrativos comuns, destaque-se que elas abarcam atividades bastante distintas entre si e não receberam tratamento uniforme em nosso ordenamento jurídico.⁷⁹

Como resultado, o regime jurídico aplicável às concessões apresenta como características: (i) a ampla diversidade de objetos e tratamento legal variado; (ii) a existência de grande espaço de detalhamento da relação entre poder concedente e concessionárias por meio do respectivo contrato de concessão.⁸⁰ Com relação às atividades que poderão ser objeto de concessão, o art. 175 da CF dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

As concessões de serviço público (ditas “concessões comuns”) consistem na delegação da prestação de serviço público de responsabilidade do respectivo poder concedente (que poderá ser a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, a depender da atividade em questão), por prazo determinado. A outorga poderá ser realizada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas com capacidade para seu desempenho, mediante licitação na modalidade concorrência. Nas concessões comuns, a remuneração do concessionário é definida, principalmente, pela possibilidade de cobrança de tarifas pagas pelos usuários dos e deve refletir os riscos assumidos para prestação dos serviços.⁸¹

Concessão comum:



Observe-se que cabe à legislação espaço de definição sobre a disciplina aplicável às concessões, o que se verifica com a existência de diversas normas que regulamentam as outorgas nos mais diferentes setores, tais como transportes, telecomunicações, radiodifusão, dentre outras.⁸²

Assim, cabe à lei dispor sobre temas como o regime jurídico aplicável às concessionárias, o caráter especial do contrato de concessão, as condições de extinção da concessão por decurso do prazo contratual e caducidade da delegação (declaração de extinção da concessão, pelo poder concedente), política tarifária, direitos dos usuários, dentre outros temas.

Com objetivo de regulamentar o art. 175 da CF, foi editada a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei de Concessões”), a qual dispõe normas gerais acerca da concessão ou permissão de serviços públicos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e de Municípios.

A Lei de Concessões buscou zelar pela prestação de serviço público que satisfaça a condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas cobradas dos usuários. Observe-se que, nos termos da Lei de Concessões, as permissões de serviços públicos também apresentam caráter contratual e deve ser precedida de licitação, não existindo, portanto, diferenças relevantes entre essas duas formas de delegação.⁸³

A Lei de Concessões contém a disciplina acerca do processo licitatório obrigatório à escolha da futura concessionária, a qual deverá ser processada na modalidade concorrência e adotar os tipos de licitação de menor valor de tarifa, maior oferta de pagamento de outorga (pagamento realizado pelo licitante vencedor ao poder concedente pelo direito de exploração da concessão), melhor proposta técnica e preço ou a combinação de critérios (art. 15).

Adicionalmente, há previsão das cláusulas essenciais do contrato de concessão, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, e a permissão de o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a aferição de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados à concessão, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.⁸⁴

Por conter normas de caráter geral e ser aplicável a gama ampla de diferentes serviços, todos com características próprias e potencialmente divergentes, é importante destacar que a Lei de Concessões confere à Administração Pública espaço de definição da disciplina de concessão, por meio do respectivo edital e contrato. Como resultado, os contratos de concessão são naturalmente complexos.⁸⁵

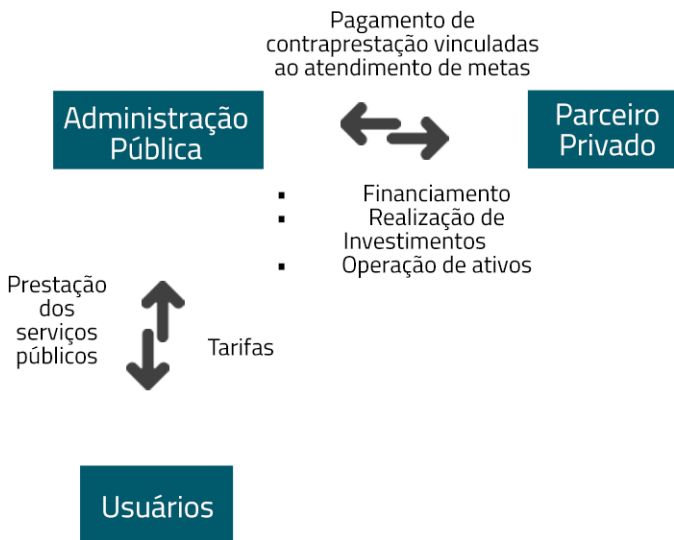
A título de exemplo, observe-se que a definição da concessão como atividade desempenhada “por conta e risco” da concessionária (art. 2º, II, da Lei de Concessões) não implica, necessariamente, que todo e qualquer risco dos serviços deva ser suportado pelo agente privado, de modo exclusivo.⁸⁶ Assim, com objetivo de garantir a viabilidade da concessão ou desenvolver determinada política pública, será possível à Administração Pública definir no contrato que certos riscos serão suportados pelo poder concedente.⁸⁷

Para exemplificar, na concessão dos serviços de saneamento básico e esgotamento sanitário, com objetivo de fomentar a participação na licitação de empresas estrangeiras que obtenham financiamentos do exterior, o edital e contrato de concessão poderão prever que a flutuação do Dólar Americano acima de determinado valor dará à concessionária direito ao reequilíbrio econômico do contrato. Com isso, a Administração Pública passa a assumir o risco de variação cambial, tendo como contrapartida a possibilidade de atrair a participação de licitantes estrangeiros com experiência internacional na prestação de serviços.

Outro marco jurídico relevante que regulamenta as concessões celebradas pela Administração Pública é a Lei 11.079, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas. A parceria público-privada em sentido estrito (PPP) é definida como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

A concessão patrocinada é conceituada como a concessão comum que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.⁸⁸ Já a 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, sendo o concessionário remunerado exclusivamente por contraprestação pecuniária pública.⁸⁹

Concessão administrativa:



Concessão patrocinada:



Levando em conta a realização dos pagamentos (de maneira tempestiva e nos montantes devidos), essencial para a garantia da sustentabilidade econômico-financeira dos empreendimentos concedidos com base na Lei de PPP, há a admissão legal de que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato sejam garantidas mediante uma série de mecanismos, que vão desde a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei até garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.⁹⁰

A Lei de PPP dispõe também que o prazo de um contrato de PPP não pode ser inferior a cinco, nem superior a 35 anos, assim como o valor do contrato não pode ser inferior a R\$ 20 milhões. Adicionalmente, prevê a possibilidade de o parceiro público realizar aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis⁹¹ e a possibilidade de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho.⁹²

Por meio desses mecanismos, a celebração de PPPs pode abarcar uma ampla gama de atividades que, de outra forma, seriam prestadas diretamente pelo Poder Público. Pode-se mencionar os exemplos já indicados dos estádios desportivos necessários à realização da Copa do Mundo de futebol e aos Jogos Olímpicos de 2016 no Rio de Janeiro, com relação aos quais foram celebradas PPPs com objetivo de permitir operação e manutenção de estádios de propriedade da Administração Pública (caso do Estádio do Maracanã, no Estado do Rio de Janeiro, e do Estádio das Dunas, no Estado do Rio Grande do Norte).

Para além da legislação já indicada, aplicáveis às concessões de serviços públicos e às atividades passíveis de delegação por meio de PPP, existem também leis setoriais específicas, com aplicabilidade nacional, cujo objeto é dispor acerca da concessão de determinadas atividades de competência da Administração Pública.

Destaque-se, nesse sentido (i) a Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007, a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e contém disposições relativas à concessão dos serviços de saneamento básico e esgotamento sanitário; (ii) a Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólido e disciplina aspectos relativos à concessão dos serviços públicos de coleta e disposição de resíduos sólidos urbanos; (iii) a Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, que disciplina a concessão da exploração de rodovias e ferrovias federais; (iv) a Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, que disciplina a delegação da exploração de portos e instalações portuárias no âmbito da União.

É essencial destacar que o emprego das concessões ou PPPs como forma de outorga de atividades estatais poderá abarcar outras atividades, ainda que não tratadas especificamente pela legislação.

Assim, pode-se realizar concessão de obras públicas (em que a concessionária é responsável por realizar determinada obra, como a construção e manutenção de aparelhos urbanos, remunerando-se pela exploração econômica da obra concluída⁹³), a celebração de PPP para a prestação dos serviços de iluminação pública municipal (em que a concessionária tem a responsabilidade pela ampliação e manutenção do parque de iluminação municipal, sendo remunerada diretamente pelo município contratante), dentre outras.⁹⁴

Em conclusão, as concessões consistem em relevante instrumento de interação entre o Poder Público e os particulares, visto que servem de mecanismo de composição dos interesses tanto do ente estatal quanto dos agentes privados. Tanto o regime jurídico quanto contratual que regerá tais relações é bastante vasto e complexo, dependendo do objeto da delegação e das características da disciplina contratual conferida e ela.

Como consequência, compete ao gestor público identificar as oportunidades em que a delegação de atividades estatais é viável e benéfica para a prestação de serviços aos usuários, bem como dar tratamento contratual a esses ajustes de modo a potencializar os benefícios esperados. Para tanto, os contratos de concessão deverão ser consistentes com a complexidade do objeto concedido e com a lógica econômica de remuneração do privado, em favor da execução adequada do contrato.

2.4 Autorizações para desenvolvimento de atividades privadas (arts. 21 e 170, parágrafo único, da CF/1988)

O art. 21, XXI, da CF determina que a União deverá explorar atividades diretamente ou mediante outorga a agentes privados por concessão, permissão (categoria de contrato administrativo já abordada no item 2.3 acima) ou autorização (ato administrativo que permite ao agente privado a realização de atividade sob a fiscalização do Poder Público, inexistindo relação contratual com este).⁹⁵ Tais atividades compreendem a exploração da produção de energia elétrica, os serviços de transportes interestadual e internacional de cargas e passageiros, a radiodifusão de sons e imagens, dentre outras.

Por muito tempo, vigorou no Brasil a visão segundo a qual as atividades elencadas no art. 21, XXI, seriam serviços públicos sujeitos à exclusiva prestação pela Administração Pública, salvo se ela optasse pela realização de concessão e, portanto, fosse aplicado o regime jurídico próprio dessa categoria.⁹⁶

Tal entendimento derivou de uma leitura conjunta específica dos artigos 21, XXI e 175 da CF: como o art. 21, XXI, faz referência a atividades que deverão ser prestadas diretamente pela União, elas seriam serviços públicos para fins do art. 175 e, portanto, somente poderiam ser desenvolvidas por agentes privados em obediência ao regime jurídico de serviço público (mediante prévia licitação e formalizadas por contrato de concessão ou permissão, únicas modalidades de delegação previstas no art. 175).⁹⁷

Nesse sentido, as autorizações de serviço público teriam apenas caráter precário, seriam concedidas por ato exclusivo e unilateral do poder concedente, com possibilidade de revogação a qualquer tempo, sem direito a qualquer forma de indenização ao agente privado.⁹⁸

Contudo, no contexto da ampla reforma administrativa e das privatizações realizadas pelo Governo Federal ao longo da década de 1990, desenvolveu-se uma extensa legislação que conferiu caráter bastante diverso às atividades elencadas no art. 21, XXI.⁹⁹

Sobretudo após a edição da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (“Lei Geral de Telecomunicações”), que regulamenta a prestação dos serviços de telecomunicações e instituiu a possibilidade de prestação dos serviços de telefonia, alternativamente, em regime de concessão (aplicável à telefonia fixa) ou autorização (aplicável ao desenvolvimento de atividades de telefonia móvel), passou-se a admitir que a prestação de serviços públicos não ocorre somente por meio do regime de concessão, sendo possível que a legislação permita uma pluralidade de diferentes regimes jurídicos de prestação, ainda que dentro de um mesmo setor.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

As principais consequências dessa chamada assimetria de regimes jurídicos foram a abertura da prestação de serviços públicos à concorrência e a ampliação do espaço de atuação dos agentes privados, em reconhecimento ao princípio da livre-iniciativa disposto no art. 170, parágrafo único da CF.¹⁰²

A depender das disposições da legislação aplicável, tais serviços poderão ser prestados mediante concessão, sujeita a maior controle estatal, ou autorizadas com ampla liberdade de atuação por parte dos entes privados e incidência de graus variados de ingerência pelo Poder Público.¹⁰³

De fato, essa pluralidade de regimes tem se verificado em diversos setores. A título de exemplo, no setor portuário a Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 prevê a possibilidade de outorga de concessão, no caso do arrendamento de áreas localizadas no interior dos portos organizados (art. 4º) ou autorização, permitindo-se ao particular a exploração de terminais portuários de uso privado (art. 8º).

Igualmente, no setor elétrico, disciplinado pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, a outorga para as atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica é realizada por meio de concessão (art. 4º, §3º), ao passo que a atividade de geração de energia elétrica por fonte térmica é realizada por meio de autorização (art. 7º, I).

Em determinados casos, a prestação dos serviços públicos em questão sendo é realizada exclusivamente por meio de autorizações, as quais requerem, tão somente, a satisfação de requisitos mínimos de qualificação especificados em lei ou em regulamento para ingresso de novos prestadores no respectivo mercado. Satisfeitos esses critérios, o desempenho da atividade é livre à iniciativa privada.

Assim ocorre com (i) a prestação do serviço público de transporte aéreo regular, disciplinada pela Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, cujos requisitos de autorização estão dispostos na Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil 377, de 15 de março de 2016; (ii) a prestação dos serviços de transporte rodoviário de cargas e de transporte rodoviário interestadual e intermunicipal de passageiros, disciplinados pela Lei 10.233, de 5 de março de 2001, cujos requisitos para obtenção de autorização encontram-se disciplinados, respectivamente, pelas Resoluções da Agência Nacional de Transportes Terrestres 4.799, de 27 de julho de 2015 e 4.770, de 22 de dezembro de 2015.

Em conclusão, atualmente a legislação admite a prestação de serviços públicos por entes privados sob regimes distintos, aplicáveis, em cada caso, segundo as especificidades e características de cada setor. Uma vez que não existe tratamento uniforme da prestação dessas atividades, sobre todas elas incidirão graus distintos de intervenção estatal, liberdade de atuação do ente privado, requisitos de ingresso e atuação, etc. Com isso, ressalta-se, novamente, a necessidade de conhecimento dos contornos concretos que a legislação confere à disciplina legal de cada setor.

2.5 Outros mecanismos público-privados (procedimentos de manifestação de interesse; concessões urbanísticas; instrumentos previstos no Estatuto da Cidade; parcerias institucionais)

Para além das formas de interação entre Poder Público e iniciativa privada tratadas acima, a legislação provê outros arranjos que permitam a utilização de conhecimentos e recursos detidos por agentes privados em favor da promoção de atividades de interesse coletivo.

Dentre tais mecanismos, merecem destaque os Procedimentos de Manifestação de Interesse (“PMI”), cuja previsão legal genérica encontra-se no art. 21 da Lei de Concessões. Trata-se de um instrumento de orientação de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, na estruturação de projetos que estão (ou poderão entrar) na agenda de tomada de decisões na Administração Pública no âmbito dos projetos de concessão e permissão, observadas a Lei de Concessões e a Lei de PPPs.

Nos PMIs, o Poder Público permite que particulares, pessoas físicas ou jurídicas, apresentem estudos técnicos e levantamentos de viabilidade e estruturação de projetos de relevância pública, instaurando-se processo administrativo específico, seja por iniciativa do próprio Poder Público ou mediante solicitação de interessados.

Caberá ao edital de chamamento público do PMI delimitar:

- os requisitos técnicos e econômicos necessários para que os interessados obtenham autorização de preparação dos estudos;
- fixar as diretrizes gerais do objeto de estudo, bem como delimitar o escopo a ser contemplado;
- os critérios de seleção dos melhores estudos;
- os percentuais de ressarcimento devidos em caso de seleção.

Assim, apresentados os estudos, caberá à Administração Pública, sempre de forma fundamentada e transparente, selecionar aqueles que entenda satisfazerem de forma mais completa os requisitos técnicos e necessidades do projeto em análise.

Observe-se que a aceitação dos estudos não implica nem em pagamento direto pela Administração Pública nem a obrigação de licitação do futuro empreendimento. Assim, em linha com o disposto no art. 21 da Lei de Concessões, os editais de PMI dispõem acerca da possibilidade de, caso aceitos, os estudos serão ressarcidos pelo vencedor da eventual licitação.

Assim, a título exemplificativo, o Edital de Concorrência Internacional 01/SES/2015 da Prefeitura do Município de São Paulo, para a outorga da concessão administrativa dos serviços de modernização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de iluminação pública municipal, previa que as propostas comerciais apresentadas no âmbito da licitação deveriam considerar, obrigatoriamente, o ressarcimento aos custos relativos ao aproveitamento dos estudos técnicos utilizados pelo Poder Público na modelagem final.

Com objetivo de prover maior detalhamento do regime aplicável à obtenção de estudos por meio de PMIs, diversos entes federativos editaram atos normativos próprios provendo o regramento relativo aos prazos, condições, requisitos formais e de qualificação necessários à obtenção de estudos e levantamentos junto à iniciativa privada. A título de exemplo, pode-se mencionar o decreto federal 8.428, de 2 de abril de 2015 (União), o decreto 61.371, de 21 de julho de 2015 (Estado de São Paulo), o decreto 44.656, de 3 de julho de 2007 (Estado de Minas Gerais), o decreto 57.678, de 4 de maio de 2017 (Município de São Paulo).

Para além das PMIs, a legislação brasileira provê mecanismos adicionais de interação entre Poder Público e agentes privados, sobretudo em relação à operação de bens públicos e prestação de serviços diversos.

Nesse sentido, em linha com a previsão constitucional acerca da responsabilidade dos municípios em promoverem o desenvolvimento das regiões urbanas (art. 182 da CF), a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 ("Estatuto das Cidades"), prevê expressamente a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social e ao pleno desenvolvimento da propriedade urbana (art. 2º, III do Estatuto das Cidades).

Com fundamento nessa previsão genérica, vem sendo celebradas as chamadas concessões urbanísticas, conceituadas como a delegação, à iniciativa privada, das atividades necessárias à qualificação ou à requalificação urbanística de parcela do território municipal. Tais concessões poderão envolver a outorga da realização de obras públicas e privadas, o parcelamento do solo, a desapropriação de imóveis, a reordenação viária, dentre outras atividades e serviços necessários à plena implementação do plano urbanístico municipal.

A remuneração dos concessionários poderá ocorrer de diversas formas, como, por exemplo, mediante a possibilidade de exploração econômica dos bens imóveis das regiões afetadas pela intervenção (as quais, via de regra, serão valorizadas pela melhoria da infraestrutura urbana), pela cobrança de tarifas por serviços prestados aos usuários, dentre outros especificados no edital e contrato de concessão.

De forma geral, as concessões urbanísticas têm sido celebradas no contexto da instituição de operações urbanas consorciadas, preceituadas pelo Estatuto das Cidades como "[o] conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, §1º).

Dessa forma, as operações urbanas consorciadas compreendem um leque de iniciativas coordenadas pelo Poder Público e que contam com a participação da sociedade civil para requalificação e desenvolvimento de regiões urbanas definidas em lei municipal específica. Como a legislação federal tratou do tema de modo amplo, cabe aos gestores municipais, no caso concreto, conferir os objetivos, características e instrumentos a serem empregados na implementação de determinada operação urbana consorciada.

A título de exemplo, no Município do Rio de Janeiro, a Lei Complementar 101, de 23 de novembro de 2009 criou a Operação Consorciada da Região do Porto do Rio. No âmbito dessa iniciativa, o Poder Público municipal foi autorizado a realizar uma série de atividades voltadas à requalificação na região de Porto Maravilha, instituindo, dentre outros, a alteração das regras de parcelamento urbano da região, a possibilidade da realização de construções em patamares superiores ao aproveitamento dos lotes urbanos previstos no Plano Diretor municipal (referida como a cobrança de outorga onerosa), etc.

Adicionalmente, foi celebrado contrato de PPP, na modalidade concessão administrativa, para que um consórcio de empresas privadas pudesse, mediante remuneração mensal da Prefeitura, efetuar as obras públicas e atividades de requalificação da infraestrutura urbana da região. Dentre outras obrigações, o contrato de PPP do Porto Maravilha compreendeu a construção de obras de arte urbanas, a realização de obras de revitalização imobiliária e a prestação de serviços de atendimento aos usuários (residenciais e comerciais) da área.

Outros exemplos de operações urbanas consorciadas implementadas por municípios brasileiros são: (i) a Operação Urbana Consorciada Faria Lima, realizada pelo Município de São Paulo para a construção e melhoria da infraestrutura viária da região da Faria Lima; (ii) a Operação Urbana Consorciada Nova BH, instituída pelo Município para a requalificação urbanística de corredores urbanos que integram a região central do município.

Cumprе apontar que a legislação provê o Poder Público com outros mecanismos para implementação de políticas públicas urbanas e para a gestão de bens públicos. É o caso das concessões de direito real de uso, a qual consiste na celebração de contrato administrativo de outorga, a particular, o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, visando finalidade devidamente justificada.

Essa modalidade de concessão possui previsão genérica no Decreto-Lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, o qual determina que as concessões de direito real de uso celebradas pela União poderão ter por objeto imóveis

públicos (art. 7º) ou ao espaço aéreo desses terrenos (art. 8º). Ainda, tais dispositivos possibilitam que a concessão seja gratuita ou condicionada a pagamento, pelo particular.

Nos termos da legislação federal, as concessões de direito real de uso deverão estar vinculadas a determinadas finalidades econômicas ou sociais, como, por exemplo, a industrialização, o cultivo da terra, a urbanização, a preservação de comunidade tradicionais, entre outras, sob pena desfazimento do vínculo contratual.

Devido à generalidade das disposições legislativas acerca do instituto, caberá à legislação específica e ao contrato de concessão disciplinar o detalhamento da concessão de direito real de uso de bem público em questão. Dentre outros temas, será necessário detalhar (i) as condições e forma de exploração do bem pelo agente privado; (ii) o prazo da concessão; (iii) os bens e atividades que integrarão a concessão; (iv) as formas de remuneração do agente privado, tais como a possibilidade de cobrança de tarifas e preços dos usuários, a possibilidade de exploração de atividades ligadas ao bem em questão, etc.

Como exemplo de concessão de direito real de uso já implementada, no Município de São Paulo, foi outorgada a concessão de área de propriedade da Prefeitura para construção e operação da Arena Corinthians, gratuitamente. Em troca, o concessionário obrigou-se a realizar, às suas expensas, todas as obras de construção do estádio de futebol, sua manutenção e operação.

Analizados esses exemplos, conclui-se que existe na legislação brasileira uma ampla gama de mecanismos de interação entre agentes privados e Poder Público para a realização de atividades de interesse coletivo.

Como visto neste item, a legislação poderá oferecer apenas previsão genérica desses institutos, cabendo à Administração Pública, no caso concreto, delinear o regime jurídico aplicável às atividades disciplinadas, seja por meio de legislação adicional, seja por meio dos instrumentos contratuais instituídos para este fim. O manejo adequado desses institutos, no caso concreto, será determinado segundo os objetivos traçados pelo gestor público, as especificidades da atividade delegada, a lógica econômica atrelada à exploração do bem ou atividade, dentre outros fatores.

CAPÍTULO

3

**RELAÇÃO ENTRE
GOVERNOS E
TERCEIRO
SETOR:
MECANISMOS
DE FOMENTO**

3.1 Caracterização da atividade administrativa de fomento

O fomento é a ação da Administração Pública destinada a proteger ou promover atividades, prestadas por particulares, que sejam de interesse público ou que satisfaçam as necessidades públicas, sem que para isso sejam utilizados serviços públicos ou meios coercitivos.¹⁰⁴

Trata-se de uma atividade administrativa de encorajamento que cumpre a finalidade promocional do direito, segundo a qual o Estado deve agir de forma a facilitar ou a atribuir consequências agradáveis a um comportamento desejado pelo ordenamento jurídico.¹⁰⁵

Junto ao fomento, a Administração Pública busca a satisfação das necessidades públicas por meio:

- do serviço público, que consiste na prestação, desempenhada diretamente pelo Estado ou por seus delegatários, de utilidades econômicas a indivíduos determinados;¹⁰⁶
- do poder de polícia, entendido como a prerrogativa de direito público que autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade;¹⁰⁷
- da atividade regulatória, que em muito se assemelha à função do poder de polícia, na medida em que ambas as funções têm o condão de restringir comportamentos, mas que, diferentemente daquela, se propõe a fiscalizar exclusivamente a ordem econômica organizada pelos particulares;
- da atividade de planejamento, que se trata de instrumento de organização racional de meios e atividades para alcançar objetivos predeterminados pela Administração Pública.¹⁰⁸

A doutrina jurídica clássica posiciona a atividade de fomento como distinta das demais atividades administrativas, por não se tratar de prestação obrigatória por parte do Estado - como no caso do serviço público e do planejamento -, e nem buscar prevenir ou reprimir ato, tal como no exercício do poder de polícia ou na atividade regulatória.

No Brasil, há diversos instrumentos previstos na CF que são estabelecidos para efetivar a atividade administrativa de fomento, como os incentivos fiscais, as subvenções, os financiamentos em condições vantajosas, as condecorações, a outorga de condições privilegiadas a determinadas pessoas ou categorias desprivilegiadas, entre outros.

Para melhor sistematizá-los, abaixo é reproduzido um quadro resumo de uma parcela desses institutos, com as suas respectivas finalidades:

Instrumento	Finalidade	Fundamento Legal
Incentivo Fiscais	Concessão de isenção, redução ou diferimento de tributos federais	Art. 43, §2º, III da CF/1988
	-----	-----
Subvenção	Repasse de ICMS aos Municípios com unidades de conservação ambiental (ICMS Ecológico)	Art. 1º Lei Complementar nº 190/1991 do Estado do Paraná
	-----	-----
Financiamento em Condições Vantajosas	Concessão de bolsas de estudo para alunos de ensino fundamental e médio	Art. 213, §1º da CF/1988
	-----	-----
Condições Privilegiadas	Constituição de fundo estadual de fomento à cultura	Art. 216, §6º da CF/1988
	-----	-----
Condições Privilegiadas	Linhas de crédito ágeis e simplificadas para micro e pequenas empresas	Art. 58 Lei Complementar 139/2011
	-----	-----
Condições Privilegiadas	Reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiências	Art. 37, VIII da CF/1988
	-----	-----
Condições Privilegiadas	Isenção de tarifa de transporte coletivo urbano para pessoas carentes ou com deficiências	Art. 1º Decreto de Curitiba-PR nº 29/1996
	-----	-----

Importante destacar que o fomento deve ter metas de execução e resultados pré-estabelecidos pela Administração Pública, a fim de garantir a transparência, a isonomia, a livre concorrência, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência da atividade administrativa.

O fomento deve ser complementado pela atividade administrativa de planejamento. Nesse caso, antes de aplicar qualquer medida é fundamental que o administrador público: ¹⁰⁹

- Defina os princípios gerais do fomento, os instrumentos de ação, os resultados esperados, a função dos órgãos públicos envolvidos e os direitos e deveres dos potenciais afetados pelas medidas fomentadoras;
- Esteja amparado por estudos técnicos que atestam que a metodologia escolhida para a execução do fomento é a mais efetiva para atendimento das metas estabelecidas;
- Esteja assessorado por especialistas de diferentes ramos de atuação, para a identificação multidisciplinar dos riscos e apresentação de seus eventuais mitigadores;
- Estabeleça comunicação com as principais entidades públicas e sociais que sejam afetadas pela atividade, para garantir a democratização do desenvolvimento da atividade.

Observando essas cautelas, a Administração Pública beneficia tanto os contemplados pelas medidas que passam a conhecer previamente os requisitos e os métodos de execução do fomento, quanto os administrados que passam a ser informados sobre o destino dos recursos públicos e dos impactos esperados pelas políticas promovidas.

No Brasil, os organismos regionais de desenvolvimento previstos no Artigo 43, §1º, I da CF,¹¹⁰ são bons exemplos de instrumentos que utilizam a atividade de fomento em comunhão com a atividade de planejamento.

Na lista dos organismos tradicionais, há a Superintendência da Amazônia – Sudam, a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – Sudene e a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – Codevasf.¹¹¹ As três instituições estão encarregadas de fomentar o desenvolvimento econômico nas respectivas regiões de atuação, com diferentes frentes de pesquisa, captação de recursos, coordenação de projetos e financiamento de atividades econômicas locais.

Nesse sentido, a Codevasf destaca-se por ser um órgão de natureza híbrida. Concomitantemente com a atividade administrativa de planejamento e de fomento de ações para o desenvolvimento da região do Vale do São Francisco, a organização também presta serviço público diretamente à população local com a construção de barragens nos rios São Francisco e Parnaíba.

Os organismos regionais de desenvolvimento demonstram que, apesar de o fomento ter características próprias, é uma atividade que possui expressivos pontos de interseção com as demais atividades administrativas, notadamente com o planejamento e a prestação de serviços públicos.

Por fim, cumpre observar que a prática da atividade de fomento sem o devido planejamento ou se exercida como um meio para a concessão de privilégios indevidos pode ensejar sanções administrativas aplicáveis aos atos de improbidade, como a indisponibilidade de bens ou o ressarcimento do dano ao erário público, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.

Nessa linha, há precedentes judiciais de aplicação das penalidades da Lei 8.429/1992 a gestores que municipais por terem contribuído com a contratação irregular de instituto com a finalidade de fomento e execução de atividades da saúde, conforme ementa abaixo:¹¹²

INDISPONIBILIDADE DE BENS.

Improbidade administrativa. Contratação emergencial, com dispensa de licitação, apontada como irregular, de associação privada. Finalidade de fomento e execução das atividades de assistência na área da saúde, referente à Unidade Mista de Saúde do Município de Cananéia. Repasse do valor total de um milhão e oitocentos mil reais. Indisponibilidade de bens até esse limite. Lei 8429/1992, artigo 7º, parágrafo único. Cabimento da medida para assegurar o ressarcimento ao erário, ainda que não haja efetiva ou iminente dilapidação de bens. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Medida que pode e deve ser tomada "inaudita altera pars", para evitar a ocultação de bens pelos réus, sobretudo recursos financeiros que tenham no sistema bancário. Limitada a garantia ao montante postulado a título de ressarcimento, facultado aos réus eventuais substituições, caso resolvam alienar quaisquer dos bens sob constrição.

Portanto, ressalta-se a necessidade de observância de procedimentos que garantam tanto a efetividade quanto a impessoalidade das políticas de fomento estatais. Com isso, será possível promover o fomento de atividades de interesse coletivo sem, contudo, ser caracterizado favorecimento ilícito de quaisquer agentes.

3.2 Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei 13.019/2014)

A Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil ("MROSC") é fruto de antiga demanda das entidades do terceiro setor (ou entidades sem fins lucrativos) por instrumentos jurídicos adequados para sua relação com a Administração Pública. Isso porque os diversos instrumentos até então utilizados, tais como convênios, contratos administrativos, termos de parceria e contratos de gestão apresentam pontos críticos na execução dessas parcerias.

De fato, a atuação dessas entidades apresenta aspectos complexos. Ora elas são tratadas como entes públicos, sendo tratadas pela legislação como equiparadas à atuação direta de ente estatal, sem caráter privado (atuação como longa manus do Estado). Ora, tais entidades são tratadas como empresas privadas, sendo cobradas pelo alcance de metas e resultados, que atravessam o desenvolvimento de seu processo criativo e de inovação, nas resoluções dos problemas sociais.

Assim, a criação de instrumentos jurídicos específicos para relações de parceria com entidades tem a promessa de reconhecer suas peculiaridades, evitando tratamentos indevidos e a aplicação de regras inadequadas.

Neste contexto, a Lei em pauta propõe que as até então denominadas organizações não governamentais passem a ser designadas organizações da sociedade civil, como indicativo do fortalecimento e empoderamento da sociedade civil organizada, em contraposição à antiga ideia de que as entidades estavam a serviço única e exclusivamente do Estado, onde este não fosse capaz de atuar de modo efetivo.¹¹³

Pública. Logo, neste capítulo trataremos de forma conceitual sobre avanços e limitações do MROSC, visando a contribuir com reflexões sobre os instrumentos jurídicos disponíveis para as relações entre governos e terceiro setor.

Importante pontuar que o MROSC não se aplica a determinados modelos específicos de de relação contratual com a Administração Pública, que continuam vigentes (art. 3º). São eles:

- transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal;
- contratos de gestão celebrados com entidades qualificadas como Organizações Sociais;
- parcerias celebradas para oferta de leitos ao SUS por entidades na área da saúde;
- termos de Compromisso Cultural celebrados no âmbito da Política Nacional de Cultura Viva, nos termos da Lei nº 13.018/2014;
- termos de Parceria celebrados entre o poder público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ("OSCIP"), que também serão explorados adiante no subcapítulo 3.4;
- transferências no âmbito do Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência – PAED e o Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE, nos termos das Leis 10.845/2004 e 11.947/2009;
- pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições, ou taxas associativas em favor de certos organismos internacionais e entidades constituídos por membros de Poder ou do Ministério Público, dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Pública, pessoas jurídicas de direito público interno ou pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública; e
- parcerias entre a Administração Pública e o Sistema S.

Assim, não obstante uma das pretensões da nova lei fosse uniformizar os instrumentos jurídicos aplicáveis às relações da Administração Pública com as entidades sem fins lucrativos, optou-se por manter regras específicas para determinados tipos de relação.

3.2.1. Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação: conceitos e características

As parcerias regidas pelo MROSC podem ser formalizadas por meio de três diferentes instrumentos: (i) Termo de Colaboração, (ii) Termo de Fomento e (iii) Acordo de Cooperação.

No Termo de Colaboração, a parceria entre a Administração Pública e a organização da sociedade civil advém de demanda proposta pelo ente estatal, e envolve transferência de recursos para a entidade privada. Esse modelo de contratação é utilizado quando a Administração Pública chama a sociedade civil para complementar atividade que é normalmente pelo Poder Público. É o caso, por exemplo, da gestão de creches, que são comumente operadas pela Administração Pública.

No Termo de Fomento, a parceria entre Administração Pública e organização da sociedade civil também envolve transferência de recursos públicos, mas se refere à execução de plano de trabalho proposto pela entidade privada. Vale dizer: o problema identificado e a atividade ou projeto proposto como solução são pensados pela organização da sociedade civil. Como a iniciativa vem da sociedade civil, normalmente a demanda identificada diz respeito a algo novo, que não foi pensado antes pela Administração Pública. Nestes casos, as propostas de parceria costumam ser inovadoras.

A título de exemplo, esse será o caso de um projeto que combata a evasão escolar com metodologia específica desenvolvida e testada pela entidade privada. Como a Administração Pública deve orientar seus atos para fins específicos e pré-determinados, há pouca margem para desenvolvimento de projetos sem nenhuma garantia de resultado. Assim, a entidade privada incorre nas tentativas e erros para que, quando verificados os bons resultados do projeto, receba o apoio da Administração Pública. Nesses casos, a parceria com a Administração Pública também é fundamental para a entidade privada, pois garante capilaridade e escala ao projeto.

No Acordo de Cooperação, por sua vez, não há transferência de recursos da Administração Pública para a entidade privada. Esse modelo ocorre quando a colaboração da organização da sociedade civil é desejada, mas não é preciso dispender recursos para desenvolver a atividade ou o projeto. Nestes casos, também é possível que os recursos venham de investimento social privado, o que dispensa a necessidade dos recursos públicos. É o caso de projeto realizado no contra turno escolar com alunos da rede pública, no espaço da própria unidade educacional. A entidade privada pode identificar que a comunidade local tem demandas por atividades extracurriculares e disponibilizar equipe e metodologia para desenvolvê-las, sem custos adicionais para a Administração Pública.

A gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos são elencados como princípios norteadores do regime jurídico instituído, sendo, conseqüentemente, inerentes às parcerias entre organizações da sociedade civil e o poder público para a consecução de finalidades de

interesse público. Os princípios constitucionais da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência e eficácia também devem ser observados, além de assegurar a solidariedade, cooperação e respeito à diversidade e multiculturalismo brasileiros (art. 5º).

Pelo rol de princípios elencados pela Lei, espera-se que o novo regime jurídico das parcerias valorize o pluralismo da sociedade civil brasileira e seja adequado para o estabelecimento de relações com as mais diversas entidades, independentemente de seu porte, estrutura, forma de atuação. De fato, tendo em vista a diversidade do cenário social brasileiro, para cada problema social, região, público-alvo, admite-se formato de organização diferente.

Contudo, pela complexidade do MROSC, não é possível admitir toda e qualquer espécie de organização na celebração das parcerias. Muito embora não se exija títulos ou certificados, as organizações parceiras dos entes públicos devem comprovar tempo mínimo de existência (art. 33, V, a), experiência prévia na realização do objeto da parceria (art. 33, V, b), capacidade técnica e operacional (art. 33, V, c) e serem selecionadas por chamamento público (art. 23 e seguintes), com critérios objetivos e pré-determinados. Como exemplo, temos o edital de chamamento público publicado pela Secretaria de Esportes da Prefeitura de São Paulo para a seleção de projetos a serem desenvolvidos na Virada Esportiva 2017 que exige, dentre outros, que (i) a entidade seja constituída a, pelo menos, 1 ano e (ii) demonstre experiências anteriores em eventos e parcerias já celebrados com a referida Secretaria ou outros órgãos públicos e empresas privadas.

Ainda, as organizações devem ter em sua estrutura meios de atender aos mecanismos de prestação de contas, sendo que a priorização do controle de resultados é uma das diretrizes da lei (art. 6º, II), que busca indicar que o foco do controle das parcerias deve ser a verificação do cumprimento do objeto e do alcance dos resultados (controle de fins) embora também seja necessário analisar as despesas e formas de execução (controle de meios).

Para tanto, o MROSC prevê a capacitação de gestores, representantes de organizações da sociedade civil e conselheiros dos conselhos de políticas públicas, a fim de familiarizar os envolvidos na execução e monitoramento da parceria com temas específicos das entidades do terceiro setor e sua interação com o poder público (art. 7º). Observe-se, todavia, que a participação nos referidos programas não é condição para o exercício da respectiva função, o que pode significar, na prática, a permanência de tratamento inadequado às entidades.

O MROSC prevê, ainda, mecanismo de participação da sociedade civil (organizações, movimentos sociais e cidadãos) na formulação de propostas para as parcerias a serem firmadas. As propostas das organizações serão submetidas à Administração Pública, por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Social ("PMIS"), em que são apresentadas questões de interesse social, que contemple o diagnóstico da realidade que se pretende modificar, aprimorar ou desenvolver, para avaliação do poder público da viabilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. Vale dizer: o PMIS é um mecanismo de provocação da Administração Pública, referente a demanda social que até o momento não havia sido identificada.

Quando possível, as propostas levadas deverão apresentar a viabilidade, os custos, os benefícios e os prazos de execução. Sendo o poder público convencido da existência da demanda social e da necessidade da parceria, ele então realizará o chamamento público. Na prática, a expectativa é que tal procedimento ocorra para objetos inovadores, diferentes dos objetos normalmente contratados pela Administração Pública.

O PMIS é independente do chamamento público e da celebração de parceria. Significa dizer que a realização do PMIS não necessariamente levará à publicação de edital de chamamento público e ainda que isso aconteça, a entidade que impulsionou o procedimento poderá não ser aquela escolhida pela Administração Pública.

A formalização dos Termos de Colaboração e Fomento exige também chamamento público, para ampla divulgação da oportunidade de celebração de parceria com o poder público, a fim de evitar o favorecimento de determinadas entidades em detrimento de outras. Nos casos de Acordos de Cooperação, faz-se necessário o chamamento público apenas se a parceria envolver a celebração de comodato, doação de bens ou alguma outra forma de compartilhamento de recursos (art. 29).

Importante registrar que o chamamento público obrigatório estava previsto no Decreto 7.568/2011 que, ao alterar o Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, introduziu este procedimento para o âmbito federal. Com a edição do MROSC, o procedimento deve ser fortalecido e aplicado também nas esferas estadual e municipal.

Outro mecanismo previsto pelo MROSC é a designação de gestor responsável pela parceria, com poderes de controle e fiscalização, concentrando a responsabilidade por avaliar cada ajuste (art. 8º, III). A lei prevê também a formação de grupos específicos com finalidades

delimitadas, a fim de dar suporte ao novo regime jurídico, a saber: (i) conselhos de política pública - órgãos que devem atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas (art. 7º, III); (ii) comissões de seleção - órgãos colegiados da Administração Pública destinados a processar e julgar chamamentos públicos (art. 7º, IV); (iii) comissões de monitoramento e avaliação - órgãos colegiados da Administração Pública destinados a monitorar e avaliar as parcerias (art. 7º, V).

Ademais, as relações formalizadas no âmbito do MROSC devem apresentar plano de trabalho com a delimitação dos objetivos da parceria, e meios pelos quais se pretende alcançá-los.

A legislação permite, ainda, a atuação em rede para execução de iniciativas com a Administração Pública (art. 35-A). Na celebração do instrumento contratual, a organização contratante deve apresentar o rol de organizações que participarão da execução das atividades ou do projeto. A possibilidade e forma de atuação em rede devem estar previstas no próprio edital do chamamento público.

3.2.2. Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação: limites e oportunidades

O MROSC foi inovador ao permitir o pagamento de despesas que visam ao fortalecimento da entidade, contrapondo-se a antiga lógica aplicada aos convênios em que apenas as despesas estritamente relacionadas aos projetos poderiam ser custeadas com os recursos públicos. Desde que previstos no plano de trabalho apresentado à Administração Pública, os repasses recebidos por meio de contratos de parceria poderão ser utilizados:

- na remuneração da equipe dimensionada para desenvolvimento do projeto objeto da parceria durante sua vigência, inclusive pessoal próprio da organização;
- na aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto, assim como serviços de adequação de espaço físico para recebimento dos referidos equipamentos e materiais;
- no pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto do contrato de parceria, (como por exemplo despesas de internet, transporte, aluguel e telefone, bem como remunerações de serviços contábeis e de assessoria jurídica).

Nos termos da lei, o pagamento da equipe envolvida na parceria poderá ocorrer aos empregados da entidade, que podem ser alocados, integral ou proporcionalmente para atuar no projeto pactuado ou aos terceiros contratados (pessoas físicas contratadas como prestadores de serviços autônomos ou pessoas jurídicas contratadas por fornecimento de bens ou prestação de serviços específicos). De todo modo, o ente público está autorizado a fiscalizar que o valor da remuneração das atividades a serem desenvolvidas é correspondente à qualificação técnica necessária do profissional e ao valor praticado sobre a atividade.

Além de determinar a transparência das relações pactuadas por meio das parcerias como princípio norteador, o MROSC estabelece a obrigatoriedade de disponibilização de informações mínimas sobre as parcerias firmadas, tanto pelo Poder Público quanto pelas organizações, determinando que todas as etapas da parceria, desde a seleção até a prestação de contas, sejam registradas em uma plataforma eletrônica (art. 65). Atualmente, no âmbito federal, esta plataforma é o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal ("SICONV"),¹¹⁴ que será adaptado para receber em suas funcionalidades o novo regime jurídico das parcerias, ao passo que os estados e municípios poderão criar sistemas próprios ou aderir ao SICONV.

Ademais, como mecanismos para o efetivo monitoramento e avaliação durante a execução do projeto, tal como a criação de órgão colegiado permanente da Administração Pública destinado a monitorar e avaliar as parcerias, denominado Comissão de Monitoramento e Avaliação. As atribuições e competências específicas da Comissão serão previstas pelos próprios órgãos envolvidos na parceria, sendo que para implementar os procedimentos de fiscalização, os órgãos públicos poderão requerer o apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

A lei também prevê a criação de órgão de composição paritária entre representantes governamentais e organizações, no âmbito do Poder Executivo Federal, denominado Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, com a finalidade de divulgar boas práticas, propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de fomento e de colaboração previstas no MROSC. A composição e o funcionamento do Conselho, assim como as competências pormenorizadas, todavia, dependem de futura regulamentação.

A prestação de contas da parceria observará regras específicas de acordo com o montante de recursos públicos envolvidos, conforme previsto no plano de trabalho e no instrumento formalizado, compreendendo duas fases:

- apresentação das contas, de responsabilidade da organização;
- análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da Administração Pública, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle.

Todavia, a lei não especifica objetivamente quais são os novos mecanismos, estabelecendo apenas que todos os documentos deverão ser disponibilizados pelas organizações em plataforma eletrônica e desde que, incluídos por certificação digital, serão considerados originais. Como mencionado, para as parcerias federais é utilizado o próprio SICONV, devendo estados e municípios poderão criar sistemas próprios ou aderir ao SICONV.

3.3 OSCIPs e Termos de Parceria (Lei 9.790/1999)

Surgida no final da década de 1990, no âmbito da reforma gerencial do Estado, a qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, ou OSCIP, foi instituída pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999 (“Lei de OSCIPs”). Implementada no ordenamento jurídico como uma alternativa à já extinta titulação como Utilidade Pública Federal (“UPF”), a qualificação como OSCIP foi concebida para fomentar novo modelo de entidades sem fins lucrativos e seu reconhecimento público, como parceiras do Estado na consecução de atividades de interesse público (como a própria denominação indica).

Até então, o título de UPF era a única titulação conferida pela União às entidades sem fins lucrativos e se restringia a um tipo específico e tradicional de organizações. Neste cenário, muitas organizações não eram contempladas com a titulação, e conseqüentemente, não se consideravam reconhecidas pelo poder público.

Neste contexto, a Lei de OSCIPs ampliou o rol de atividades a que uma entidade poderia se dedicar e receber chancela da Administração Pública.

A qualificação de OSCIP pode ser conferida a todas as entidades dedicadas à assistência social, cultura, educação, saúde, segurança alimentar, preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, voluntariado, combate à pobreza, experimentação de sistemas alternativos de produção, promoção de direitos, estudos voltados às tecnologias alternativas ou à mobilidade de pessoas e promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e outros valores universais (art. 3º).

O rol diverso de atividades reflete a diversidade de organizações que o Estado poderia ter como parceiras, bem como o reconhecimento público da relevância de tais atividades para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Vislumbrando um terceiro setor mais moderno, dinâmico, transparente e profissionalizado, a Lei foi marco importante na exigência de padrões mínimos de estrutura de governança, transparência e publicidade, prestação de contas e na possibilidade de instituição da remuneração de dirigentes (até então vedada para as demais entidades sem fins lucrativos – como será detalhado adiante).

Considerando organizações mais transparentes e melhor estruturadas, a lei criou a figura do Termo de Parceria, a ser aplicado unicamente na transferência de recursos públicos para as entidades qualificadas como OSCIP.

3.3.1. Termo de Parceria: conceito e características

O Termo de Parceria é o instrumento firmado entre a Administração Pública e as entidades qualificadas como OSCIP para a execução das atividades previstas na Lei das OSCIPs. À época da promulgação da lei, o Termo de Parceria foi considerado uma inovação, na medida em que prioriza a escolha do melhor parceiro privado, do ponto de vista técnico e da relevância dos serviços prestados à sociedade. De fato, tal modelo de contratualização veio como resposta à demanda por transparência nos critérios de escolha das entidades para atuação em parceria com a Administração Pública, estando pautado nos princípios de transparência, da competição, e da cooperação. Primando pela boa gestão dos recursos públicos, a Lei exige que as OSCIPs prevejam inclusive em seu estatuto social a observância dos princípios da Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (art. 4º, I). Esse mecanismo, somado a demais exigências da lei como instituição de conselho fiscal, publicidade das demonstrações contábeis e prestação de contas detalhada, visava a garantir mais eficiência no uso dos recursos públicos.

Dentre as peculiaridades do instrumento em si, está o procedimento aplicável à escolha de uma OSCIP para celebrar um Termo de Parceria que passa, primeiramente, pela consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas de atuação relevantes da entidade. Esse procedimento tem por finalidade escolher a melhor entidade possível para celebrar a parceria. Ainda, o Decreto 3.100/1999, regulamentador da Lei das OSCIPs, prevê a publicação de edital de concurso de projetos para a seleção da entidade parceira.

As cláusulas constantes dos Termos de Parceria devem incluir a previsão de receitas e despesas e a estipulação das metas a serem cumpridas e resultados a serem alcançados, marcados por critérios claros de monitoramento e avaliação. Ao final da execução, impõe-se a apresentação de relatório final de prestação de contas, que permitirá à Administração Pública aferir que os recursos públicos foram gastos com o objeto da parceria, de maneira eficiente.

O objetivo, assim como nos demais instrumentos aplicáveis para a relação governo – entidades do terceiro setor, é verificar com exatidão que os recursos repassados foram aplicados na finalidade devida, com objetivo de sanar uma demanda social.

3.3.2. Termo de Parceria: limites e oportunidades

É importante pontuar que a mera qualificação como OSCIP não implica na contratualização via Termo de Parceria. De fato, a qualificação como OSCIP confere à entidade a possibilidade de celebração Termo de Parceria, mas não restringe que toda e qualquer interação com a Administração Pública se dê sob esse instrumento.

Neste sentido, o que é possível verificar na prática é que poucos agentes públicos optam pela celebração de Termo de Parceria.

Seja pela dificuldade em assimilar suas peculiaridades, seja para facilitar a uniformidade de procedimentos a serem adotados pelo órgão público nas suas relações com as entidades sem fins lucrativos, poucas entidades sem fins lucrativos chegaram a formalizar Termo de Parceria.

Assim, é comum identificar entidades qualificadas como OSCIP que celebraram os antigos Termos de Convênio ou os atuais Termos de Fomento e Colaboração com o poder público.

Por esta e outras razões, o Termo de Parceria é pouco utilizado, sendo cada vez menos encontrado. Com o advento do MROSC, muitos diziam que o instrumento iria se extinguir. No entanto, a lei expressamente prevê, em seu art. 3º, VI, que suas exigências não são aplicáveis aos termos de parceria.

Interessante notar o Decreto 4.340/2002, que regulamenta artigos da Lei 9.985/2000, dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, e dá outras providências, representa uma exceção nesse cenário de pouca utilização dos Termo de Parceria.

Referido decreto exige que a gestão compartilhada de unidade de conservação seja operada por entidades qualificadas como OSCIP. Também exige que a contratualização se dê por meio de Termo de Parceria e estabelece os requisitos e procedimentos para seleção de eventual entidade parceira, os quais incluem:

- ter dentre seus objetivos institucionais a proteção do meio ambiente ou a promoção do desenvolvimento sustentável;
- comprovar a realização de atividades de proteção do meio ambiente ou desenvolvimento sustentável, preferencialmente na unidade de conservação objeto do contrato, ou ao menos no mesmo bioma.

Trata-se de oportunidade de formalização de parceria conferida exclusivamente às OSCIPs, incentivando entidades ambientalistas a manter seu interesse pela qualificação e determinando que os agentes envolvidos na parceria optem pelo Termo de Parceria especificamente.

3.3.3. Considerações finais

Cabe apontar que uma das grandes inovações da qualificação como OSCIP, a possibilidade de remuneração aos dirigentes estatutários, foi ampliada pela Lei 12.868/2013 e demais alterações introduzidas na legislação tributária pelas Leis 13.151/2015 e 13.204/2015. Assim, a possibilidade que anteriormente era conferida apenas às entidades qualificadas nos termos da Lei 9.790/1999 passou a ser admitida para as demais entidades sem fins lucrativos, respeitados os limites e percentuais estabelecidos pela lei tributária.

Ainda, com a promulgação da Lei 13.204/2015, que alterou o MROSC, a possibilidade de conceder o incentivo fiscal da dedutibilidade das doações aos doadores pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real também foi ampliado às demais entidades sem fins lucrativos. Para tanto, a lei exige que a entidade observe os arts. 3º e 16 da Lei 9.790/1999, sem, contudo exigir a qualificação propriamente dita.

Neste contexto, é possível identificar um esvaziamento do sentido e da importância da qualificação como OSCIP, o que compromete ainda mais a utilização dos Termos de Parceria.

3.4 OSs e Contratos de Gestão

A qualificação das entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais ("OS") também está inserida no contexto da reforma do aparato estatal brasileiro, inicialmente implementada pelo Governo Federal, com base na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Um dos objetivos da reforma centrava-se na redefinição do papel que deveria ser assumido pelo Estado, uma vez que nem a excessiva estatização e nem a opção pelo modelo neoliberal ofereciam respostas para as cada vez maiores demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social.¹¹⁵

O Estado, portanto, em face de seu redimensionamento, optou por deixar de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. Todavia, era sabido que nem todos os serviços prestados pelo Estado poderiam ser repassados aos particulares indistintamente.

De fato, é possível defender que alguns serviços que se encontram na competência estatal podem ser classificados como exclusivos do Estado. Outros, muito embora de caráter eminentemente voltado para o interesse público, não seriam adequadamente desenvolvidos quando prestados segundo a lógica de mercado, muito embora possam ser prestados por pessoas jurídicas privadas. Ainda, há os serviços que, muito embora prestados pelo Estado, podem ser apropriados pelo mercado em função de serem compatíveis com a exploração privada.

Encontram-se na categoria de serviços de interesse público, não exclusivos do Estado, por exemplo, os hospitais, museus, centros culturais e de pesquisa. Trata-se de área na qual o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas, isto é, serviços que não precisam necessariamente ser executados pelo aparato estatal.¹¹⁶

Dessa forma, os serviços compreendidos como públicos não exclusivos poderiam ser transferidos para a esfera privada, com ou sem fins lucrativos, não retirando do Estado a incumbência de assegurar a correta prestação dos serviços de interesse público, promovendo o efetivo controle e eficácia social dessa prestação de serviços.

Assim, com vistas a evitar a completa apropriação destes serviços pela esfera privada, o Estado optou por realizar com entidades privadas sem fins lucrativos, especialmente qualificadas para tanto, parcerias, no intuito de preencher o espaço existente entre o Estado e o mercado, garantindo a prestação de serviços por entidades desinteressadas em obter lucro e possibilitando o efetivo controle da prestação do serviço pelo Estado e pela sociedade civil organizada.

3.4.1. Contrato de gestão: conceito e características

Em contrapartida à qualificação concedida, a OS se compromete a firmar com a Administração Pública contrato de gestão, instrumento por meio do qual serão estabelecidas metas de desempenho e especificadas as condições de qualidade e efetividade dos serviços de interesse público a serem prestados pela OS.

A despeito do seu nome, o Contrato de Gestão mais se assemelha a “uma junção de esforços para a realização de interesses comuns”, não havendo uma contraposição de interesses entre a Administração Pública e a entidade privada, mas uma associação entre as partes, em prol do alcance de uma finalidade pública comum.

O contrato de gestão é o instrumento firmado entre a Administração Pública e a entidade qualificada como OS, elaborado de comum acordo entre as partes, que regulamenta a implementação, avaliação e gestão das atividades delegadas às organizações vinculando os recursos, bens, equipamentos e funcionários públicos cedidos à finalidade pública perseguida.

Por meio do contrato de gestão, é possível transferir recursos orçamentários para a OS, cuja aplicação será controlada pelo Estado internamente (por meio da sua participação no órgão diretivo exigida pela 9.637/1998, art. 3º, I, a) e externamente (por meio do Tribunal de Contas e da entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada).

Por parte da Administração Pública, pode-se afirmar que o contrato de gestão é sobretudo instrumento de realização de políticas públicas, de tal forma que ao direcionar a atuação da OS visa, em última instância, a aprimorar os serviços das entidades, estreitando sua relação com os beneficiários das políticas públicas, além de garantir uma utilização mais racional e econômica dos recursos públicos.

Note-se que o contrato de gestão configura modalidade típica de acordo, sujeito a regime próprio e não deve de maneira alguma ser confundido com um contrato de prestação de serviços, outra modalidade de contratação da qual pode valer-se o Estado.

De fato, a principal diferença entre os contratos de gestão e os contratos de prestação de serviços relaciona-se ao interesse, tendo em que vista que, nos primeiros, o interesse é comum, enquanto nos últimos os interesses não coincidem, pelo contrário, são contrapostos, visto que uma parte tem interesse na prestação de serviços, enquanto a outra visa à contraprestação (valor do serviço). Some-se a essa condição a impossibilidade de verificar a presença na onerosidade nesses pactos, pois os valores envolvidos no contrato de gestão não objetivam a remuneração da contratada, mas tão somente o fomento de atividade de interesse público.

Portanto, o contrato de gestão não regulamenta uma prestação de serviços da OS para o poder público, mas sim a atuação da organização social em nome do poder público por meio do adequado gerenciamento de recursos públicos.

3.4.2. Contrato de Gestão: limites e oportunidades

Após a promulgação da Lei federal de OS, diversos Estados e Municípios, a exemplo do Estado de São Paulo e da capital, instituíram suas legislações locais de qualificação como OS.

Impulsionados pelo racional de que os serviços públicos não exclusivos poderiam ter sua gestão executada por entes privados e, portanto, com maior flexibilidade do que o poder público (imerso em burocracias), e com maior agilidade nos resultados alcançados, entes públicos passaram a celebrar Contratos de Gestão contando com o Terceiro Setor como verdadeiro parceiro do Estado.

No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Complementar Estadual 846/1998 e demais alterações subsequentes disciplina a qualificação como OS para as entidades dedicadas às seguintes áreas:

- saúde;
- cultura;
- esporte;
- atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência;
- atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes;
- proteção e conservação do meio ambiente;
- promoção de investimentos, competitividade e desenvolvimento.

Havendo oportunidade e conveniência por parte da Administração Pública, esta poderá celebrar contrato de gestão para fomento e execução de atividades relacionadas às referidas áreas, destacando-se as OSs nas áreas de saúde e cultura.

Na saúde, os serviços gerenciados por OS incluem Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (“AME”), Centro de Referência do Idoso (“CRI”), Centros de Reabilitação da Rede Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (“CEAC”), Serviços de Diagnóstico por Imagem (“SEDI”), Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (“CEADIS”) e Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (“CROSS”) totalizando 54 equipamentos públicos geridos por OS. Grandes instituições na área da saúde como Hospital Sírio Libanês e Albert Einstein atuam em colaboração com o Estado, gerindo equipamentos públicos, garantindo aprimoramento de sua gestão e melhor atendimento à população.

No caso da cultura, os principais equipamentos públicos do Estado como Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, Pinacoteca do Estado de São Paulo, Museu da Casa Brasileira, Museu da Língua Portuguesa, Museu da Imigração do Estado de São Paulo, SP Escola de Teatro, entre outros, são geridos por OS.

Bastante consolidado, o modelo demonstra que o instrumento pode resultar em impactos positivos para a coletividade.

3.5 Atividade de fomento por meio de empresas estatais

A atuação empresarial do Estado como instrumento de fomento pode ser definida como a atuação excepcional do Estado na economia, por meio de empresas públicas, que, visando ao desenvolvimento econômico e social, intervêm no domínio econômico para incentivar determinadas condutas dos agentes privados.

É modalidade de intervenção do Estado na economia, que apenas tenta estimular e não obrigar os agentes da iniciativa privada a realizarem atividades de interesse público de forma voluntária.¹¹⁸

Nessa modalidade, o Estado utiliza-se, por exemplo, de empresas estatais para fomentar indústrias, regiões ou setores específicos da economia ou ainda, concretizar políticas públicas. Tal atuação pode se dar de duas formas:¹¹⁹

- **acessória ou reflexa**, quando a empresa estatal não exerce unicamente a atividade empresarial em si, mas em conjunto com a sua própria atividade, visa ao desenvolvimento de determinada região;
- **de forma específica**, quando o fomento constitui a atividade-fim da empresa estatal.

Exemplos de forma de atuação específica são as instituições públicas e as agências de fomento que concedem financiamentos com taxas de juros abaixo das taxas aplicadas pelo mercado ou por outras formas de investimento com o intuito de promover determinado setor da economia, região desprivilegiada do país ou até mesmo a tecnologia e a inovação. Este é o caso da Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP (FINEP), empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação criada pelo Decreto-Lei 61.056 de 24 de julho de 1967, cujo Estatuto Social, aprovado pelo Decreto 1.808, de 7 de fevereiro de 1996,¹²⁰ estabelece como sua finalidade o apoio a estudos, projetos e programas de interesse para o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico do País, tendo em vista as metas e prioridades setoriais estabelecidas nos planos do Governo Federal (Art. 3º).

De acordo com seu Estatuto Social, para atingir sua finalidade a FINEP poderá, (Art. 4º):

- conceder financiamento a pessoas jurídicas sob a forma de mútuo, de abertura de crédito, ou, ainda, de participação no capital respectivo;
- financiar estudos, projetos e programas de interesse para o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico do País, promovidos por sociedades nacionais no exterior; .
- conceder garantia na forma de aval ou fiança;
- contratar serviços de consultoria e celebrar convênios e contratos com entidades nacionais ou estrangeiras, públicas ou privadas, e internacionais;
- realizar as operações financeiras autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional;
- captar recursos no País e no exterior;
- conceder subvenções;
- conceder a pessoas jurídicas brasileiras, de direito público ou privado, e a pessoas físicas, premiação em dinheiro por concurso que vise ao reconhecimento e ao estímulo das atividades de inovação.

Entre as formas de atuação da FINEP, está a concessão de financiamentos, tendo como exemplo a sua linha de financiamento reembolsável cujo público-alvo são médias, médias-grandes e grandes empresas que se enquadrem nas definições delimitadas pelo seu programa de incentivo à inovação, cujas taxas começam a partir da aplicação da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), sem quaisquer juros adicionais e vão até a aplicação da TJLP mais uma taxa de 5,0% a.a.

Empresa estatal pode desenvolver determinada atividade econômica que coincide com atividades típicas de fomento, como é o exemplo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), bem como da sua subsidiária BNDES Participações S.A. BNDESPAR (BNDESPAR).

O BNDES é instituição financeira que exerce atividade econômica com o objetivo de fomentar, por meio da utilização de instrumentos de crédito, da mesma forma, a BNDESPAR também exerce atividade econômica com finalidade de fomento, por meio de instrumentos de renda variável, com a participação no capital social de empresas privadas. Diferentemente da FINEP, por exemplo, que exerce atividade puramente de fomento.¹²¹

Uma terceira forma de incentivar atividades reputadas como relevantes pelo Estado que vem sendo utilizada é a participação estatal (minoritária) no capital social de empresas privadas. Nesse contexto, o Estado, geralmente por meio de empresa estatal, torna-se sócio de empresa privada, agregando recursos e apoio institucional para determinado empreendimento como mecanismo de auxílio. A participação estatal é estratégica e viabiliza o acesso pelo ente privado a recursos públicos com a finalidade de facilitar o desenvolvimento da atividade econômica considerada relevante para o interesse público.¹²²

A atuação da BNDESPAR constitui o exemplo mais característico desta forma de incentivo. A BNDESPAR tem como uma das principais diretrizes a realização de investimentos preferencialmente minoritários no capital de empresas privadas que reúnam características como eficiência econômica, tecnológica e de gestão e cujos empreendimentos visam ao desenvolvimento de novas tecnologias.¹²³

O Estatuto Social da BNDESPAR¹²⁴ estabelece que a BNDESPAR tem por objeto social (Art. 4º):

- realizar operações visando a capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BNDES;
- apoiar empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas de retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade;
- apoiar o desenvolvimento de novos empreendimentos, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias;
- contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas;
- administrar carteira de valores mobiliários, próprios e de terceiros.

A empresa pública pode utilizar-se de mais de uma forma de incentivo, ora concedendo financiamento, ora participando do capital social de empresa privada. Nesse sentido, à ilustração da atuação fomentadora da FINEP, destacamos o recente programa de investimento em startups inovadoras, lançado por meio de chamada pública em 2017 para prestar apoio às startups nacionais que exerçam papel importante na introdução de novas tecnologias e modelos de negócios no mercado brasileiro. No âmbito de tal programa, a FINEP disponibiliza recursos financeiros (em contrapartida à outorga de uma opção de subscrição de participação social sem restrições ao direito de voto à FINEP) para startups cujo alto potencial de crescimento e retorno seja comprovado, com o intuito não somente de promover o crescimento do mercado brasileiro, como de contribuir com a criação de novos empregos e geração de renda.¹²⁵

Importa salientar a necessidade de previsão na Lei Orçamentária Anual, caso o aporte da empresa estatal no capital da empresa privada seja em dinheiro, uma vez que tal aporte representará uma criação de despesa (Art. 12, § 5º da Lei 4.320/1964). Caso o aporte não resulte em gastos orçamentários, como por exemplo, no caso de contribuição de bens ao capital social da empresa privada, deverão ser observados os requisitos aplicáveis à disponibilidade dos bens públicos aportados, por exemplo, no caso de aporte de um bem público federal, deverão ser observadas as exigências previstas no Art. 23 da Lei 9.636/1998.¹²⁶

Todos os entes federados possuem competência para promover o fomento, inclusive por meio da atuação empresarial, desde que demonstrada a existência de interesse público suficiente para justificá-lo e observada a seleção objetiva e fundamentada dos beneficiários de tal medida administrativa.¹²⁷

Alguns exemplos de empresas estatais que desenvolvem atividades de fomento em nível estadual e municipal:

- Agência de Fomento do Paraná S.A. (denominada Fomento Paraná): sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado, integrante da administração indireta do Estado do Paraná e criada por meio da Lei Estadual 11.741/1997, tem como finalidade o apoio ao desenvolvimento econômico e social do Estado do Paraná e a concessão de financiamentos associados a projetos no Estado (Art. 4º do Estatuto Social da Fomento Paraná¹²⁸), podendo prestar garantias em operações compatíveis com seu objeto social, prestar serviços de consultoria, de agente financeiro e administrador de fundos, bem como participar de empreendimentos públicos e privados (Art. 4º, §1º).

- Instituto Agrônômico de Pernambuco – IPA: empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, vinculada à Secretaria de Agricultura e Reforma Agrária do Estado de Pernambuco, transformada pela Lei 6.56/1975, tem como finalidade promover, estimular e executar atividades de pesquisa e desenvolvimento agropecuário, de assistência técnica e extensão rural, de infraestrutura hídrica, de produção de bens e serviços agropecuários e de classificação de produtos de origem vegetal, de modo a contribuir para o desenvolvimento social e econômico de Pernambuco (Art. 1º, Inciso I, do Estatuto Social do IPA¹²⁹), podendo, entre outros, colaborar com entidades públicas e privadas que se dediquem à pesquisa agropecuária, à assistência técnica e extensão rural e à infraestrutura hídrica, executar planos e projetos voltados para o desenvolvimento do setor agropecuário com o objetivo de elevar a competitividade das cadeias produtivas e sistemas de produção de modo a estimular a geração de renda e a criação de postos de trabalho (Art. 4º, incisos I e II do Estatuto Social do IPA).

- Empresa de Cinema de Audiovisual de São Paulo S.A. (cujo nome fantasia é “SP Cine”): sociedade de economia mista criada pela Lei Municipal 15.929/2013, dotada de personalidade jurídica de direito privado, vinculada à Secretaria Municipal de Cultura do Município de São Paulo, tem como finalidade a promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural, artístico, tecnológico e científico da atividade cinematográfica e audiovisual no Município de São Paulo, mediante, entre outros, criação, financiamento e implementação de políticas públicas, subsídio ou investimento na realização de produtos e serviços em eventos promocionais e apoio a ações de formação, capacitação e requalificação nas áreas correlatas ao audiovisual (Art. 4º do Estatuto Social da SP Cine).

CAPÍTULO

4

ASPECTOS ESSENCIAIS DAS RELAÇÕES PÚBLICO- PRIVADAS: PRINCÍPIO E PROCESSO

As relações jurídicas administrativas, assim consideradas aquelas travadas entre entes da Administração Pública, de um lado, e agentes privados, de outro, estão presentes em qualquer sociedade e podem envolver assuntos diversos: licitações e contratações, prestação de serviços públicos, implementação de parcerias, limitação à propriedade privada, cobrança de tributos, dentre inúmeros outros.

Independentemente da matéria em discussão, o ordenamento jurídico veicula princípios e regras destinados a disciplinar a interação público-privada. A obediência a esse conjunto de normas pela Administração Pública é obrigatória, sob pena de ilegalidade do ato praticado no âmbito da relação jurídica administrativa. E há uma razão para isso: impor limites ao exercício dos poderes estatais.

Como se sabe, a Administração Pública é responsável por concretizar diretrizes e comandos prescritos na legislação, aplicando-os a situações práticas. Uma vez que, nesse exercício, os direitos e obrigações dos administrados podem (e costumam) ser diretamente afetados, o ordenamento jurídico conta com diplomas e instrumentos voltados à limitação das prerrogativas estatais e à efetivação das garantias e dos direitos dos agentes da sociedade. Assim, este capítulo trata das seguintes questões:

- os princípios que regem as relações públicos privadas, demonstrando como eles aparecem no ordenamento jurídico brasileiro e a forma como devem ser aplicados nas atividades da Administração Pública (item 4.1);
- a necessidade de processo administrativo, tratando sobre o papel da Lei de Processo Administrativo Federal e de que maneira os princípios aparecem na sua aplicação (item 4.2);
- o dever de motivação adequada, explicando a sua importância e como aparece de forma um pouco dispersa na legislação (item 4.3);
- o dever de ética e conduta adequada, abordando sobre sua importância e como os comportamentos éticos e conformes ao Direito aparecem nas leis brasileiras (item 4.4); e o dever de transparência nas decisões da Administração Pública, discorrendo sobre o contexto de publicação da Lei de Acesso à Informação e sua relevância (item 4.5).

4.1 Princípios constitucionais que regem as relações público-privadas

Os princípios de direito consistem em proposições normativas de caráter geral e abstrato, que orientam e condicionam a compreensão do ordenamento jurídico. Na aplicação das leis e normas jurídicas, o intérprete deve guiar-se também pelos princípios regedores da matéria, pois prescrevem os fins valores dominantes a serem buscados em determinado ordenamento jurídico.

A atenção aos princípios jurídicos adquire relevo ainda maior na esfera das relações público-privadas, uma vez que a CF elencou de maneira expressa os princípios cuja incidência recai, especificamente, sobre a Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Trata-se dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, caput, e de observância obrigatória para toda a Administração Pública.

O princípio da legalidade diz respeito à compatibilidade de todos os atos e ações praticados pela autoridade competente com o ordenamento jurídico posto. A definição das competências dos entes públicos, bem como dos objetivos e das finalidades que devem pautar a sua atuação, emanam da legislação, sendo o princípio da legalidade a base jurídica primordial para se exigir do administrador público o cumprimento das disposições legais no exercício de suas atividades.

Contudo, a observância do princípio da legalidade não implica a anulação de toda e qualquer margem de discricionariedade do gestor público na consecução das funções administrativas, mas sim, a observância aos limites e fins consagrados em lei.

Tome-se como exemplo a atribuição de a Administração Pública implementar políticas públicas formuladas pelo legislador: como regra, a legislação não elenca os meios pelos quais o gestor público deverá concretizá-la, recaindo tal decisão sob sua esfera de discricionariedade. No caso, caberá ao gestor eleger o meio que julgar mais adequado para implementá-la, com base em decisão motivada, que demonstre a pertinência entre a medida adotada e a finalidade buscada.¹³⁰

O princípio da impessoalidade, por sua vez, corresponde à vedação ao subjetivismo na condução de atos e procedimentos pela Administração Pública, seja em relação à autopromoção de agentes públicos, seja em relação ao direcionamento da atuação estatal em prol de interesses privados que não representam a coletividade.¹³¹

No que concerne à promoção pessoal de agentes públicos, o art. 37, §1º, veda expressamente a publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, devendo a publicidade assumir caráter educativo, informacional ou de orientação social.

Cita-se como exemplo de prática vedada, nos termos do dispositivo acima, a de inserção de nomes de agentes políticos e/ou de funcionários do governo em cestas básicas distribuídas a servidores públicos, custeadas com recursos orçamentários. Nessa hipótese, não apenas inexistente aderência a quaisquer das finalidades constitucionalmente admitidas, como, ainda, verifica-se o intento de autopromoção dos agentes do governo.¹³²

A essência da vedação constitucional é a de promover a dissociação entre o caráter público do ato praticado pelo ente estatal e a figura física do governante e de seus agentes. Em razão disso, tal vedação subsistirá ainda que o ato seja patrocinado por recursos privados, visto que o que se busca é a eliminação da prática de promoção pessoal da autoridade por meio da publicidade veiculada, desvirtuando-a de seu propósito maior (i.e., educativo, informacional ou de orientação social).

A outra vertente do princípio da impessoalidade veda o subjetivismo na atuação do Poder Público junto a indivíduos ou grupos de interesse, reforçando o vício de inconstitucionalidade que atinge práticas tais como trocas de favores e concessão de privilégios indevidos. A atividade administrativa não pode discriminar os membros da coletividade, mas apenas distinguir em determinados casos, entre pessoas, em função de peculiaridades cuja observância é imposta por lei.¹³³

O princípio da moralidade refere-se à atuação administrativa pautada em preceitos de honestidade, probidade e boa-fé, voltada ao cumprimento do fim institucional atribuído a cada ato. Em outras palavras: para respeitar o princípio da moralidade, o gestor público, no exercício de suas funções, deve se preocupar em atender as verdadeiras finalidades buscadas pela lei, levando em consideração, para tanto, o contexto em que se insere o ato a ser praticado ou a decisão a ser tomada.

Nesse sentido, não basta atuar em estrita conformidade com a letra fria da lei, se os efeitos práticos do ato praticado desvirtuam as finalidades tuteladas pelo legislador. Quando a execução da lei é feita, por exemplo, com o intuito deliberado de prejudicar ou favorecer alguém, poderá se falar em legalidade formal do ato praticado, mas, materialmente, estará eivado de vício de moralidade, tornando-se incompatível com o ordenamento jurídico.¹³⁴⁻¹³⁵

O princípio da publicidade consiste em se conferir transparência aos atos praticados pela Administração Pública, de modo a promover a universalidade da participação democrática e a devida fiscalização dos atos praticados pelo setor público. A publicidade dos atos administrativos, consubstanciada nas atividades de exteriorização e divulgação, configura formalidade essencial à sua validade.

Muito embora o princípio da publicidade tenha o seu escopo reduzido à divulgação oficial dos atos da Administração, fato é que atualmente a compreensão que dele se tem é mais abrangente.

O princípio da publicidade tem sido tratado conjuntamente com os preceitos de motivação e participação popular e juntos passaram a compor a noção de transparência. Por meio de uma atuação transparente busca-se a democratização da gestão pública, possibilitando, de um lado, a concretização de direitos e garantias dos cidadãos e de outro, o controle jurisdicional da atividade administrativa.¹³⁶

No cumprimento do princípio da publicidade, o gestor público deve ter clareza de que a regra geral do ordenamento jurídico pátrio é a da ampla publicidade, tendo em vista a garantia constitucional do acesso à informação.¹³⁷ Ainda que haja casos em que o sigilo da informação configure condição indispensável à realização do interesse público e, portanto, condição para que a autoridade possa cumprir o seu dever, torná-los regra geral configurará violação ao princípio constitucional da publicidade.¹³⁸

Por fim, o **princípio da eficiência** corresponde à otimização da gestão dos interesses públicos, buscando a plena satisfação dos administrados e incorrendo nos menores custos possíveis para a sociedade. O princípio em questão se traduz em celeridade e desburocratização da atuação pública¹³⁹ – preservando os procedimentos e formalidades essenciais à validade e eficácia dos atos administrativos – e racionalização do gasto público, sempre considerada à luz da maximização do bem-estar social.

Tendo em vista a multiplicidade de ações e programas que devem ser implementados pela Administração Pública no interesse da sociedade, em um cenário de permanente escassez de recursos públicos, a observância ao princípio da eficiência se tornou obrigação altamente relevante do gestor público, sendo objeto de constante fiscalização pelos tribunais de contas.

A observância ao princípio da eficiência poderá ser atestada por meio de análises que demonstrem o cotejamento dos custos e benefícios das diferentes alternativas disponíveis ao gestor público para a implementação de determinada ação ou programa. Uma vez sopesados

os custos e benefícios – expressos não apenas em valores monetários, mas também em valores sociais –, deverá ser adotada a alternativa que mais bem concilie a maximização de benefícios para a comunidade e a menor mobilização de recursos públicos.

legislação infraconstitucional. Por exemplo, a Lei 8.666 elenca, em seu art. 3º, os princípios regedores das contratações governamentais. Além de replicar o princípio constitucional da isonomia (previsto no art. 37, XXI) e os demais princípios do art. 37, caput, veicula os princípios da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Ao passo que o princípio da probidade decorre diretamente do princípio da moralidade, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo têm bases nos postulados da isonomia e da eficiência.

O mesmo vale para os princípios trazidos no art. 2º, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (“Lei 9.784/1999”), que disciplina o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal. Para além dos princípios constitucionais, são elencados os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público. Em alguma medida, todos os enunciados listados acima estão relacionados aos princípios do art. 37, caput, ou aos direitos e garantias fundamentais da coletividade constantes do art. 5º da CF.¹⁴⁰

Uma vez conhecidos os princípios essenciais que regem as relações público-privadas, é necessário ter clareza acerca do papel que exercem e o modo como repercutem, efetivamente, nas relações público-privadas. Isso porque é cada vez mais comum que gestores públicos e entes privados, na defesa de interesses contrapostos, invoquem princípios (e, por vezes, princípios coincidentes) para sustentar as suas pretensões.

Os princípios são proposições de cunho geral e abstrato, de modo que é possível moldar a sua aplicação a situações diversas e deles se extrair conclusões em sentidos diversos (e por vezes incompatíveis). Do ponto de vista prático, portanto, o uso dos princípios dificilmente traz solução para problemas concretos, já que pouco adentra o mérito dos conflitos e mantém as discussões em nível superficial.

Aspecto relevante que também decorre do alto grau de generalidade e abstração dos princípios é o de que a preferência pela aplicação de determinado princípio em uma situação concreta pode resultar na invalidação de outro. Ao tomar decisões que impliquem antagonismo entre princípios, convém ao gestor público refletir, na motivação do ato, a ponderação realizada no caso concreto e os fatores que o levaram a optar por determinado princípio, em detrimento de outros, naquela situação prática.¹⁴¹

Em síntese, os princípios essenciais regedores das relações público privadas são aqueles elencados no art. 37, caput, da CF e refletidos na legislação infraconstitucional. Fundamentalmente, têm em comum o aspecto limitador dos poderes da Administração Pública na consecução de suas atividades, assim como o papel instrumental para a efetivação de direitos e garantias dos agentes privados que com ela atuam em parceria.

4.2 Necessidade de processo administrativo (Lei 9.784/1999)

No desempenho habitual das atividades e funções atribuídas à Administração Pública, é comum a interação entre gestores públicos e iniciativa privada, no âmbito de relações jurídicas qualificadas como administrativas. Por meio dessas relações, marcadas pelo exercício de função administrativa com origem e finalidade predefinidas em lei, a Administração Pública realiza a gestão dos interesses coletivos, aplicando a situações concretas os comandos e as políticas públicas definidos na legislação.¹⁴²

A transformação das diretrizes e prescrições legais em programas concretos faz com que a vontade da Administração Pública seja equivalente à vontade da lei concretizada. Trata-se de atribuição de alta relevância, pois a vontade da lei concretizada é o que efetivamente repercutirá na esfera de direitos e deveres dos administrados. Daí decorre a importância do controle da aplicação da lei exercida pelo administrador público, figurando o processo administrativo como instrumento essencial para tanto.¹⁴³

Nesse sentido, o processo administrativo deve ser entendido como instrumento formal, que vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, por meio da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo previamente fixado na legislação e identificado pela Administração Pública.¹⁴⁴ Na medida em que o processo administrativo pressupõe a participação não apenas do administrador público, mas também do administrado, passa a exercer papel ligado à garantia e efetivação de direitos individuais.

De um lado, a prática dos atos administrativos de maneira sucessiva, ordenada e conforme as formalidades e finalidades legais configura verdadeiro limite à atuação do gestor público nas relações jurídicas administrativas. De outro, abre-se a possibilidade de participação ativa do ente privado em sua relação jurídica com a Administração Pública, admitindo-se não apenas que exponha sua pretensão e as razões subjacentes, mas que acompanhe ativamente o desenrolar do processo, podendo obter vista dos autos, exercer o contraditório e a ampla defesa, formular contribuições, etc.¹⁴⁵

Sendo assim, o equilíbrio entre autoridade (i.e., poder da Administração Pública de concretizar a vontade legal) e liberdade (i.e., participação do administrado no processo decisório da Administração Pública) é premissa que deve orientar o processo administrativo, porquanto essencial para conferir maior legitimidade a agentes da sociedade e para exigir do Estado o cumprimento dos direitos e garantias individuais e coletivos.¹⁴⁶ Tal premissa foi acertadamente incorporada na Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

De acordo com a Lei 9.784/1999, os traços fundamentais do processo administrativo podem ser sintetizados em:

- instrumentalidade das formas;
- imposição de diretrizes e limites para a atuação do gestor público;
- garantia de participação do administrado;
- promoção da estabilidade e segurança jurídica das relações público-privadas.

A instrumentalidade das formas pode ser inferida de diversos dispositivos da Lei 9.784/1999. O art. 2º prevê, dentre os critérios a serem observados nos processos administrativos, o de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (parágrafo único, VIII), bem como o de adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (parágrafo único, IX). O art. 22, por sua vez, estabelece, como regra geral, que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

Isso significa que, para fins do processo administrativo, a forma não é um valor em si mesma, sendo a sua importância meramente instrumental, dedicada à efetivação dos direitos dos administrados. Tanto é assim que a própria Lei 9.784/1999 dispõe, em seu art. 55, que os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração, desde que não acarretem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.¹⁴⁷

A instrumentalidade das formas, tal como consagrada na Lei 9.784/1999, permite afirmar que o processo administrativo não tem por objetivo a burocratização da Administração Pública, no sentido de fragmentação da autoridade e preconização de formalismos excessivos – como um primeiro contato com o tema poderia sugerir. O objetivo é exatamente o oposto: racionalizar as decisões da Administração Pública, por meio da prática de atos concatenados e observância a ritos procedimentais que tragam celeridade ao processo e possibilitem a participação dos interessados.

As diretrizes e limites para atuação do gestor público também estão consagradas em diferentes dispositivos da Lei 9.784/1999. O caput do art. 2º elenca os princípios que deverão ser observados pela Administração Pública no âmbito dos processos administrativos, quais sejam: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Vale reiterar que a mera invocação de princípios pelas partes para a defesa de interesses contrapostos dificilmente traz solução para problemas concretos. Isso porque os princípios são proposições de caráter geral e abstrato, sendo possível moldar a aplicação de um determinado princípio de maneiras diversas e dele se extrair conclusões antagônicas em um mesmo caso.

Não obstante a ressalva acima, a Lei 9.784/1999 estabeleceu critérios mais objetivos a serem observados nos processos administrativos, muitos dos quais representam limites à atuação da Administração Pública. Exemplificativamente, impõe-se atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, parágrafo único, IV); adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 2º, parágrafo único, VI); indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (art. 2º, parágrafo único, VII); dentre outras disposições.¹⁴⁸

Ademais, na ausência de previsão específica, a Lei 9.784/1999 estipulou o prazo de cinco dias – prorrogável até o dobro, mediante comprovada justificação – para a autoridade responsável pelo processo e os administrados que dele participem praticarem os atos cabíveis (art. 24). Bem assim, previu a referida lei que, uma vez concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49).

Com relação à garantia de participação do administrado, há previsão expressa de seu direito a ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II), bem como de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais devem ser objeto de consideração pela autoridade competente (art. 3º, III).

Há, ainda, previsão do dever do administrado de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º, IV), além da inclusão da ampla defesa e do contraditório no rol dos princípios a serem obedecidos pela Administração Pública.

Sobre esse tema, vale registrar que a participação dos administrados nem sempre implica impossibilidade de condução de processos administrativos eficientes. Ao contrário: ao fornecerem esclarecimentos à Administração, os administrados contribuem para a redução da assimetria informacional da máquina administrativa, de forma a melhorar a qualidade da decisão. Além disso, aumenta-se o grau de legitimidade da decisão, o que contribui para o seu cumprimento espontâneo e conseqüente redução do acionamento da máquina judiciária.¹⁴⁹

A promoção da estabilidade e segurança jurídica das relações público-privadas decorre não apenas da imposição do princípio da segurança jurídica à Administração Pública, conforme o art. 2º, mas também da previsão de que a interpretação da norma administrativa no processo deve ser realizada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII).

Ademais, a própria disposição acerca da adoção de formas simples nos processos administrativos estabelece, como única condição para determiná-las, a de que sejam suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, IX).

Em essência, o processo administrativo permite que, nas relações público-privadas, o exercício do poder estatal conviva de maneira

harmônica com a garantia de participação ativa dos particulares. Cria-se, com isso, o ambiente ideal para a adequada gestão dos interesses coletivos pela Administração Pública.¹⁵⁰

4.3 Dever de motivação adequada

O dever de motivação compreende a necessidade de a Administração Pública justificar racionalmente determinado ato praticado. Nesse sentido, é obrigação do administrador público dedicar esforços para convencer, por meio de fundamentos, os administrados de que determinado ato administrativo possui razão para ser editado, nos planos da legalidade, oportunidade e conveniência.¹⁵¹

Importante notar que não se pode confundir motivação com motivo. Enquanto o motivo consiste no fato objetivo necessário para a existência de ato administrativo, a motivação surge como meio para justificar este fato.¹⁵²

Por ser a motivação o meio para revelação dos pressupostos de fato e de direito de determinado ato administrativo, ela se torna um elemento significativo de controle da atuação da Administração Pública. Conhecidas as razões da edição do ato administrativo, será possível a apuração dos motivos quanto a sua veracidade e existência, bem como se há conduta ilegal, reduzindo o risco de práticas arbitrárias.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a importância do dever de motivação dos atos administrativos justifica-se por meio de dois planos:

- instrumento para controle da atividade administrativa;
- garantia do administrado de saber as razões que levaram um agente público a editar um ato administrativo.¹⁵³

É importante que a motivação seja explícita e clara, a fim de proporcionar o devido controle de legalidade e efetivar a garantia do administrado de conhecer as razões das medidas adotadas pelo administrador. Procedendo dessa forma, a Administração Pública contribuirá para o exercício democrático.

Como exemplo do exercício do dever de motivação, um administrador público não poderá atrasar ou interromper a execução de obras ou serviços, assim como prevê o art. 8º da Lei 8.666/1993, movido apenas

por interesses políticos. O administrador deverá demonstrar, com fundamentação clara, o fato objetivo que ensejou este ato, esclarecendo a falta de recursos financeiros ou a recomendação técnica para paralisar ou interromper a obra ou serviço. Se assim não proceder, o ato deve ser anulado ou declarado nulo por autoridade administrativa¹⁵⁴ ou pelo judiciário.

Para o exercício deste controle dos atos administrativos, é necessária a identificação do dever de motivação na legislação. Observa-se que a sua previsão se encontra de forma um pouco dispersa no ordenamento jurídico brasileiro. Na CF, a exigência decorre do art. 93, IX e X:¹⁵⁵ Ainda, também é possível extrair do art. 5º, XXXIII e XXXIV, “b”,¹⁵⁶ o dever legal de motivação, na medida que dispõem sobre o dever de a Administração Pública promover o acesso à informação e a documentos de interesse do administrado.

Na legislação ordinária, é possível encontrar previsão expressa do dever de motivação, a título de exemplo, na Lei 9.784/1999, na Lei do Estado de São Paulo 10.177/1998 (“Lei 10.177/1998”), bem como na Lei do Município de São Paulo 14.141/2006 (“Lei 14.141/2006”), as quais dispõem, cada uma na respectiva esfera federativa, sobre processo administrativo.

A Lei 9.784/1999 determina, em seu art. 2º, o dever da Administração Pública Federal de obedecer ao princípio da motivação.¹⁵⁷ No mesmo passo, o art. 50, prevê que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos nas hipóteses elencadas em seus incisos.¹⁵⁸ Ainda, no art. 50, § 1º, há exigência para que a motivação seja explícita e clara, valendo-se de fundamentos de decisões anteriores, informações, decisões ou propostas.¹⁵⁹

Por sua vez, a Lei 10.177/1998, além de exigir obediência ao princípio da motivação (art. 4º), assim como prevê a legislação federal, também dispõe que os atos administrativos serão inválidos por falta ou insuficiência de motivação (art. 8º, VI).¹⁶⁰ Além disso, a lei estadual disciplina que a motivação deverá indicar as razões para justificar a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada, podendo o agente público se valer de remissão a pareceres ou manifestações proferidas em procedimento administrativo (art. 9º, caput e parágrafo único).¹⁶¹

Por fim, a Lei 14.141/2006, assim como a lei federal e a estadual, determina a observância do princípio da motivação pela Administração Pública, indicando os pressupostos de fato e de direito determinantes para sua decisão (art. 2º, caput e III, do parágrafo único).¹⁶²

A título de conclusão, observa-se que a motivação é dever da Administração Pública, conforme prescreve o ordenamento jurídico

administrativa, bem como garante aos administrados o conhecimento das razões que levaram o administrador público a editar determinado ato. Adicionalmente, a motivação deve ser dada de forma clara, explícita e completa a fim de viabilizar da melhor forma os seus objetivos, contribuindo ao exercício pelo da democracia.

4.2 Necessidade de processo administrativo (Lei 9.784/1999)

O administrador público possui o dever de ética e conduta adequada. Ele não só tem que ser honesto, como deve atuar com respeito aos interesses da sociedade, objetivando o melhor tratamento da coisa pública. Na CF, este dever encontra-se previsto no art. 37, caput, exigindo da Administração Pública a observância aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade corresponde à vedação ao subjetivismo na condução de atos e procedimentos pela Administração Pública. Neste sentido, o § 1º, do art. 37, da CF, determina que as obras, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos não podem ser identificados pelos nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção pessoal de administradores públicos.¹⁶³ Assim, não pode um Prefeito de determinado Município usar durante a sua gestão um símbolo de sua campanha eleitoral como marca oficial da administração.¹⁶⁴

Já o princípio da moralidade consiste na atuação da administração pública baseada em preceitos de honestidade e probidade, voltada ao cumprimento do fim institucional atribuído a cada ato. O § 4º, do art. 37, da CF prevê as consequências de um administrador cometer ato ímprobo, podendo sofrer suspensão dos seus direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ser condenado ao ressarcimento ao erário, guardando à lei infraconstitucional o dever de regulamentar a matéria.

A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (“LIA”), foi publicada com fim de regulamentar as punições aos beneficiados diretos ou indiretos de atos considerados ímprobos.¹⁶⁵ Esta lei estabelece alguns parâmetros casuísticos para auxiliar na identificação da improbidade em um ato jurídico.

Assim, o papel da LIA é repreender conduta dos agentes públicos que tenha por consequência (a) enriquecimento ilícito, (b) prejuízo ao erário, ou (c) violação aos princípios da administração pública.¹⁶⁶

Ressalta-se que a LIA tem em mira o dever de probidade. Ela requer dos administradores públicos o bom exercício de sua competência diante de um caso concreto (observância de fins e meios lícitos), levando em conta os princípios que pautam as atividades da Administração Pública, sob pena de aplicação das sanções previstas na lei. O mencionado dever é, no sistema brasileiro, a essência para o correto exercício das competências. Não há dever ou poder público que possa ser desempenhado sem probidade.¹⁶⁷

O objetivo da LIA, em caso de dano ao patrimônio público e/ou violação aos princípios da Administração Pública, é penalizar o gestor público com sanção personalíssima e bastante severa pelo não cumprimento do dever de probidade. Desta forma, busca-se a repreensão de atos desonestos e não pelo mero descumprimento dos deveres legais.

Considerando as relações público-privadas, é importante notar que os beneficiados por ato de improbidade, mesmo não sendo agente públicos, estão sujeitos às sanções previstas na CF e na LIA, conforme dita o art. 3º da LIA. Esta hipótese compreende todo particular que haja incorporado indevidamente algum bem público ao seu patrimônio, bem como um particular contratado pela Administração Pública mediante indevida dispensa do procedimento licitatório, ou com frustração da licitude do certame.¹⁶⁸

Apesar da LIA prever as penalidades da improbidade administrativa aos particulares conforme demonstrado acima, esta lei não dispõe sobre a responsabilização das pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública. Com vistas a sanar esta lacuna, foi criada a Lei 12.846, em 1º de agosto de 2013 (“Lei 12.846/2013”), conhecida como Lei Anticorrupção.

A mencionada lei é reflexo de escândalos noticiados constantemente pela mídia envolvendo condutas antiéticas de gestores públicos e de empresas quem pactuam com a Administração Pública. A sua criação está inserida no contexto das manifestações de 2013, nas quais a população pressionou os governantes por ética na gestão pública.

Nesse sentido, a Lei 12.846/2013 visa responsabilizar, no âmbito administrativo e civil, pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras que praticaram atos atentatórios à Administração Pública, objetivando o combate a atos de corrupção, fraude em licitações e contratos administrativos. Com ela, busca-se alterar a condição atual das relações público-privadas no país, assolada por desconfiança.

Um dos principais institutos da lei para se atingir estes objetivos é a introdução da responsabilidade objetiva da empresa (art. 2º).¹⁶⁹ Assim, para

que haja punição, não será necessária a comprovação da intenção ou envolvimento dos dirigentes da pessoa jurídica nos atos ilícitos praticados.

Ainda, a Lei Anticorrupção também prevê a responsabilidade solidária às sociedades controladoras, controladas e consorciadas (art. 3º, § 2º).¹⁷⁰ Desta forma, evita-se a incapacidade de gerar medidas compensatórias para a Administração Pública, nos casos em que há dificuldade para definir a pessoa jurídica responsável pelos atos ilícitos.¹⁷¹

Por fim, cabe exaltar que a Lei 12.846/2013 prevê a competência, em âmbito federal, da Controladoria-Geral da União (“CGU”)¹⁷² para instaurar ou avocar os processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas com fundamento nesta lei, inclusive com relação aos atos ilícitos praticados contra administração pública estrangeira (art. 8º, § 2º, e art. 9º). Este órgão, por ser responsável pela defesa do patrimônio público, a prevenção e o combate à corrupção, possui extrema importância na fiscalização do dever de ética e conduta adequada nas relações público-privadas.¹⁷³

Diante de todo o exposto, os agentes que participam das relações público-privadas devem assumir comportamentos éticos conforme exigidos na CF, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. A boa gestão dessas relações exige do administrador público o dever ético de tratar a coisa pública como se assim fosse, por meio de condutas livres de interesses particulares, objetivando os melhores resultados para o Estado e os seus cidadãos.

4.5 Dever de transparência nas decisões (Lei 12.527/2011)

No Brasil, durante o final dos anos de 1980, havia movimentos sociais reivindicando o acesso aos arquivos do regime militar, afim de obter informações sobre o desaparecimento de pessoas e violações aos direitos humanos que ocorreram neste período.¹⁷⁴

Como combustível para este debate, a CF previu a transparência administrativa, principalmente, no art. 5º, XXXIII,¹⁷⁵ e no art. 37, caput e II do § 3º.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ Estes dispositivos previram que a regulamentação do tema deve ser dada por meio de lei específica.

Após a promulgação da CF, foi publicada a Lei 8.159, em 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, cujo objeto buscou garantir direito fundamental previsto no art. 5º, XXXIII, da CF. Entretanto, esta lei não correspondeu totalmente aos anseios sociais com relação à transparência das informações públicas.

Ao final do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), foram assinados decretos presidenciais relacionados a arquivos sigilosos. Esta gestão se movimentou em sentido oposto ao acesso de documentos públicos, sob o fundamento da necessidade de disciplinar e conceituar documentos sigilosos. Neste sentido, em 27 de dezembro de 2002, foi publicado o Decreto 4.553,¹⁷⁸ posteriormente revogado pelo Decreto 7.845/2012.¹⁷⁹

Diante deste cenário, em que foram tomadas mais medidas para restringir o acesso às informações públicas do que para ampliar, organizações da sociedade civil¹⁸⁰ e associações científicas¹⁸¹ intensificaram sua atuação nos debates para proporcionar maior transparência dos documentos públicos. Em especial, vale destacar as representações profissionais dos jornalistas que figuraram como um dos grupos mais atuantes nessas discussões.¹⁸²

Em seguida, no início da gestão de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2008), foi apresentado o Projeto de Lei 219/2003, que tinha por objeto a regulamentação do direito ao acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII, no art. 37, II do § 3º e no art. 216, § 2º da CF. Entretanto, durante este período, os instrumentos normativos relacionados ao sigilo não foram revogados nem foram eivados esforços suficientes para aprovar o referido projeto de lei, assim como exigiam as demandas sociais.

Somente no início da presidência de Dilma Rousseff (2011-2016), o Projeto de Lei 219/2009 foi aprovado, culminando na publicação da Lei 12.527, em 18 de novembro de 2011 ("Lei 12.527/2011"), conhecida como a Lei de Acesso à Informação, regulamentando a consulta de documentos públicos. Cumpre ressaltar que esta lei foi sancionada em conjunto com a Lei da Comissão da Verdade, que instituiu órgão para apurar violações aos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988. A publicação dessas duas leis consagrou uma iniciativa de consolidar a democracia por meio da transparência, garantindo acesso à informação, e o pleno exercício da cidadania.

O contexto que envolveu a publicação da Lei 12.527/2011 norteia o entendimento do seu objetivo, que consiste em regulamentar o direito de acesso à informação delineado na CF, garantindo transparência por meio do amplo acesso aos documentos públicos.¹⁸³

O art. 3º, da Lei 12.527/2011, no qual são estabelecidas as diretrizes a serem seguidas pelas Administração Pública para garantir a transparência.¹⁸⁴ Em regra, a Lei de Acesso à Informação determina que nenhuma informação pode ser negada pela Administração Pública, com exceção das seguintes hipóteses: risco à defesa e à soberania nacional; à vida, à segurança e à saúde da população; à estabilidade financeira; e às operações e planos estratégicos das Forças Armadas.

Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Junior ensina que a transparência se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, garantindo visibilidade, acesso, conhecimento das atividades administrativas e instrumentalizando a vigilância social e o controle institucional sobre a Administração Pública. Por meio da transparência é possível o conhecimento do fato (publicidade) e de suas razões (motivação), permitindo o controle, a sugestão, a defesa, a consulta e a deliberação (participação).¹⁸⁵

Desta forma, a Lei de Acesso à Informação proporciona aos agentes privados o conhecimento de contratações realizadas pela Administração Pública, os motivos para a escolha de determinado contrato, as obrigações assumidas pelas partes e o valor da contratação. Nesse sentido, também reafirma o dever da Administração Pública de disponibilizar editais de licitação e seus anexos, extrato de contratos e termos aditivos, resumo de decisões administrativas, assim como exige a Lei 8.666/1993.¹⁸⁶

Por meio do amplo acesso aos documentos público, é possível maior vigilância dos atos da Administração Pública. Assim, os órgãos de fiscalização,¹⁸⁷ bem como os cidadãos, podem analisar se determinado ato administrativo está de acordo com os princípios de Direito Público, se foi devidamente motivado, ou se pode ser enquadrado em alguma conduta ilegal prevista nas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013.

E na prática, como são implementadas as medidas para proporcionar a transparência? De acordo com a Lei 12.527/2011, os órgãos da administração pública devem proporcionar sistemas eletrônicos de informação ao cidadão (Serviços de Informações ao Cidadão – SICs), para atender e responder às demandas por dados e documentos que lhes forem encaminhadas.¹⁸⁸ A implementação, supervisão e manutenção deste sistema é de competência da CGU.¹⁸⁹

De acordo com as informações trazidas neste tópico, é clara a importância de se permitir a transparência das decisões da Administração Pública. Esta transparência pode ser proporcionada por meio do amplo acesso aos documentos públicos, permitindo maior vigilância dos atos da administrativos. Nesse sentido, a Lei 12.527/2012 foi criada justamente para institucionalizar meios aptos a garantir a publicidade, motivação e participação social nas atividades administrativas.

CAPÍTULO

5

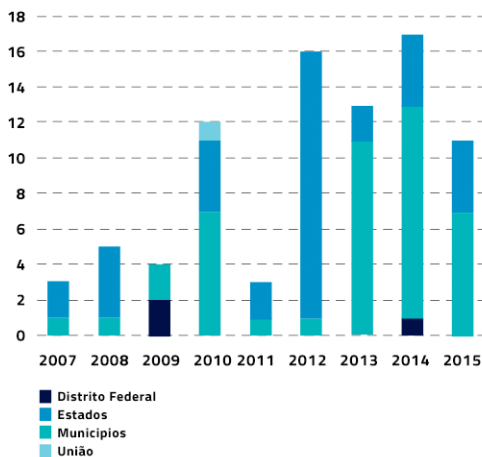
**ASPECTOS
PRÁTICOS DAS
RELAÇÕES
PÚBLICO-PRIVADAS:
ESTUDO DE CASO**

5.1 Associações Público-Privadas e Modelos de governança no setor público

Fernando de Paiva Pieroni
Victor Hugo Correa Costa
Marco Aurélio de Barcelos Silva

Nos últimos anos, o Brasil presenciou o crescimento expressivo de iniciativas voltadas ao aprimoramento e à expansão de serviços públicos por meio da adoção de Parcerias Público-Privadas (PPPs), seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Considerados, por exemplo, os projetos formatados na modalidade “concessão administrativa” e “concessão patrocinada” no período de 2006 a 2015, constata-se que foram assinados 87 contratos, dois terços dos quais somente na segunda metade daquele período.

Contratos assinados - concessões patrocinadas e administrativas



Estima-se que esse movimento se aprofunde nos próximos anos, levando em conta as dificuldades dos governos na gestão e investimento em serviços públicos, sobretudo em um cenário de crise econômica e de baixa arrecadação fiscal.

Ainda assim, para que tenham sucesso, essas iniciativas dependem da combinação de uma série de fatores, a começar pela capacidade dos governos de realizar bons estudos e contratos de parceria. Some-se a isso a necessidade de conciliação dos pontos de vista de diferentes stakeholders, dentro e fora do poder público, bem como de apoio e compromisso por parte da liderança dos governos ao longo de todo o processo de concepção e licitação dos projetos.

A maioria dos projetos de APP no Brasil perece antes mesmo da abertura da licitação justamente por não observarem esses pré-requisitos, particularmente as peculiaridades do ambiente político, jurídico e institucional em que se inserem.

A Prefeitura Municipal de São Paulo tem adotado relevantes medidas para aprimorar o ambiente necessário à estruturação e à execução de seus projetos, a começar pela Lei Municipal nº 14.517, de 16 de outubro de 2007, que instituiu o Programa Municipal de Parcerias Público Privadas e o Conselho Gestor do Programa (CGP), e pela criação da então Companhia São Paulo de Parcerias – SPP. Nessa proposta, ao CGP coube, dentre outras atribuições, definir as prioridades quanto à implantação, expansão, melhoria, gestão ou exploração de bens, serviços, atividades, infraestruturas, estabelecimentos ou empreendimentos públicos.

“As parcerias público-privadas de que trata esta lei são os mecanismos de colaboração entre o Município e os agentes do setor privado, com o objetivo de implantar e desenvolver obra, serviço ou empreendimento público, bem como explorar a gestão das atividades deles decorrentes, cabendo remuneração aos parceiros privados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados”. art. 1º, § 1º da Lei Municipal nº 14.517

A partir de 2013 o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas ganhou corpo com a transformação da SPP em SP Negócios, empresa que passou a promover investimentos e a melhorar o ambiente de negócios na cidade, para além da missão de instituir e estruturar concessões, PPPs, e outros projetos de interesse público. Em 2017, a arcabouço institucional se fortaleceu ainda mais, com a criação de uma secretaria dedicada a promoção de concessões em parcerias (Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias) e a conversão da SP Negócios em uma facility dedicada exclusivamente à estruturação de projetos (voltando a se chamar SPP).

É importante mencionar o papel de protagonismo assumido pela SPP / SP Negócios no Programa de PPPs paulistano desde a sua criação. Com um corpo técnico composto por uma mistura de profissionais com experiências relevantes em projetos de infraestrutura, seja no governo ou na iniciativa privada, a companhia assumiu o compromisso de levar adiante importantes iniciativas de interesse municipal, a exemplo da PPP de Iluminação Pública, o projeto de concessão da Arena Multiuso, a privatização do Parque do Anhembi, dentre outros, e, mais recentemente, todo o programa de desestatização pretendido pela nova gestão municipal, iniciada em 2017, envolvendo inúmeros projetos, de terminais de ônibus a parques urbanos.

Exemplo: a PPP dos serviços de Iluminação Pública

A SP Negócios assessorou os órgãos responsáveis por projetos na administração municipal com o recebimento, a análise e a avaliação dos estudos preliminares obtidos via diversos procedimentos de manifestação de interesse (PMI), que contaram com ampla participação da iniciativa privada. Por meio do Chamamento Público nº 01/SES/2013, por exemplo, que deu origem ao projeto de PPP da Iluminação Pública, 41 empresas ou consórcios interessados manifestaram a disposição de realizar os estudos demandados, dos quais 34 foram autorizados a apresentá-los. Desses, alguns se consorciaram ao longo do processo, cominando na entrega de 11 estudos preliminares. Os estudos recebidos foram analisados, tendo sido realizadas reuniões de esclarecimento de pontos relevantes com as autoridades municipais, agentes privados interessados no projeto, consulta e audiências públicas, resultando na exitosa publicação do edital e recebimento de propostas dos licitantes. Todos os processos foram documentados e publicizados de forma a resguardar sua lisura e a transparência para com a sociedade.

Além da construção de um ambiente favorável à modelagem e à execução dos projetos relacionados, outro fator de sucesso dos programas de PPPs é a capacidade do governo de escolher aqueles empreendimentos que sinalizem os melhores resultados e a maiores chances de sucesso – dado que os recursos públicos são limitados e os projetos de PPP, intensivos e com longo prazo de maturação. Por conseguinte, faz-se necessário, a partir de critérios objetivos, a realização de avaliações comparadas dos diversos empreendimentos desejados, considerando-se o seu custo-benefício e a sua viabilidade de implementação (priorização). Ou seja, a efetividade dos programas de PPP será maior quanto mais capaz o ente estatal for em gerenciar o seu portfólio de iniciativas de forma sistêmica e coordenada a fim de proporcionar a melhor alocação de recursos e produzir o melhor benefício agregado para a sociedade.

Nesse contexto, a SP Negócios desenvolveu a partir de 2013, diversos estudos e ferramentas internas para mapeamento e priorização das iniciativas desenvolvidas ou em desenvolvimento na cidade de São Paulo com vistas à montagem de suas carteiras de projetos de PPPs.

Metodologia para avaliação e priorização de projetos

A metodologia para avaliação e priorização de projetos foi desenvolvida por meio de contrato entre a Secretaria do Governo Municipal (SGM) e a SP Negócios, que teve por base 4 principais frentes de trabalho:

Frentes do Trabalho de Contato nº 011/2013 - SGM

- 1** Mapeamento e diagnóstico inicial dos principais projetos de parcerias
- 2** Revisão e aprimoramento do **processo de execução das PPPs**
- 3** Revisão de **temas críticos** comuns aos projetos de parcerias
- 4** Atividades de suporte aos **projetos prioritários**

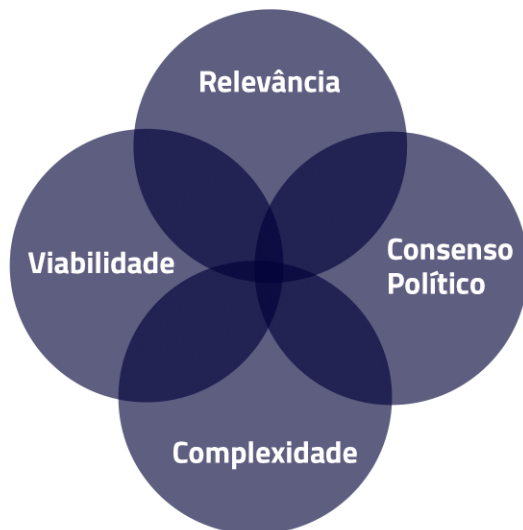
Fonte: SP Negócios (2014)

A metodologia construída pela SP Negócios incluiu o levantamento das características mais importantes em cada um dos projetos, como: o escopo, os benefícios esperados, o modelo contratual pensado, o prazo, dentre outros quesitos que totalizavam 17 aspectos a serem mapeados em cada iniciativa. O modelo padronizado de análise e avaliação desenvolvido permitiu, a um só tempo, que a SGM e o CGP pudessem entender e acompanhar os projetos por meio de um mecanismo que permitisse a visão integrada e a comparação entre os principais aspectos de cada um deles. Além disso, a sistematização das informações relativas aos projetos ofereceu insumos fundamentais para a consolidação do modelo de análise e avaliação, acompanhado das características relacionadas e variáveis associadas aos referidos projetos. Em última instância, isso permitiu à Administração Municipal realizar a avaliação comparativa entre eles, assim como o seu monitoramento.

Foram encontrados 26 projetos que se agruparam em “projetos em estudo” e “projetos potenciais”. Os primeiros totalizavam 12 iniciativas, sendo que cada uma ocupou um modelo padronizado com as respectivas características preenchidas. As demais 14 iniciativas, devido ao estado embrionário em que se encontravam, não chegaram a ter todas as informações compiladas e, por isso, foram consideradas como “projetos potenciais”.

A metodologia desenvolvida pelo município previu ainda, com base nas informações reunidas no passo anterior, uma hierarquização dos projetos a partir das suas características e variáveis, por meio de metodologia de análise multicritério, baseada em quatro macro-critérios (mostrados na Figura 3), divididos em 12 subcritérios (conforme Figura 4) de forma a proporcionar maior detalhamento da análise.

Critérios utilizados para hierarquização dos projetos



Fonte: SP Negócios (2014)

Conjunto de Critérios e Subcritérios

Relevância	Compatibilidade com o planejamento municipal Benefícios esperados Ganhos de eficiência
Complexidade	Delegabilidade do objetivo Nível de interlocução Riscos associados
Consenso político	Aderência à política setorial Prioridade política Apoio social
Viabilidade	<i>Affordability</i> Retornos esperados Estrutura de garantias

Fonte: SP Negócios (2014)

Tal metodologia levou a que diferentes critérios pudessem ser pontuados, considerados e combinados, permitindo a captura das percepções dos agentes públicos envolvidos e a geração de cenários e resultados numéricos que hierarquizassem os projetos conforme o peso atribuído a cada quesito.

O quarto passo para a priorização envolveu a aplicação da metodologia construída. Um time de técnicos atribuiu pontos de forma conjunta e debatida para cada um dos 12 subcritérios, relativamente aos projetos então identificados, tendo-se por base os modelos padronizados e as demais informações reunidas sobre eles. Na sequência, também foram estabelecidos cenários, em que cada um dos quatro critérios recebia pesos diferentes na multiplicação da nota final. O primeiro cenário estabelecido foi o “cenário base”, em que todos os critérios tinham pesos iguais. O segundo foi o cenário chamado “Interesse Público” em que se priorizou os aspectos relevância e consenso político. No terceiro cenário, denominado “Atratividade”, os pesos maiores foram atribuídos para o critério viabilidade. No quarto e último cenário, ponderou-se com maior importância o consenso político e a viabilidade. Para fazer as recomendações ao CGP e à SGM, a SP Negócios construiu um cenário médio que contava com recomendações de encaminhamentos para dez projetos, considerados, a partir de então, os mais relevantes para a carteira municipal. É certo, porém, que, como já observado, a priorização de projetos não é algo eminentemente técnico, estando sujeita a um crivo político dos decision makers. Nesse sentido, embora a SP Negócios cuidasse de fazer as recomendações técnicas ao Conselho Gestor de Parcerias, em última instância continuou sendo o próprio CGP quem reservava a legitimidade de definir em quais projetos o Município de São Paulo haveria de concentrar os seus esforços e seus recursos. Sem o mínimo amparo técnico, ainda assim, tal decisão política poderia se mostrar algo realmente temerário.

Além do município de São Paulo, o Estado da Bahia, o Estado de Minas Gerais, o Estado de São Paulo e o Município do Rio de Janeiro refletem, em alguma medida, programas de PPPs com grau de maturidade avançado e para os quais importantes figuras (Conselhos de PPP, unidades de PPP) cumprem adequadamente o seu papel. Seria válido que outros entes públicos brasileiros se inspirassem nesses modelos, sem prejuízo de buscarem, constantemente, o aprimoramento do ambiente de negócios público-privados no país.

CAPÍTULO

6

CONCLUSÃO: PRESENTE E FUTURO DAS RELAÇÕES PÚBLICO- PRIVADAS NO BRASIL

Esta cartilha buscou apresentar e explicar elementos jurídicos inerentes à atuação da Administração Pública em interação com agentes privados. Esta relação deve proporcionar alternativas que auxiliem a devida realização das atividades estatais, bem como apresentar soluções para melhor satisfazer os interesses da coletividade.

Nos dias de hoje, observamos uma Administração Pública arraigada pela burocracia, com pouco planejamento e organização de prioridades, desconfiança dos agentes privados e gerindo mal seus recursos. Como consequência, é possível constatar com clareza duas situações fáticas: (i) a máquina estatal sofre constantemente com a crise econômica em seus cofres; (ii) a prestação dos serviços públicos realizados pelo Estado, na maioria das vezes, não atende aos anseios da população brasileira.

O paradigma de que os interesses públicos não se coadunam com os interesses privados deve ser quebrado. O fim desse paradigma não significa dizer que serão favorecidos aqueles que reivindicam contra a Administração Pública. O que se pretende é o fim da dicotomia com vistas a incentivar um direito administrativo comum ao Estado, satisfazendo tanto os interesses estatais quanto os interesses privados, em regime simbiótico, de cooperação democrática e institucionalizada. A realidade do direito positivo atual constata a necessidade de dar melhor tratamento às relações público-privadas, refutando atuações ou posicionamentos que colocam em conflito os sujeitos dessas relações.¹⁹⁰

Nos capítulos dessa cartilha foram apontadas normas, leis e institutos de direito administrativo que estimulam as relações público-privadas, oferecendo soluções para a Administração Pública desempenhar suas atividades com melhor gestão e planejamento, bem como para efetivar os direitos da população por meio de políticas públicas.

Vale recordar das concessões de serviço público por meio da concessão comum e das PPPs. Estes instrumentos proporcionam à Administração Pública o aproveitamento do conhecimento técnico e eficiência econômica do parceiro para melhorar as condições do serviço outorgado, poupando recursos públicos que estariam vinculados à prestação direta da atividade.

No mesmo sentido, com vistas a estruturar projetos de infraestrutura consistentes, a Administração Pública pode valer-se do PMI. Este mecanismo recorre à iniciativa privada, em regime de colaboração com o Estado, por meio de diálogos, para a escolha da melhor modelagem de empreendimento de interesse estatal.

Já com relação à eficiência nas contratações de bens e serviços pela Administração Pública, destaca-se o pregão, cujas inovações desburocratizaram o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666, tornando-o mais célere e menos custoso.

Ainda, vale mencionar novamente a importância das parcerias com organizações da sociedade civil:: entidades privadas sem fins lucrativos que auxiliam a Administração Pública na concretização de direitos sociais, cooperando na realização de atividades, embora de responsabilidade estatal, ganham em escala e territorialidade a partir do momento em que são realizadas em colaboração com a sociedade civil, algo que, em paralelo, fomenta o campo democrático no país.

Entretanto, cumpre ressaltar que a devida utilização desses instrumentos não é tarefa fácil. Para que as relações público-privadas se concretizem da melhor forma possível, a atuação administrativa deve-se pautar por princípios e regras de transparência, que impõem limites aos poderes estatais. . Desta forma, a Administração Pública deve realizar seus atos com motivação e isonomia, de maneira a assegurar os direitos ao contraditório e à ampla defesa por meio de processo administrativo, bem como proporcionar veículos de transparência para o devido acesso de seus documentos pelos cidadãos brasileiros.

Além disso, a Administração Pública deve empenhar esforços para conhecer e entender a os mecanismos de concretização das relações público-privadas. Como exemplo, não basta a simples implementação de projeto de PPP para que determinado serviço ou obra sejam realizados com máxima eficiência e qualidade. É necessário que o gestor público analise a fundo os institutos jurídicos, consulte especialistas e estructure a equipe apta para colocar de pé o projeto de política pública pretendido e assegurar sua correta execução por meio da adequada fiscalização. Apenas desta forma o interesse público será devidamente atendido.

Melhoria, em qualquer ramo da sociedade, vem apenas com dedicação e compromisso firme com resultados. Argumentação e contra argumentação. Diálogo racional e procedimentalizado. O mesmo se dá, obviamente, nas práticas relativas a relações público-privadas e na urgente necessidade de seu aprimoramento no país. Espera-se que este trabalho seja uma contribuição neste sentido.

Referências

Referências bibliográficas

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos do. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, 311-371.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de Execução Indireta de Obras e Serviços para Empresas Estatais, in: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares, in: Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Anterria. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Nactleto Abduch. Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n. 1, fev.-abr. 2005, Salvador.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. Concessões. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PORTO NETO, Benedicto. Apontamentos sobre o regime diferenciado das contratações públicas/RDC. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 39-56.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? in: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme (org). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142-169.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan/mar. 2013, p. 57-72.

Referências

- 1 CF, Art. 2º. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; CF, Art. 60, §4º. “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.
- 2 CF, Art. 48. “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...]”. Além disso, a CF estabelece diversas regras para o andamento do processo legislativo, como, por exemplo, o Art. 65: “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.
- 3 A CF estabelece acerca da estrutura do Poder Judiciário, especificando as competências de seus órgãos. Por exemplo: Art. 92. “São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”; Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República [...]”.
- 4 SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 2010, p. 42.
- 5 CF, 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 [...]”.
- 6 Os Poderes Legislativo e Judiciário atuam em função administrativa ao dispor sobre suas organizações, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores, entre outros atos.
- 7 “[...] define-se serviço público como sendo a atividade administrativa de realização de prestações materiais voltadas aos administrados em geral, sempre como meio de atingir um fim público positivado na ordem jurídica e sujeita ao regime jurídico de direito público-administrativo, e em especial aos princípios da universalidade e da adequação” (FREIRE, André Luiz. O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 266).
- 8 Art. 21. da CF: “Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária [...] d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; [...] f) os portos marítimos, fluviais e lacustres [...]”.
- 9 CF, Art. 30. “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.
- 10 CF, Art. 25. “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.
- 11 SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 2010, p. 83.
- 12 Decreto 62.127/1968, Art. 9º. “Compete ao Conselho Nacional de Trânsito: [...] XXXV - Disciplinar o processo de arrecadação de multas decorrentes de infrações verificadas em localidades diferentes da do licenciamento do veículo ou da habilitação do condutor; XXXVI - Estipular multas para pedestres e para veículos de propulsão humana ou de tração animal”.
- 13 Decreto 57.576/2017 (Código de Obras e Edificações).
- 14 Processo disciplinado pelo Decreto nº 57.576/2017 e Deliberação CONSEMA Normativa 01/2014.
- 15 “Embora a expressão ‘função administrativa’ esteja incorporada à linguagem jurídica corrente, o fato é que hoje ela vale mais como sinônimo de atividade administrativa (isto é, serve para referir o que a Administração Pública faz) do que para dizer coisas muito fechadas sobre suas características jurídicas. É que, com a incrível diversificação das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas. São atuações muitíssimo variadas, com regimes também bastante diversos – complexos, cada um deles – e irreduzíveis a alguns elementos essenciais e comuns” (SUNDFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2014, p. 35).
- 16 “A função administrativa seria, quanto ao seu regime jurídico, a atuação estatal subordinada às leis e ao controle dos juízes. Já, quanto ao seu objeto, seria uma espécie de função residual, envolvendo desde atuações mais burocráticas, como a fiscalização de atividades privadas, até a execução de serviços em geral, como os urbanos” (SUNDFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33).

17 CF, 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 [...]"; Art. 39. "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas [...]"

18 Decreto-Lei 200/1967, Art. 4º: "A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios".

19 "A desconcentração administrativa existe quando atividades são distribuídas para escalões inferiores dentro de uma pessoa jurídica, no caso, dentre os órgãos da Administração Direta" (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52).

20 Decreto-Lei 200/1967, Art. 4º: "A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas".

21 Disciplinados pela Lei 11.107/2005.

22 Disciplinadas pela Lei 13.303/2016.

23 Decreto-Lei 9.003/2017, Art. 2º. "O Ministério da Fazenda tem a seguinte estrutura organizacional: a) autarquias: [...] 3. Caixa Econômica Federal [...]".

24 Decreto-Lei 759/1969.

25 CF, 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.

26 "Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46).

27 CF, art. 21: "Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária".

28 "Em sentido amplo, parcerias público-privada 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. O arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil. Revista do Tribunal de Contas da União. Ed. abril/junho, 2015, p. 1. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/548/599>>. Acesso em: 18.08.2017.

29 SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil. Revista do Tribunal de Contas da União. Ed. abril/junho, 2015, p. 1. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/548/599>>. Acesso em: 18.08.2017.

30 Contrato de Concessão Patrocinada Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo. Concorrência Internacional nº 004/2013.

31 CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito público e infraestrutura. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>>. Acesso em: 18.08.2017.

32 FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; VIANNA, Rodrigo; ALMEIDA, Rafael (Coord.). O princípio da subsidiariedade e a partilha de competências entre Estado e sociedade. In: Novas parcerias entre os setores público e privado, v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

33 KLEIN, Aline Lícia. Delegação de Poder de Polícia. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/132/edicao-1/delegacao-de-poder-de-policia>>. Acesso em: 18.08.2017.

34 CF, Art. 60 (União), art. 30 (Municípios), art. 25 (Estados).

35 CF, Art. 170. "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

36 CF, Art. 196. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

CF, Art. 199. "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

CF, Art. 205. "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

CF, Art. 209. "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público".

37 Disciplinadas pela Lei 9.986/2000 e Lei 10.871/2004.

38 Lei 9.427/1996, Art. 2º. "A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal".

39 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447.

40 Lei 13.019/2014, Art. 5º. "O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: [...] IV - o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas [...]"; Art. 6º. "São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria: [...] V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade [...]".

41 O planejamento da atividade econômica pelo Estado possui destaque constitucional, sendo taxado como fator "determinante", nos termos do artigo 174 da CF: "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". Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins aponta que "[a] CF de 1988 exigiu, à exaustão, o planejamento. A natureza jurídica afasta um equívoco comum de parte da doutrina: é evidente que o planejamento é juridicamente vinculante para o Estado. O exercício futuro da discricionariedade deve atentar para a antecipação efetuada, para o que consta do plano. Ao antecipar as escolhas discricionárias do futuro, estas se tornam mais eficientes: não são tomadas no calor do momento, mas ponderadas com calma e isenção de ânimo. Ademais, concretiza-se a segurança jurídica: os particulares sabem de antemão como serão as decisões discricionárias do porvir" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da constituição federal. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132).

42 CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito público e infraestrutura. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/75/edicao-1/direito-publico-e-infraestrutura>>. Acesso em: 18.08.2017.

43 Nesse ponto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro defende que "[...] agora, com a Lei nº 11.079, são criadas duas modalidades de PPPs intituladas concessão patrocinada e concessão administrativa. A concessão patrocinada, pelo próprio conceito legal contido no art. 2º, parágrafo 1º da Lei nº 11.079, é modalidade de concessão de serviço público ou de obra pública que trata a Lei nº 8.987, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. A concessão administrativa, conforme conceito contido no art. 2º, parágrafo segundo, 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" (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64).

44 STF, ADI 927-3 MC/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 03.11.1993. Nesse mesmo acórdão, ao examinar em sede de medida cautelar a constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, o Ministro Relator interpretou a expressão "normas gerais" da seguinte maneira: "penso que essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que 'norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de sua competência".

45 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 494.

46 “É indiscutível que licitação é a regra e dispensa é a exceção. A dispensa, que pressupõe viabilidade de competição, pode se dar por licitação dispensada - art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitações, ato vinculado - e por licitação dispensável - art. 24 da referida lei. Tal artigo enumera exaustivamente as hipóteses em que a licitação é dispensável, ou seja, licitação que a Administração pode dispensar se assim lhe convier (discricionariedade administrativa). Como bem se vê, há sempre a possibilidade de a licitação ser realizada, porém, por motivos de conveniência e oportunidade, esta é dispensável. Não ao arrepio da lei, mas com observância e sujeição a ela” – TCU, Acórdão 2.378/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, trecho do voto do relator.

47

48 As modalidades previstas no art. 22 da Lei Geral de Licitações se dividem em (i) concorrência; (ii) tomada de preços; (iii) convite; (iv) concurso; (v) leilão.

49 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 349.

50 Os tipos de licitação pelo art. 45 da Lei Geral de Licitações dividem-se em (i) menor preço, (ii) melhor técnica e (iii) técnica e preço.

51 “O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993” – TCU, Acórdão 12.460/2016, 2ª Câmara, rel. Min. Vital do Rêgo, trecho do voto do relator.

52 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 41, pp. 57-72, jan/mar. 2013, p. 63.

53 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 41, pp. 57-72, jan/mar. 2013, p. 60

54 “Contudo, a mera participação de ente da Administração em uma relação contratual caracteristicamente privada não deve significar a incidência integral do regime de direito público. Daí a necessidade de se diferenciar os contratos privados praticados pela Administração dos contratos administrativos propriamente ditos. [...] Não há óbice, pois, a prorrogações sucessivas de contrato em que a Administração seja locatária com fundamento no art. 24, X, da Lei 8.666/1993. [...] Partilho do entendimento de que não se aplica aos contratos de locação em que a Administração Pública é locatária a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado, condição prevista no art. 47 ad Lei 8.425/1991” – TCU, Acórdão 1.127/2009, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, trecho do voto do relator.

55 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 41, pp. 57-72, jan/mar. 2013, p. 63.

56 “A vinculação à Lei 8.666/1993 está adstrita, segundo disposto em seu artigo 62, aos arts. 55 e 58 a 61, no que couber, e às demais normas gerais. Verifica-se, portanto, quanto aos contratos de locação de imóveis celebrados pela Administração, que o legislador deixou à aplicação do direito privado a questão relativa à punição do locatário por quebra de contrato. Portanto, não há que se falar em cláusula indenizatória que afronta as disposições da Lei de Licitações, uma vez que ao caso se aplicaria a norma privada, em consonância com o disposto na Lei 8.666/1993” – TCU, Acórdão 2.337/2012, 2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz, trecho do voto do relator.

57 Art. 173 da CF. “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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

58 Art. 31. “As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.”

59 GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Nactleto Abduch. Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43.

60 Art. 51. “As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases: I - preparação; II - divulgação; III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; IV - julgamento; V - verificação de efetividade dos lances ou propostas; VI - negociação; VII - habilitação; VIII - interposição de recursos; IX - adjudicação do objeto; X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.”

61 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 749.

62 O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJ/SP”) já se pronunciou no sentido de que empresas estatais que explorem atividade econômica em competição com outros agentes de mercado não possuem a prerrogativa de rescisão unilateral dos contratos, visto que tais empresas devem estar submetidas ao mesmo regime legal de empresas privadas. Nesse sentido, vide TJ/SP, Apelação 0087099-62.2010.8.26.0000, Des. Relator Magalhães Coelho, julgado em 24.11.2014.

63 Art. 69 da Lei das Empresas Estatais.

64 PORTO NETO, Benedicto. Apontamentos sobre o regime diferenciado das contratações públicas/RDC. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 40.

65 PORTO NETO, Benedicto. Apontamentos sobre o regime diferenciado das contratações públicas/RDC. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 40.

66 Incluído pela Lei 12.688/2012.

67 Incluído pela Lei 12.745/2012.

68 Incluído pela Lei 13.190/2015.

69 Incluído pela Lei 13.243/2016.

70 “A Lei do RDC reconhece à Administração uma ampla margem de autonomia para configurar o procedimento licitatório propriamente dito. As escolhas administrativas se traduzirão no edital, que apresenta importância ainda maior do que se passa nas licitações subordinadas a outros regimes. [...] A natureza jurídica do edital no RDC é similar àquela reconhecida genericamente a qualquer ato convocatório. No entanto, existe um espaço normativo muito mais amplo para disciplina pelo edital no RDC do que se passa nos outros sistemas” Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p. 243-245.

71 Artigo 9º, § 2º, I, da Lei do RDC.

72 GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Nactleto Abduch. Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130.

73 Esse sistema de contratação já era adotado pela Petrobras antes mesmo da edição da Lei das Estatais. Cf. BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de Execução Indireta de Obras e Serviços para Empresas Estatais, in: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 374.

74 Artigo 43, VI, da Lei das Empresas Estatais.

75 SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 297.

76 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 115-116.

77 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 163.

78 JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 62-63.

79 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 158-159.

80 MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. Concessões. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 137.

81 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.

82 ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 356.

83 Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305.

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

85 JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 315.

- 86 SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme (org). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 147-148.
- 87 SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme (org). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148.
- 88 Art. 2º. “[...] §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.”
- 89 Art. 2º. “[...] §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.”
- 90 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.”
- 91 Bens que devem ser entregues ao Estado ao final da concessão, essenciais à continuidade da prestação dos serviços.
- 92 Art. 6º. “A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.”
- 93 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 247.
- 94 A título de exemplo, o BNDES tomou a iniciativa de articular com municípios a estruturação de parcerias com a iniciativa privada nas áreas de iluminação pública e coleta de resíduos sólidos. Neste sentido, vale citar que o BNDES e a Prefeitura de Porto Alegre já firmaram parceria para estruturar PPP na área de iluminação pública. Estas informações estão disponíveis em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-apoiara-municipios-na-estruturação-de-parcerias-com-a-iniciativa-privada-nas-areas-de-iluminacao-publica-e-coleta-de-residuos-solidos>>; <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-e-prefeitura-de-porto-alegre-oficializam-parceria-para-estruturacao-de-ppp-na-area-de-iluminacao-publica>>. Acesso em 20.10.2017.
- 95 ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 693.
- 96 Cf. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 226.
- 97 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. In: Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Anterria. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 434.
- 98 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002, p. 134-135.
- 99 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n. 1, fev.-abr. 2005, Salvador, p. 15.
- 100 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos do. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 233, jul./set. 2003, p. 332-333.
- 101 Art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações. “Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. [...] Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I - exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado.”
- 102 Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 311.
- 103 Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 297.
- 104 POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una Teoría General del Fomento en el Derecho Administrativo. Revista de Estudios Políticos, Espanha, n. 48, 1949, p. 46.
- 105 BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007, p. 16.

- 106 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 151.
- 107 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.
- 108 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 526.
- 109 ALENCAR, Letícia Oliveira Lins. A Atividade de Fomento e a Importância do Planejamento. In: Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p.25-40, abril de 2016.
- 110 Art. 43. “[...] § 1º Lei complementar disporá sobre: II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.”
- 111 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 528.
- 112 Tribunal de Justiça de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 2238060-05.2015.8.26.0000, rel. des. Edson Ferreira, julgado em 14.06.2017.
- 113 BRODCHARDT, Viviane; LOPES, Laís de Figueiredo; SANTOS, Bianca dos. Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014. Secretaria de Governo da Presidência da República. Brasília: Presidência da República, 2016, p. 48.
- 114 MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Portal de Convênios. Disponível em: <<http://portal.convencios.gov.br/>>, acesso em 23.08.2017.
- 115 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado; v. 1, 1997, p.8.
- 116 Idem, p.22.
- 117 MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161.
- 118 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 88.
- 119 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 89.
- 120 Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/a-finep-externo/estatuto>>. Acesso em: 28.08.2017.
- 121 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 90.
- 122 KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo (vol. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 449-450.
- 123 SCHWIND, Rafael Wallbach. O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 235.
- 124 Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-controle/empresas-sistema-bndes/Legislacao_do_Sistema_BNDES/Estatuto-da-BNDESPAR>. Acesso em: 28.08.2017.
- 125 Edital de Seleção Pública disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/chamadas-publicas/2017/26_06_2017_Edital_FINEP-STARTUP-2017.pdf>. Acesso em 20.10.2017.
- 126 KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo (vol. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 452.
- 127 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.
- 128 Disponível em: <<http://www.fomento.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=25>>. Acesso em 28.08.2017
- 129 Disponível em: <http://www.ipa.br/novo/pdf/estatuto-do-ipa_decreto-35789_281010_ed%5B1%5D.pdf>. Acesso em 28.08.2017.

130 Acerca do princípio da legalidade, sob o grau de vinculação da Administração à norma, compartilha-se do entendimento de Odete Medauar, no sentido de que, “em geral, nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conteúdo da norma. [...] O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado [...] com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.” (In: *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132).

131 “O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa, em primeiro lugar, a neutralidade da atividade administrativa, que só se orienta no sentido da realização do interesse público. Significa também que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. [...] Logo, as realizações administrativo-governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produziram.” In: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 335.

132 Trata-se de caso analisado por Régis Fernandes de Oliveira, em: *Moralidade e impessoalidade administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 967-982 (coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 1).

133 Nesse sentido, o art. 37, I, da CF, em face do princípio da igualdade, veda diferença de critérios de admissão em concurso público em razão de idade, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher (entendimento que pode ser evidenciado no acórdão RE 140945/RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 22.set.1995). Ainda, também podemos citar, como exemplo deste tema, a garantia de prioridade ao idoso, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), compreendendo, por exemplo, a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas.

134 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 669.

135 Outro exemplo de violação ao princípio da moralidade é dado por Odete Medauar: “em um momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para ‘servir’ autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade.” (In: *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134). Wallace Paiva Martins Junior, por sua vez, registra inúmeros exemplos da aplicação do princípio da moralidade na jurisprudência: “(a) prodigalidade de gastos por Câmara Municipal na concessão de honorários com lautos banquetes; (b) custeio pelo erário de viagens de edis à margem de interesse público, assim como de alcaide e seu cônjuge; (c) concessão de aposentadoria especial a vereadores no curto prazo de oito anos de contribuição com repasse de verba pública para cobrir déficit técnico; (d) fixação de subsídios de edis após as eleições; (e) nomeação de pessoas estranhas ao serviço público para o desempenho de funções de confiança; (f) concessão em regulamento de benefícios fiscais de remissão e anistia; (g) nepotismo no provimento de cargos comissionados ou funções de confiança ou nas contratações públicas.” (em *Princípio da moralidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 353).

136 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Princípio da transparência*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422.

137 CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

138 SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, vista e intimação*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 699 (coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 1).

139 Sobre esse aspecto, Carlos Ari Sundfeld registra: “Afinal, o que a constitucionalização do princípio da eficiência claramente promoveu foi um combate à rigidez e à homogeneidade excessivas que juristas brasileiros tinham passado a associar ao direito administrativo – e que, depois de 1988, vinham justificando com os princípios do art. 37. Para a ação administrativa ser eficiente é preciso que, autorizados por lei, os gestores possam usar, com a autonomia natural à gestão pública, soluções jurídicas heterogêneas, adaptáveis às variadíssimas situações com que se defrontam.” (In: *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 177).

140 Mais especificamente, quanto aos direitos e garantias do art. 5º da CF, ressalta-se os seguintes enunciados: (i) são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”); (ii) ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII); (iii) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal aos litigantes (art. 5º, LIV); (iv) em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

- 141 “A lei constrói figuras, a doutrina as tenta classificar e definir, o operador as testa ao decidir; eis os institutos, de um modo inevitável do direito como norma, teoria e prática. Mas há de vê-los como institutos flexíveis, compatíveis com o inclassificável, o experimentalismo responsável, a acomodação dos contrários. Afora o excesso e a superficialidade, o verdadeiro mal do direito dos princípios não são os próprios, mas a ausência ou demonização do antagonista. Sem conhecer o oposto da moralidade, não sei usá-la em Direito Administrativo. Sua contraface não é a imoralidade administrativa, o mal contra o bem. Se a oponho a legalidade, moralidade é pauta obrigatória de conduta independente de lei. Tais opostos convivem em nosso Direito Administrativo, cada um com seu valor e inconvenientes. Ao optar por um no caso concreto, devo saber o que perco ao descartar o outro; se não, decido às cegas. A cegueira é resultado da ausência do oposto.” (SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 88-89).
- 142 MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 321.
- 143 Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld: “Podemos dizer, então, que o processo é a contrapartida que se assegura à liberdade pelo fato de o ato da autoridade ser unilateral, dentro da proposta de resguardar o equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Sem que o ato estatal deixe de ser ato de autoridade e, portanto, imperativo, se permite o exercício da liberdade: condicionando a produção do ato a um processo regulado do qual o indivíduo possa participar. Sob este ângulo, o processo cumpriria um papel eminentemente ligado à tutela dos direitos individuais.” A importância do procedimento administrativo. Revista de Direito Público, RDP 84/64, out. /dez., 1987. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 829 (coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 1).
- 144 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo; v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.
- 145 MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 340.
- 146 MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 343.
- 147 Sobre esse aspecto, Egon Bockmann Moreira registra que “a instrumentalidade preconiza que os atos processuais e as formas legalmente previstas não têm valor absoluto. Ao contrário, as formas visam à ideal concretização de determinados escopos processuais que, caso atingidos de outra maneira legítima, produzem os efeitos jurídicos pertinentes. A instrumentalidade quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo).” (Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-338).
- 148 A título de exemplo, o Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Salvador (Deputado Luís Eduardo Magalhães), prevê, na Cláusula 8.1.1, que o processo administrativo, instaurado para apuração de eventuais irregularidades praticadas pela Concessionária, será conduzido de acordo com os princípios gerais que fundamentam a atuação da Administração Pública, em estrita observância aos critérios e às formalidades essenciais à efetivação dos direitos dos administrados, nos termos da Lei 9.784/1999. Disponível em: <file:///C:/Users/scastro/Downloads/Contrato_SSA.pdf>. Acesso em 23.10.2017.
- 149 MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 362.
- 150 Nesse sentido, Vera Monteiro sintetiza: “O ambiente criado pelo procedimento administrativo é o ideal para realizar o necessário equilíbrio entre a necessidade de celeridade, economicidade e cumprimento de metas por um lado e, por outro, realizar justiça social nas decisões administrativas que interferem na órbita dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. O procedimento administrativo mostra-se, então, o meio apto a equilibrar os ideais de modernização administrativa e de proteção dos cidadãos.” (As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363).
- 151 Antônio Carlos de Araújo Cintra traz o seguinte conceito de motivação: “a motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente, o ato motivado. Assim, a motivação é aqui examinada pelo prisma em que se manifesta com um discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo. Isto quer dizer que através da motivação, o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 106-107).

152 Neste sentido, ensina Edimur Ferreira de Faria: “Motivo é situação de direito ou de fato objetivo que serve de causa para a edição de ato administrativo. A produção do ato depende de motivo para ter validade. A inexistência de motivo ou a sua falsidade implica a nulidade do ato. [...] A motivação não se confunde com o motivo. Este existe por si só e é principal em relação àquela. A motivação é acessória do motivo, não pode existir sem ele. Motivar o ato é explicar, esclarecer, explicar o motivo no qual se fundou o ato. Enquanto o ato depende da forma para se exteriorizar, o motivo torna-se conhecido por meio da motivação” (FARIA, Edimur Ferreira de. Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Belo Horizonte: Fórum 2011, p. 119-120).

153 SOARES, Lucélia Martins. Os vícios do Ato Administrativo e sua Invalidez nas Leis de Procedimento Administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). As Leis de Processo Administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141.

154 Veja que a motivação pode, inclusive, facilitar o controle interno da Administração Pública. Neste sentido, ver os ensinamentos Antônio Carlos de Araújo Cintra, citando racional de Stassinopoulos: “Além do mais, como os autores costumam salienta, a motivação do ato administrativo facilita o seu controle interno, principalmente pelos superiores hierárquicos do agente que o editou, ou externo, pelos demais órgãos públicos competentes” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 113).

155 CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

156 CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”

157 Art. 2º da Lei 9.784/1999. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

158 Art. 50 da Lei 9.784/1999. “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

159 Art. 50 da Lei 9.784/1999. “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

160 Art. 8º da Lei 10.177/1998: “São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de: [...] VI - falta ou insuficiência de motivação”.

161 Art. 9 da Lei 10.177/1998. “A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada. Parágrafo único - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos”.

162 Art. 2º da Lei 14.141/2006. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Parágrafo único. O agente público administrativo observará na sua atuação, dentre outros, os seguintes princípios: [...] III - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

163 Art. 37 da CF. “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: [...] § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

164 Paulo Maluf foi condenado, por improbidade administrativa, a pagar R\$ 128,7 milhões à Prefeitura de São Paulo, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 10.08.2015, por ter praticado conduta semelhante. Referência: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1671781-maluf-e-condenado-em-r-1287-mi-por-promocao-pessoa-l-na-prefeitura-de-sp.shtml>>. Consulta em 15.08.2017.

165 Aristides Junqueira Alvarenga leciona que a improbidade administrativa é espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, por meio da qual se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa danos ao erário. Note-se que a conduta pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, configurar improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto. Logo, a atributo que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade) é a desonestidade contida em determinado ato do agente público. Sobre essa questão veja em ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões Sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coord.). Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92

166 BUENO, Vera Scarpinella. O Art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa. PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coord.). Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 388 e 389.

167 BUENO, Vera Scarpinella. O Art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa. PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coord.). Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.

168 DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 64.
Art. 2º da Lei 12.846/2013. "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não".

169 Art. 3º da Lei 12.846/2013. "A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. [...] § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado".

170 ZARATTINI, Carlos. A nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas: convergências e divergências com a Lei de Improbidade Administrativa. Lei anticorrupção: transparência e boas práticas. Cadernos FGV Projetos nº 27, abril de 2016, ano 11, ISSN 19844883, p. 16-17.

171 A página virtual da CGU informa que este órgão do Governo Federal é "responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. A CGU também deve exercer, como Órgão Central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno e o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando a orientação normativa necessária". Esta informação está disponível em <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>>. Acesso em 17.08.2017.

172 Cabe ressaltar que Estados, Distrito Federal e Municípios podem instituir órgão com funções semelhantes às da CGU, como, por exemplo, a Controladoria-Geral do Município de São Paulo e a Controladoria-Geral do Distrito Federal.

173 NASCIMENTO, Solano dos Santos; RODRIGUES, Georgete Medleg; KRAEMER, Luciana. A utilização da Lei de Acesso à Informação pela imprensa: análise dos jornais Folha de S.Paulo, O Estado de S. Paulo e O Globo. Rumores, Brasil, v. 9, n. 18, p. 231, dec. 2015. ISSN 1982-677X. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/97261>>. Acesso em 25.08.2017.

174 Art. 5º da CF. "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

175 Art. 37 da CF. "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: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII".

176 Wallace Paiva Martins Junior leciona que "no direito brasileiro, além dos arts. 5º, XXXIII, e 37, caput e § 3º, II, a Constituição vigente também se refere, direta ou indiretamente, à transparência administrativa em outros dispositivos como os arts. 5º, XXXIV, b, LX, e LXXII, a, 30, III, 31, § 3º, 37, §§ 1º e 7º, 39, § 6º, 50, 58, III, 93, IX, 139, III, 165, § 3º, 216, § 2º, e 225, IV, v.d" (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Transfêrencia. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422).

177 Dispunha sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

178 Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento.

179 Como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI).

- 181 Como a Associação Nacional de História (ANPUH) e a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS).
- 182 NASCIMENTO, Solano dos Santos; RODRIGUES, Georgete Medleg; KRAEMER, Luciana. A utilização da Lei de Acesso à Informação pela imprensa: análise dos jornais Folha de S.Paulo, O Estado de S. Paulo e O Globo. Rumores, Brasil, v. 9, n. 18, p. 225-248, dec. 2015. ISSN 1982-677X. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/97261>>. Acesso em 16.08.2017.
- 183 Neste sentido explica o EMI nº 00007 do Projeto de Lei de Acesso à Informação: "A garantia do direito de acesso a informações públicas como regra geral é um dos grandes mecanismos da consolidação dos regimes democráticos. O acesso a informação pública, além de indispensável ao exercício da cidadania, constitui um dos mais fortes instrumentos de combate à corrupção. O anteprojeto em questão figura, portanto, como mais uma medida adotada pelo Governo Federal como o objetivo de promover a ética e ampliar a transparência no setor público". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/656530.pdf>>. Acesso em 16.08.2017
- 184 Art. 3º da Lei 12.527/2011. "Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública".
- 185 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Transferência. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422-423.
- 186 Racional semelhante é evidenciado em: FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.
- 187 Tais como Ministério Público, Tribunais de Contas e Controladorias-Gerais.
- 188 Por exemplo, o Governo do Estado de São Paulo possui o SIC.SP, por meio do qual é possível solicitar documentos e dados relativos aos órgãos e entidades da Administração Pública Paulista. Informações disponíveis em: <<http://www.sic.sp.gov.br/>>. Acesso em 23.10.2017.
- 189 Esta função também será exercida pelas Controladorias-Gerais dos Estados, Distrito Federal e Municípios.
- 190 SUNDFELD, Carlos Ari. "Conversando sobre direito administrativo". In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2014, p. 144.

Ficha Técnica

Comunitas

Diretora-Presidente
Regina Célia Esteves de Siqueira

Coordenação Geral
Patrícia Loyola
Bruna Santos

Revisão
Bruna Santos
Dayane Reis
Joelma Ambrózio

Mattos Filho Advogados

Conteúdo e Pesquisa
Mário Saadi (coord.)
Bianca Waks (coord.)

Daniela Adler Pimentel Duarte
Felipe Miranda Ferrari Picolo
Higor Borges Lima
Juliana Deguirmendjian
Juliana Furini de Vasconcellos
Laura Figueiredo Rivas Blanco
Camila Nardin de Castro Neves
João Henrique D'Ottaviano Sette
Lucca Rizzo
Samuel Olavo de Castro

Projeto Gráfico e Diagramação
Jhully Espíndola
Hello Estúdio Criativo

realização:



Comunitas

Rua Pamplona, 1.005 ■ cj. 3A
Edifício Ruth Cardoso ■ Jd. Paulista
São Paulo/SP ■ 01405-200

www.comunitas.org.br

 facebook.com/Comunitas

 twitter.com/ComunitasBR

 [@ComunitasBR](https://instagram.com/ComunitasBR)

 [Comunitas](https://youtube.com/Comunitas)