

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO ADMINISTRATIVO**

**AS PARCERIAS ENTRE A EMPRESA PÚBLICA
E O PARTICULAR EM BUSCA DA EFICIÊNCIA –
ONDE A LEGISLAÇÃO PRECISA EVOLUIR?**

Brasília – DF

2012

JANE MARGARETE PIMENTA

AS PARCERIAS ENTRE A EMPRESA PÚBLICA E O PARTICULAR EM BUSCA DA EFICIÊNCIA – ONDE A LEGISLAÇÃO PRECISA EVOLUIR?

Monografia apresentada pela aluna do curso de pós-graduação lato sensu em **Direito Administrativo** do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2012

JANE MARGARETE PIMENTA

Jane Margarete Pimenta

**Titulo: AS PARCERIAS ENTRE A
EMPRESA PÚBLICA E O
PARTICULAR EM BUSCA
DA EFICIÊNCIA – ONDE A
LEGISLAÇÃO PRECISA
EVOLUIR?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O princípio da eficiência e o princípio da legalidade caminham em paralelo, num mesmo patamar, porquanto hierarquicamente são iguais. Os doutrinadores, de um modo geral, privilegiam o princípio da legalidade, em prol da necessidade de que fiquem preservados o princípio da segurança jurídica e o próprio Estado de Direito. O Decreto Lei 200/67 ao dispor sobre a Reforma Administrativa destacou a necessidade da observância do princípio da eficiência por parte do administrador público. A Nova Organização Administrativa Brasileira, proposta no Anteprojeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, constitui um importante trabalho de autoria de um grupo de renomados juristas, tem importantes contribuições para corrigir as principais distorções e defeitos da organização administrativa. A terceirização de serviços é uma forma de parceria entre a Administração Pública e o particular em constante evolução, a qual, sob adequado controle, pode possibilitar a realização do objetivo de tornar a execução das atividades na administração pública mais eficiente. As Parcerias Público-Privadas também exercem um importante papel quando se trata de buscar eficiência para o exercício da função pública, pois alcançam melhores resultados com menores custos. As concessões, em suas devidas formas, têm papel cada vez mais importante no cenário de parcerias entre empresa pública e setor privado, em decorrência dos desafios que naturalmente são impostos à administração pública para se adequar ao dinamismo das regras de mercado, num tempo de grande necessidade de atender aos anseios da sociedade brasileira e concomitante escassez de recursos públicos.

Palavras-Chave – Organização Administrativa. Administração Pública. Parcerias Público-Privadas. Eficiência. Terceirização de Serviços. Concessões.

SUMÁRIO

1	LEGALIDADE E EFICIÊNCIA	8
1.1	A eficiência na empresa estatal em breve contextualização	13
2	A NOVA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA EM BUSCA DA EFICIÊNCIA	17
2.1	Administração Direta e Indireta	19
2.2	Empresas Estatais:	20
2.3	Regime das entidades estatais de direito privado	21
2.4	Contrato de Autonomia	22
2.5	Planejamento, articulação e controle das entidades estatais.	22
3	A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	27
4	AS CONCESSÕES	31
4.1	Modalidades de Concessão	32
5	A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	36
5.1	Marco Normativo da terceirização	37
5.2	Da relação custo benefício	40
6	CONCLUSÃO	43

INTRODUÇÃO

Já há muito que se vê falar nos meios acadêmicos e nos debates empresariais sobre a necessidade de revisão de diversos dispositivos legais referentes às parcerias que as empresas públicas buscam fazer com os particulares sempre em prol da eficiência - melhores resultados com menores custos.

No entanto, ainda não é perceptível um movimento dos legisladores nesse sentido, ou seja, parece não haver muita disposição, seja do estado, seja dos legisladores em particular, de refletir e de debater o assunto para providenciar essa revisão.

De um lado, é compreensível esse “acomodamento” da parte do poder público, porquanto o interesse maior, nesse caso, é do particular que na maioria das vezes, se vê tolhido ou até mesmo impedido de concretizar seus negócios devido aos entraves impostos na legislação, ou pela falta dela, o que de certa forma acoberta a empresa pública sob o manto da supremacia.

No entanto, a situação é torna-se insuportável a cada dia, eis que a sociedade e o mercado cobram ações das autoridades competentes, pois já não mais aceitam essa inércia do Estado, fingindo não perceber o que acontece a sua volta, mormente no ambiente empresarial, no que diz respeito às atividades estatais.

Na verdade, o que se percebe é que devido à falta ou insuficiência de lei para regular a matéria, as partes interessadas tirem proveito disso, ou acabem legislando por conta própria, o que, nem sempre acontece da forma ideal, voltada para o interesse público, como deveria ser.

Dessa forma, nesse trabalho serão comentadas as principais formas de parcerias entre as empresas públicas, aqui sob enfoque as entidades da administração direta e indireta e o setor privado, cujo objetivo maior dessas parcerias é o de obter eficiência.

Serão abordadas, ainda, as principais deficiências e/ou falhas na legislação correspondente, enquanto se aguarda que haja um olhar mais atualizado para o problema, principalmente da parte daqueles que fazem as leis.

1 LEGALIDADE E EFICIÊNCIA

O entendimento de que é urgente a necessidade de atualização dos procedimentos no âmbito da empresa pública à realidade atual, passa obrigatoriamente por uma reflexão sobre a importância do princípio constitucional da eficiência, que caminha em paralelo ao princípio da legalidade e, portanto, num mesmo patamar, porquanto hierarquicamente são iguais.

Entretanto, pelo que sempre se viu nos julgados e na doutrina autorizada, o princípio da legalidade é, de longe, considerado mais importante do que o princípio da eficiência.

A seguir, transcrevemos fragmentos de textos que contém a definição dada por Celso Antonio Bandeira de Mello¹, para tais princípios:

Princípio da Legalidade: Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. O presépio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Princípio da Eficiência: Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo* – 14ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, págs 83 e 104.

Da mesma forma, copiamos os principais trechos do que Hely Lopes Meirelles², registrou:

Princípio da Legalidade: A legalidade, como princípio de administração (CF, art 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que dia o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Princípio da Eficiência: O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Citando ainda fragmentos das definições desses princípios dadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³

Princípio da Legalidade: Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

Princípio da Eficiência: A Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput. Também a Lei nº 9.784/99 fez referência a ele no artigo 2º, caput. O princípio da eficiência apresenta, na

² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro* – 26ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, págs 82 e 90.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo* – 13ª Edição, São Paulo: Editora Atlas SA, 2001, págs 67/68 e 83 e 84.

realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do que se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Pelo que se vê, portanto, esses doutrinadores reiteram a necessidade de que fique estritamente observado que a busca pela eficiência na Administração Pública não pode, de forma nenhuma, implicar em descumprimento da legalidade.

Desse modo, por ser muito mais comum ver o TCU responsabilizando administradores por terem descumprido a lei do que por não terem sido “eficientes”, nota-se um cuidado muito maior em se cumprir à lei - ainda que reconhecidamente inadequada, em alguns casos - do que se rebelar contra ela para otimizar processos e procedimentos em prol da eficiência.

Conforme bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro.:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais.

Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.

Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Tomando-se por base a preocupação demonstrada de manter resguardado o princípio da legalidade, percebe-se nas palavras da autora uma tendência de priorizar o princípio da legalidade em relação aos demais.

Somos parcialmente favoráveis a esse entendimento, pois pensamos que o valor de um princípio constitucional pode variar, sim, de acordo com a situação vivenciada, ou seja, pode ser que em determinado caso específico caiba exigir maior observância do princípio da moralidade do que do princípio da publicidade, por exemplo.

Por outro lado, pensamos que a autora fala como se fosse fácil acontecer mudanças no ordenamento jurídico para se adequar às necessidades gerais.

Ao contrário, sabe-se que a realidade não é essa, basta ver a grande quantidade de ações que são examinadas diariamente nos tribunais, as quais em sua maioria decorrem de falhas ou omissões da legislação.

Assim, é comum ver em diversos julgados, que os órgãos de controle, principalmente o TCU, tendem a rejeitar as argumentações dos administradores públicos para justificar a priorização da eficiência em detrimento da legalidade.

Uma hipótese para explicar a tendência de valorizar mais o princípio da legalidade do que o da eficiência é o fato de que este tenha sido incluído no rol de princípios constitucionais (EC 19/98), quando ali já constava há tempos o princípio da legalidade.

O que se vê, de um modo geral, é que os órgãos de controle, devido à sua finalidade de buscar a regularidade dos processos, também costumam conferir maior importância ao princípio da legalidade.

Estamos de acordo com esse posicionamento, mas achamos, por outro lado, que o contrário também não pode acontecer, ou seja, a eficiência não pode ser tratada como menos importante do que os demais princípios, pois isso pode contrariar o comando de se primar pela qualidade de desempenho e pela produtividade, quesitos necessários ao bom desenvolvimento das atividades na administração pública.

Como consequência, nota-se uma tendência no setor público de se aplicar um legalismo exagerado em detrimento da coragem de inovar e de assumir

determinados riscos e isso, em nossa opinião, deve-se mais ao instinto de defesa e preservação do patrimônio pessoal do administrador do que institucional.

Em suma, o administrador público no exercício de suas funções está muito mais sujeito a ter que prestar conta por descumprir normas do que por ser “ineficiente”, mesmo porque, não há na prática uma forma de aferir a eficiência como acontece com a legalidade.

Esse receio, aliado ao despreparo ou a uma insegurança muitas vezes exagerada, faz em diversos casos com que o administrador renuncie à oportunidade de trazer receitas aos cofres públicos.

Isso nos faz pensar que já não parece cabível, nos tempos atuais, que os órgãos de controle dêem o mesmo tratamento para todos os casos, o que normalmente acontece de forma extremamente rigorosa.

Ou seja, achamos que os órgãos de controle, representado pelos seus auditores, de um modo geral deveriam repensar a atitude de analisar os procedimentos somente se guiando pelo rigor da “letra fria da lei” e, a depender das circunstâncias, aceitar ponderar se em determinados casos não caberia uma análise mais aprofundada acerca de uma eventual necessidade de adequação dessa lei ao comportamento social e às práticas de mercado, por exemplo.

Por certo que, desse modo, o trabalho estaria sendo realizado de forma mais justa e mais coerente com as circunstâncias envolvidas, lembrando-se do que defende Humberto Ávila⁴, conforme descrito:

Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais.

Por outro lado, há que ser lembrada a condição imposta pelo Artigo 5º, inciso II, ao dispor que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁴ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios* – 11ª ed., revista, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010, pág. 47.

Sobre isso, Maria Silvia Zanella⁵ de Pietro, afirma que essa regra na constituição complementa o Artigo 37, o qual, por sua vez, impõe a observância do princípio da legalidade pela administração pública, conforme copiado abaixo:

Mas o artigo 5º, II, tem um conteúdo muito preciso, que impede a Administração de impor obrigações ou proibições por iniciativa própria. Para fazê-lo, depende de fundamento legal. Vale dizer que os atos que impliquem restrições ao exercício de direitos têm que ter previsão em lei formal ou em atos normativos que tenham a mesma força de lei, como medida provisória ou lei delegada. Aí a legalidade é estrita.

E de outra parte, ao afirmar que a EC 19/98 garantiu plena aplicabilidade e efetividade ao princípio da eficiência, Alexandre de Moraes⁶ defende que:

Lembre-mos que princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.

Portanto, voltamos a defender que é urgente que a legislação que regula as diversas formas de parceria entre a empresa pública e o setor privado, seja atualizada e ajustada à realidade, para atender ao direito, ao Estado e à sociedade.

1.1 A eficiência na empresa estatal em breve contextualização

Inicialmente, o Decreto Lei 200/67, que veio dispor sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, trouxe previsto em seu artigo 26 que a supervisão ministerial na administração indireta visaria a assegurar a eficiência administrativa.

Dessa forma foi dado início a uma série de abordagens nas empresas com o objetivo de instituir uma cultura focada em melhores práticas e resultados ao tempo em que eram implementados programas de qualidade total nessas empresas.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade Administrativa* – 2ª Edição - São Paulo: Editora Atlas SA, 2007, pág. 60.

⁶ MORAES, Alexandre De, *Direito Constitucional* – 9ª Edição – São Paulo: Atlas, 2001, pág. 311.

Mais tarde, em 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19, o princípio da eficiência foi incluído no rol de princípios constante do artigo 37 da Constituição.

Vale ressaltar que é comum de se ouvir que o princípio da eficiência surgiu por ocasião da citada Emenda. Entretanto, pensamos que a melhor forma de dizer isso seria afirmar que o princípio da eficiência foi expresso quando da aprovação da EC 19/98, pois que tal princípio já existia anteriormente, só que escrito de forma diferente, conforme segue:

A eficiência do administrador público passou a ser exigida pela redação do Decreto-lei 200/67, ao estabelecer que regras para o exercício do controle nos órgãos da administração pública, a atenção à capacitação dos agentes e à economia de serviços (arts. 13 e 25), a eficiência da administração indireta, que ficara sujeita à supervisão ministerial (art. 26, III), além de valorizar o mérito (art. 25, VII) e a instauração de processo administrativo para dispensa ou demissão do funcionário desidioso ou ineficiente (art. 100).

Também na constituição de 1988, anteriormente à EC 19/98, que introduziu o princípio da eficiência ao artigo 37, a eficiência era citada em diversas passagens, podendo ser mencionados:

a) O art. 74 ao dispor que os Poderes deveriam manter sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal e da aplicação de recursos públicos por entidades privadas e;

(b) O artigo 144, §7º, onde constava que a lei disciplinaria a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Após a EC 19/98, diversas decisões passaram a valorizar o princípio da eficiência, dando a ele o status constitucional a que agora fazia jus, ou seja, com o mesmo peso dos demais princípios previstos na constituição.

Posteriormente, com o advento da divulgação do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, a eficiência na empresa pública também foi destacada, conforme transcrito do texto:

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.

O modelo burocrático tradicional, que a Constituição de 1988 e todo o sistema do Direito Administrativo brasileiro privilegiam, está baseado no formalismo, no excesso de normas e na rigidez de procedimentos. A pretexto de garantir a impessoalidade, dificulta-se a transparência administrativa, inibindo-se, deste modo, o controle social. A excessiva regulamentação é expressão da ênfase nas normas e processos, e ocorre em detrimento dos resultados.

A dimensão institucional-legal e a dimensão cultural dos entraves a uma administração pública moderna, gerencial, eficiente e voltada para o atendimento do cidadão complementam-se com a dimensão-gestão. Na verdade, é nesta última que a administração pública demonstra sua energia, pois sua eficiência e efetividade dependerão da capacidade de gestão nela existente.

No setor de produção de bens e serviços para o mercado a eficiência é também o princípio administrativo básico e a administração gerencial, a mais indicada. Em termos de propriedade, dada a possibilidade de coordenação via mercado, a propriedade privada é a regra. A propriedade estatal só se justifica quando não existem capitais privados disponíveis - o que não é mais o caso no Brasil - ou então quando existe um monopólio natural. Mesmo neste caso, entretanto, a gestão privada tenderá a ser a mais adequada, desde que acompanhada por um seguro sistema de regulação.

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa 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. No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário, dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora, o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade, e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí a generalização dos processos de privatização de empresas estatais.

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente

subordinados na medida que se transforme em organizações públicas não-estatais - operem muito mais eficientemente.

Dessa forma, nota-se que a importância da eficiência na administração pública, seja em seu sentido genérico, seja na forma de princípio, vem sendo repisada desde o Decreto Lei 200/67, e parece que ainda hoje enfrenta resistência por parte de administradores de idéias mais conservadoras.

Ao falar sobre o princípio da Eficiência e o Estado Gerencial, Aloísio Zimmer Júnior⁷, expõe com muita propriedade que:

As organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada para a realização de obras públicas e a prestação de serviços públicos indicam uma parastatalidade em plena expansão e que revela formas consensuais de Administração e enfrentamento de demandas coletivas.

Concordamos plenamente com o autor quando ele diz que ao introduzir o princípio da eficiência na constituição, a EC 19/98 veio propor a transição do modelo de Estado Burocrático para o modelo de Estado Gerencial, modelo este que já estava previsto no DL 200/67 e que, uma vez que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade já pertenciam ao Estado Burocrático, o princípio da eficiência marcou a migração teórica para o modelo de Estado Gerencial.

Assim diante da realidade atual, em pleno movimento de oportunidades surgidas em face da globalização, evoluindo na mesma proporção em que crescem as crises e a escassez de recursos, o momento atual parece ser o ideal para corrigir as falhas existentes e quebrar velhos paradigmas para permitir que efetivamente seja colocado em prática o que foi reconhecido na teoria.

⁷ JÚNIOR, Aloísio Zimmer, *Curso de Direito Administrativo* – Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, pág. 88.

2 A NOVA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA EM BUSCA DA EFICIÊNCIA

Aqui, julgamos de suma importância discorrer sobre o Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública Federal, o qual foi elaborado por uma comissão de renomados juristas, designada por meio da Portaria 426, de 06/07/2007, do Ministério do Planejamento.

Ressalte-se que o objetivo maior do Ministério do Planejamento ao encomendar a referida Lei Orgânica era o de adequar o modelo de administração pública aos tempos modernos, respeitado o texto constitucional atual.

Objetivava, também, acertar diversas falhas ou omissões constatadas no Decreto Lei 200/67, ao longo do tempo, as quais vieram em prejuízo da eficiência e da agilidade agora requeridas pela sociedade para o modelo gerencial de Administração Pública.

A predita comissão, que não recebia remuneração por suas atividades, foi formada pelos ilustres juristas administrativistas: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Modesto e Sergio de Andréa Ferreira, os quais, em nosso entendimento, fizeram um brilhante trabalho.

O texto do Anteprojeto mostra uma visão atualizada da composição da administração pública, com definições de papéis e com propostas para o funcionamento das entidades estatais de direito público e privado, das autarquias, do regime jurídico das estatais de direito privado, do contrato de autonomia, do planejamento, articulação e controle (com suas regras gerais) das estatais e paraestatais, suas articulações e relacionamentos com entes de colaboração.

Assim é que no dia 16/07/2009, a comissão entregou o anteprojeto “Normas Gerais Sobre a Administração Pública” ao então Ministro do Planejamento, Paulo Bernardo, cuja exposição de motivos e proposta estão resumidas abaixo:

A comissão ressalta que o primeiro desafio enfrentado para a realização desse trabalho foi o de definir uma lei com normas de âmbito nacional, já que envolve matérias de competência privativa ou predominante do Congresso Nacional, além de normas de contratação e licitação, o que constitucionalmente só é permitido mediante promulgação de lei de caráter nacional.

Que para executar o trabalho a comissão necessitou promover uma redefinição das entidades estatais da administração indireta, principalmente aquelas de direito privado, bem como reconfigurar o regime jurídico dessas empresas.

Informa que entende relevante abranger no trabalho as entidades paraestatais e de colaboração, as quais embora não sejam estatais, desenvolvem atividades de interesse público e que por isso podem ser consideradas parceiras do Estado.

E ainda, que no que se refere às empresas estatais, estão sendo consideradas as insuficiências, contradições e imprecisões do Decreto-lei 200/67 no que se refere às empresas estatais.

Fala da necessidade de ressaltar aspectos relevantes das emendas 19/98 e 32/01, do crescimento da agenda organizatória provocado, sobretudo devido à emergência de parcerias com o terceiro setor, da ampliação dos serviços sociais e que é preciso corrigir defeitos do modelo que prejudicam o funcionamento do aparato administrativo do Estado.

Que entende necessário deixar delimitadas as funções de controle e de supervisão, disciplinar o controle social, aclarar a confusão entre descentralização e desconcentração, tratar melhor o tema de subsidiárias de entes da administração indireta, além de incluir as empresas que embora não integrem a administração indireta, contam com a participação do Estado.

Além disso, diversos outros pontos surgidos ao longo da vigência do Decreto Lei 200/67 são discutidos, tais como alterações na forma de fazer gestão pública, as conseqüentes mudanças ocorridas na constituição, na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Chama a atenção para o fato de não se poder dar o mesmo tratamento dispensado aos entes da administração indireta sem observar o tipo de atividade por eles exercida, sua estrutura, seus fins e a natureza de sua personalidade jurídica.

Também define regras para as entidades paraestatais e entes de colaboração (assim chamados os do terceiro setor quando na função de parceiros do setor público), para melhor adequá-los aos princípios constitucionais a que são submetidos.

E ainda, disciplina a expedição de regulamento de organização, o contrato previsto no Art. 37, §8º da constituição e o vínculo jurídico com as entidades de colaboração.

Por fim, comentaremos sobre os itens do referido Anteprojeto, reunidos no livro de Paulo Modesto⁸ que, a nosso ver, têm relação direta com o tema deste trabalho.

2.1 Administração Direta e Indireta

O Anteprojeto define os instrumentos de articulação administrativa, incluídas a coordenação, a supervisão e o controle, conforme previsto nos capítulos III do Título II. Para a Administração Direta, foram definidas as competências que podem ser exercidas pelo Chefe do Poder Executivo, conforme previsto no Artigo 84, VI, da constituição, com a redação incluída pela EC 32/01. Conforme esclarecido no documento, procurou-se definir as competências que se inserem no referido dispositivo constitucional, respeitando-se as áreas de atribuições previstas em lei e a vedação de adotar medidas que impliquem aumento de despesa e a criação ou extinção de órgãos.

Reforçada a questão da autonomia já garantida pela constituição e pela lei aos órgãos da administração direta, as relações interorgânicas, observados os casos de unidades peculiares tais como conselhos consultivos, órgãos constitucionais autônomos e órgãos deliberativos com participação social, permitindo-se, ainda, ver aplicada adequadamente o disposto no artigo 37 da Constituição.

⁸ MODESTO, Paulo, *Nova Organização Administrativa Brasileira – 2ª Edição, rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2010.*

No que toca à Administração Indireta, o Anteprojeto disciplina a respeito das subsidiárias, inclusive na forma de autarquias e fundações estatais. São mantidas as modalidades previstas no Decreto Lei 200/67, alterando-se o termo fundação pública por fundação estatal, a fim de evitar a confusão decorrente da designação pública, já que se trata de personalidade jurídica de direito privado. E ainda, os consórcios (públicos e privados) são definidos e incluídos no rol de entes integrantes da administração indireta.

2.2 Empresas Estatais:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são incluídas pelo anteprojeto na categoria mais ampla de empresas estatais, conforme já tratado pela doutrina e jurisprudência: natureza jurídica de direito privado; controle direto e indireto pelo Poder Público.

O objeto é a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica; criada pelo Poder Executivo ou por entidade da administração indireta no caso de subsidiária; criação; privatização e extinção também por lei específica.

O Anteprojeto define as situações em lhes são aplicáveis às exigências de natureza pública (exemplo: concurso público e licitação), construir o regime jurídico observando-se o princípio da eficiência, e, para as demais situações, viabilizar a aplicação do regime empresarial comum e assegurar a sua autonomia.

Nos casos de empresas privadas cujo controle seja assumido pelo Estado, o anteprojeto prevê a sua adaptação ao regime das empresas estatais até o final do exercício seguinte ao da aquisição. Tal aquisição pode ocorrer por meio das seguintes alternativas: aquisição por meio de doação, dação em pagamento herança ou legado, decorrência de crédito público; aquisição de ações em cotas.

2.3 Regime das entidades estatais de direito privado

O anteprojeto deixou definido que as estatais de direito privado estão sujeitas ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado quanto à remuneração de pessoal, pagamento e execução de seus créditos e quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Por outro lado, por tratar-se de entidades estatais, foi mantida ou definida sua sujeição a certas exigências de natureza pública, tais como o regime da legislação trabalhista, contratação mediante concurso público da modalidade de processo de seleção, podendo ser simplificado para as contratações temporárias.

A estatal ficará obrigada a publicar o seu quadro de pessoal, cargos, forma de admissão e remuneração.

Quanto às contratações, as estatais de direito privado (dependentes e as não dependentes) que celebrarem contratos de autonomia poderão sujeitar-se a seus regulamentos próprios, previamente submetidos à consulta pública e aprovados por decreto.

Por fim, essas entidades terão tratamento diferenciado conforme sejam dependentes ou não dependentes, sendo que as primeiras poderão ampliar sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira, mediante a celebração do contrato de autonomia.

As demais já têm maior autonomia definida no próprio Anteprojeto, ou porque estas já possuem poder de elaborar seu orçamento, ou porque dispõem de autonomia gerencial e financeira para atuar como empresa privada, nos limites constitucionais e legais.

2.4 Contrato de Autonomia

Trata-se do contato previsto no artigo 37 §8º da Constituição, substituindo-se a expressão “contrato de gestão”, a fim de evitar confusão com o instrumento de mesmo nome, previsto na Lei 9.637/98.

Nesse tipo de contrato ocorre a autonomia do contratante e o controle sob o contratado, a fim de possibilitar a verificação do cumprimento das metas de desempenho estipuladas.

O Anteprojeto enfatiza que se trata de uma forma de contratualização do controle, seja no âmbito interno (entre órgão controlador e órgão controlado), seja no âmbito das relações entre a administração direta e indireta.

Esse contrato está baseado em três idéias fundamentais: a fixação de metas, a outorga de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira e o controle dos resultados, que facilitará a verificação do cumprimento das metas.

Por fim, ressalta que o Anteprojeto define flexibilidades e autonomias gerenciais, orçamentárias e financeiras que podem ser outorgadas por meio do contrato de gestão, suprimindo omissão legislativa que vinha dificultando a aplicação do referido dispositivo constitucional.

2.5 Planejamento, articulação e controle das entidades estatais.

O Anteprojeto propõe como vetores estruturantes o planejamento, a articulação (compreendendo a coordenação e a supervisão) e o controle, reforçando a necessidade de a ação governamental vincular-se ao planejamento, voltado à racionalidade administrativa, à ação coordenada para o desenvolvimento das políticas públicas e à consagração dos direitos fundamentais.

São propostos como instrumento de planejamento: plano geral de governo, programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual, diretrizes

orçamentárias e metas fiscais, orçamento anual, programação financeira de desembolso e quadro de quotas trimestral de despesas por unidade orçamentária, e quadro de recursos de aplicação de capital de duração mínima trianual.

O planejamento compreenderá o planejamento orçamentário e financeiro: e o planejamento finalístico global, intersetorial e setorial. Ao órgão central de planejamento caberá a articulação e a ampla divulgação dos instrumentos de planejamento geral e setorial.

O anteprojeto confere tratamento sistematizado à articulação administrativa, por meio dos mecanismos de coordenação e supervisão, pelos quais se busca assegurar a uniformidade, a racionalidade e a coesão política no exercício das competências dos diferentes órgãos e entidades estatais, bem como no relacionamento com as entidades parastatais e não estatais.

A coordenação, por sua vez, será exercida em todos os níveis da Administração, destina-se a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa.

Será exercida pelas chefias individuais, com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação às quais se confere o dever de promover a racionalização de meios e o intercâmbio de informações concernentes aos programas e iniciativas de cada órgão ou entidade envolvido.

De outro lado, o Anteprojeto estabelece a submissão dos órgãos e entidades da Administração à supervisão hierárquica e à supervisão por vinculação.

A supervisão hierárquica, exercida em caráter contínuo, compreende a nomeação de dirigentes, a emissão de atos normativos, o estabelecimento e avaliação de objetivos e metas, o monitoramento das ações, o exercício do poder disciplinar, bem como a cobrança permanentes de informações e resultados.

É exercida pelo Chefe do Executivo em relação aos órgãos que lhe são diretamente subordinados pelos Ministros de Estado e pelos dirigentes das entidades da administração indireta.

A supervisão por vinculação é exercida a partir do vínculo jurídico existente entre as entidades supervisionada e supervisora.

É desempenhada sobre a entidade da administração indireta pelo órgão a que ela se vincula e se relaciona à verificação periódica do atendimento das diretrizes governamentais e dos objetivos fixados nos seus atos constitutivos e nos instrumento ampliadores de autonomia.

Também se relaciona à prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras, à submissão às normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e responsabilidade fiscal, à fiscalização dos limites e critérios para despesas com pessoal e à fixação de limites de despesas com publicidade.

O anteprojeto também oferece importante diretriz de responsabilização, ao sujeitar o dirigente da entidade supervisionada a sanção por improbidade administrativa em caso de omissão reiterada do dever de prestar as informações solicitadas pelo órgão de supervisão.

Quanto ao controle, o anteprojeto propõe a adoção de um regime geral objetivando a sistematização do assunto e a consolidação da doutrina e jurisprudência de forma a se chegar à efetivação da responsabilização na forma mais eficiente possível.

Assim, seria possível se atender os objetivos primordiais do controle, quais sejam, a defesa do patrimônio público, a adequada aplicação dos recursos públicos, o cumprimento das finalidades da atuação administrativa e a adstrição a legalidade.

Com base nas constatações de que os mecanismos de controle atuais são formais e custosos (ineficientes e ineficazes), buscou-se então um sistema de controle capaz de ser eficiente, sem, no entanto, engessar a Administração ou inviabilizar o controle, tornando-o custoso e ineficaz.

Por tudo isso e à vista do forte processo de mudança que o controle tem atravessado no direito comparado, optou-se nesse Anteprojeto por suprimir os

controles meramente formais ou de custos superiores aos riscos (diretriz já adotada pelo Decreto lei 200/67).

Optou-se, também, pelo fortalecimento do controle a posteriori, pelo predomínio da verificação de resultados, pela simplificação dos procedimentos, pela erradicação de sobreposição de competências e instrumentos de controle, pela obrigatoriedade dos órgãos ou entes de controle verificarem a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados e, por fim, pela responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade (a responsabilização do próprio gestor).

Assim o anteprojeto adota como vértice estrutural duas espécies de controle: o controle público e o controle social. os quais atuarão de forma integrada e eficiente.

Busca-se dessa forma, que o controle seja exercido de fato com vistas à efetivação da fiscalização do desempenho dos órgãos e entidades da administração, inclusive na vertente repressiva e reparadora.

No Anteprojeto o controle público é constituído pelas formas de autocontrole (controle interno e controle correccional) e de controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

O Anteprojeto prevê que o controle público terá objeto amplo, compreendendo, entre outros instrumentos, a aplicação de recursos ou bens públicos, os resultados e a legalidade.

Portanto, o Anteprojeto, em consonância com a constituição:

- a) Sujeita ao controle as pessoas que utilizam, arrecadam, guardam ou administram dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de órgão da administração pública.
- b) Confere aos órgãos e entidades da Administração Pública o dever de fazer publicar seu relatório de atividades.

- c) Estabelece o dever de órgãos de consultoria jurídica da Administração no exercício do controle prévio de legalidade, prestarem orientação jurídica quanto às medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa em conformidade com preceitos legais.

Por fim, no que se refere ao controle social participativo, o Anteprojeto procura aperfeiçoar a gestão pública, a legalidade a efetividade das políticas públicas e a eficiência administrativa, por meio da previsão de instrumentos sociais (consulta pública, audiência pública, canal de denúncias etc), além de manutenção de ouvidorias nos órgãos e entidades da administração.

3 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP, de nº 11.079/2004, veio atender finalmente a um clamor antigo: o de permitir a evolução da empresa pública no que se refere à sua forma de contratar serviços - por meio do contrato administrativo, vez que trouxe a possibilidade da utilização de novos instrumentos de parcerização entre o ente público e a empresa privada.

Um outro motivo para a promulgação dessa Lei foi a ausência de recursos públicos para o desenvolvimento de projetos, o que foi possível com esse tipo de parceria.

Antes mesmo da edição da Lei Federal 11.079/2004, algumas Leis Estaduais foram sancionadas para regular a matéria.

A prestação de serviços públicos sob o regime de concessão e permissão vinha sendo regulada pela constituição de 1988 (artigo 175) e, a seguir pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95 (alterada pela 9.648/98). A Lei 8.666/93, desde 21/06/1993, como até hoje, trata de regulamentar as normas para as licitações e contratações com o Setor Público.

Na seqüência, após intensa discussão na esfera do governo, foi editada a Lei 11.079/2004, com vistas a adequar as contratações de concessões de serviços públicos à realidade do mercado, o que apontava para a existência de novas formas de parcerias entre a Administração Pública e o particular.

Nessas parcerias seria possível vislumbrar resultados positivos para ambas as partes, além do atendimento ao interesse público, em pleno tempo de crise de escassez de recursos públicos para investimento em projetos de infraestrutura e de utilidade pública de interesse geral.

Assim, a lei apresentou importantes novidades, como por exemplo, o ingresso da figura do investidor do projeto na relação jurídica entre o particular e

Administração Pública, o qual investe os seus recursos com garantia de retorno de seus investimentos seja mediante recebimento de subsídios, de indenizações ou de pagamentos oriundos de um Fundo Garantidor.

Nesse aspecto, ressalte-se que há muito o particular critica as contratações com a Administração Pública devido à rigidez e burocracia da lei 8.666/93 e à insegurança gerada pela falta de garantias ao particular nos contratos tradicionais.

Dessa forma é que a contratação por meio do regime de PPP, vem representar um importante avanço rumo a um estado ideal de eficiência, vez que tem atraído o particular, pois que representa maior agilidade e celeridade nos processos de contratação e manutenção da relação, com garantias de adimplemento pela Administração Pública, e de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, além de compartilhamento de riscos.

E mais, a Administração Pública também se beneficia com a prestação dos serviços prestados pelo particular, desta feita com uma expectativa de eficiência muito mais otimista, vez que nesse caso, o retorno do investimento do contratado dependerá do resultado final do projeto e do modo em que transcorrerá a gestão do contrato.

Outra particularidade interessante do modelo diz respeito à forma de remuneração, que nesse caso, ao invés do que normalmente ocorre nas contratações tradicionais, acontece quando do cumprimento integral e entrega do objeto.

E ainda, devido às particularidades já mencionadas desse tipo de operação, a Administração deve justificar muito bem a contratação, conforme menciona Marcos Nóbrega⁹:

Cumprir lembrar que caso o poder público opte pela modelagem PPP em detrimento das demais modalidades de parceria, deverá provar a superioridade de tal opção. E terá que fazê-lo, em primeiro momento, mostrando a vantajosidade econômica da opção, demonstrando os ganhos de escala e atentando para o princípio da eficiência.

⁹ NÓBREGA, Marcos, *Direito da Infraestrutura* – São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 61.

Quanto ao risco, lembra-se que a Administração fica mais protegida contra prejuízos ao longo do contrato, em decorrência de pagamentos antecipados e desistência ou inabilitação do contratado para honrar os compromissos assumidos.

Por tudo isso, pode-se dizer que o modelo de PPP, com suas operações devidamente estruturadas, é vantajoso para a Administração Pública,.

Nesse particular, ressalte-se o que menciona Egon Bockmann Moreira¹⁰, ao afirmar que “A Lei 11.079/2004 criou não só uma nova modalidade de contratação administrativa, mas igualmente uma nova licitação pública. A Lei das PPP criou uma nova modalidade licitação”.

A lei das PPP's, no curso de uma evolução da Lei de concessões 8.987/95, representa uma importante inovação no que se refere à delegação de serviços públicos, vez que aproxima a Administração Pública do particular, este último agora atuando não apenas como fornecedor e executor dos serviços, mas também como gestor e parte responsável pelo resultado final da operação, ao lado da Administração Pública.

Além disso, a PPP viabiliza investimentos na área socioeconômica, ao tempo em que gera emprego e renda para a coletividade.

Entretanto, a tomar por base o pequeno número de PPP's existentes até o momento, diante do número de oportunidade que parecem estar disponíveis, é de se pensar que, ou as regras ainda estão por demais duras para atrair os particulares, ou falta disposição do Setor Público para efetivar tais parcerias.

Dessa forma, após ter discorrido acima acerca das vantagens do modelo passaremos a identificar abaixo os pontos negativos do modelo em razão de falhas na legislação atual (Lei 11.079/2004) ou nas decisões dos dirigentes apoiados pelo judiciário, em alguns julgamentos, conforme descrito abaixo.

Primeiramente merecem críticas os equívocos e as atitudes políticas que vêm em prejuízo ao modelo, citando como exemplo o fato de que alguns juízes

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parcerias Públicos-Privadas* – 1ª Edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores – Texto de Egon Bockmann Moreira.

ainda não aceitam aplicar a arbitragem em alguns contratos, mesmo cientes de que ela é autorizada por lei, além de estar prevista no contrato.

Esse tipo de atitude prejudica a imagem da Administração Pública, pois aos olhos da sociedade como um todo, e principalmente do fornecedor, ela está se aproveitando de sua posição de supremacia para levar vantagem sobre o lado mais fraco.

Isso só serve para reforçar o descrédito por que passa a Administração no que se refere ao cumprimento de seus contratos, e, por conseguinte, afasta o particular, que por se ver prejudicado em seus direitos passa a preferir contratar somente com particulares.

Conforme bem defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹:

Com isso, o nacionalismo deixa de ser uma idéia-força, uma aspiração ou um mito capaz de compensar a pobreza, o sacrifício e o subdesenvolvimento, para voltar a ser apenas mais uma referência, entre outras, já não mais capaz de justificar falhas e omissões, mesmo aquela habitual, tão conhecida e passivamente tolerada ineficiência estatal, que, muito embora criticada, sempre foi absorvida nas culturas impregnadas por uma forte relação de subordinação do privado ao público, como remanescente do conceito absolutista da supremacia realenga que adentrou o Estado nação contemporâneo disfarçadamente, travestida como o perigoso postulado da supremacia do interesse público.

Quanto à necessidade de adequação da Lei 8.666/93 em face da Lei 11.079/2004, é preciso ter em vista alguns cuidados.

O primeiro deles deve-se à particularidade do valor contratual, ou seja, o fato de que o modelo de PPP deve obedecer ao limitador de 20.000.000,00, e prazo entre 5 e 35 anos, o que não acontece com a Lei 8.666/93, que abrange contratos de obras e serviços com valores menores e prazos médios de 05 anos.

Outra inovação importante diz respeito à permissão, no caso da PPP, para que o autor do projeto possa participar do processo licitatório, o que não é permitido nas contratações via Lei 8.666/93.

¹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág 549.

4 AS CONCESSÕES

A prestação de serviços públicos sob o regime de concessão e permissão vinha sendo regulada pela constituição de 1988 (artigo 175) e, a seguir pelas Leis 8.987/95 e 9.074/95 (alterada pela 9.648/98). A Lei 8.666/93, desde 21/06/1993, como até hoje, trata de regulamentar as normas para as licitações e contratações com o Setor Público.

Na seqüência, após intensa discussão na esfera do governo, foi editada a Lei 11.079/2004, com vistas a adequar à realidade do mercado, que apontava para a existência de novas formas de parcerias entre a Administração Pública e o particular e, ao mesmo tempo, para crise de escassez de recursos públicos para investimento em projetos de infraestrutura.

Assim, a Lei trouxe importantes novidades, como por exemplo, o ingresso da figura do investidor do projeto na relação jurídica entre o particular e Administração Pública, o qual investe os seus recursos com a garantia do retorno de seus investimentos seja mediante pecúnias, indenizações ou pagamentos oriundos de um Fundo Garantidor.

Nesse aspecto, ressalte-se que há muito o particular critica as contratações com a Administração Pública devido à rigidez e burocracia da lei 8.666/93 e à insegurança gerada pela falta de garantia ao particular nesses contratos.

Dessa forma é que a contratação por meio do regime de PPP tem atraído o particular, pois que representa maior agilidade e celeridade nos processos de contratação, com garantias de adimplemento pela Administração Pública, equilíbrio econômico financeiro do contrato e compartilhamento de riscos.

Por sua vez, a Administração Pública se beneficia com a prestação dos serviços prestados pelo particular, com muito mais eficiência e resultado, posto que agora está comprometido com o resultado final do projeto e com a gestão do contrato.

A arbitragem é outro fator interessante presente nos contratos de PPP, posto que ela permite a solução de impasses e controvérsias surgidas ao longo da execução dos contratos, em prazos muito mais céleres do que os da via judicial.

Por fim, vale mencionar também a inovação quanto à forma de remuneração, já que, tradicionalmente, o particular na Lei de Licitações recebia com base num cronograma físico-financeiro e no contrato de PPP o parceiro particular é pago após a efetiva prestação do serviço ou entrega da obra.

Ressalte-se o que menciona Egon Bockmann Moreira¹², ao afirmar que “A Lei 11.079/2004 criou não só uma nova modalidade de contratação administrativa, mas igualmente uma nova licitação pública. A Lei das PPP criou uma nova modalidade licitação”.

4.1 Modalidades de Concessão

Com a promulgação da Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, restou definida a existência de três modalidades concessionárias no direito positivo brasileiro, quais sejam: a) a concessão de serviços públicos, instrumento já previsto na Lei 8.987/95; b) a concessão patrocinada e; c) a concessão administrativa, estas duas últimas englobadas pela Lei 11.079/04 sob a denominação de “Parcerias Público- Privadas”.

Na concessão comum, a remuneração percebida pelo concessionário se dá mediante tarifa cobrada dos usuários; na concessão patrocinada, tanto pela tarifa do usuário como contraprestação pecuniária do parceiro público e na concessão administrativa, na qual não existe a cobrança de tarifa, mas a contraprestação em pecúnia pelo parceiro público.

A Concessão de Serviços Públicos é a concessão comum, já disciplinada pelas Leis 8.987/95 e subsidiariamente pela Lei 8.666/93. Nesse caso, A

¹² SUNDFELD, Carlos Ari, *Parcerias Públicos-Privadas* – 1ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores.

Administração Pública contrata um particular (o concessionário) para prestar um serviço por sua conta e risco e a sua remuneração se dará pelo recebimento da tarifa paga pelo usuário do serviço.

E ainda, conforme preceitua o Art. 11 da Lei 8.987/95, a fim de manter a modicidade das tarifas, podem ser admitidas as seguintes formas de remuneração: complementares, acessórias ou de projetos associados. Note-se que na concessão comum não se admite que a remuneração se dê pelo pagamento em pecúnia pela Administração Pública.

Já a concessão patrocinada é regida pela Lei das Concessões (8.987/95) e outras correlatas, como por exemplo, a lei 9.074/95, e pela Lei Federal das PPPs – a Lei 11.079/04. Nesse tipo de contrato, estão presentes ambas as formas de remuneração: tarifas pagas pelos usuários e, indispensavelmente, contraprestação pecuniária pelo poder concedente.

Nesse sentido, ensina-nos Carlos Ari Sundfeld¹³ que:

De outra parte estando presente a cobrança de tarifas aos usuários e a contraprestação pecuniária da concedente, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não pecuniária da Administração e outras receitas alternativas.

A concessão administrativa, por seu turno, refere-se ao contrato administrativo em que o “Poder Concedente” remunera o “Concessionário” em pecúnia, em conjunto ou não com outras receitas alternativas.

Nesse tipo de concessão a Administração é a usuária direta (os serviços são prestados diretamente para a Administração) ou indireta (a Administração é a usuária e os administrados são os beneficiados pelos serviços), ainda que envolva execução de obras ou fornecimento e instalação de bens, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴:

A concessão administrativa constitui um misto de empreitada e de concessão: de empreitada, porque a remuneração é feita pelo poder público e não pelos usuários. De concessão, porque seu objeto poderá ser a execução de serviço público, razão pela qual seu regime jurídico será

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parcerias Públicos-Privadas* – 1ª Edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública* – 5ª Edição.

semelhante ao da concessão de serviços públicos, já que irá se submeter a normas aplicáveis à concessão tradicional na parte em que conferem prerrogativas públicas ao concessionário, como as previstas nos arts. 21, 23, 24, e 27 a 39 da Lei nº 8987/95 e art 31 da Lei nº 9.074/95 (conf. art. 3º da Lei nº 11.079).

Novamente, Carlos Ari Sundfeld¹⁵ lembra que:

A Lei da PPP's, para evitar que a concessão administrativa pudesse se confundir com quaisquer dos contratos regidos pela Lei de Licitações – desorganizando, assim o sistema legal -, impôs a complexidade como característica indispensável do objeto desse novo contrato. A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços – ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2º, parágrafo 2º -, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato, em montante de ao menos R\$ 20 milhões "".

Aqui, mais uma vez chamamos a atenção para a necessidade de algumas adequações nas regras presentes na legislação original, citando dentre elas, a atualização do valor do investimento.

Outra questão que merece revisão refere-se às exigências de autorização legislativa para as concessões, tratadas no artigo 10, §3º da Lei 11.079/2004. Tal autorização não é exigida para as concessões administrativas, qualquer que seja o valor do subsídio pago pelo ente público (percentual da remuneração do parceiro privado) e nem para as concessões patrocinadas em que a Administração Pública pague menos do que 70% da remuneração do parceiro particular.

No entanto, dependem de autorização legislativa, as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pelo parceiro público.

Desse modo, tendo em vista que a Lei 11.079/04 só menciona essa limitação para a concessão patrocinada, não o fazendo para a concessão administrativa, é de se inferir que para este tipo de concessão (administrativa) a autorização legislativa está dispensada.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, *Parcerias Públicos-Privadas* – 1ª Edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores.

Voltando à exigência de autorização para a concessão patrocinada, pensamos que há uma falha na lei na disciplina dessa questão, pois não nos parece razoável exigir a autorização legislativa para um tipo de concessão (patrocinada quando a remuneração paga pelo ente público é superior a 70%) e para outro tipo não (a concessão administrativa, que pelo que dá para interpretar da lei, está dispensada de autorização até mesmo no caso de subsídios superiores a 70%).

Pode até ser que haja uma explicação plausível para a colocação dessa regra, como por exemplo, o fato de que na concessão administrativa a Administração é a usuária dos serviços ao passo que na patrocinada ela investe recursos e por isso a exigência de autorização legislativa. Todavia, isso seria apenas uma hipótese.

Em conclusão, ressalvadas as necessidades de revisão e de algum ajuste na regulamentação, somos de opinião que o modelo de concessões significa mais um importante avanço em direção da eficiência resultante da correta aproximação da administração pública com o particular, da oportunidade de captar investimentos em infraestrutura e de gerar emprego e renda para coletividade.

5 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

A terceirização de serviços pela empresa pública é um modelo de gestão pelo qual a referida empresa, sob o argumento central da economicidade, recorre às empresas particulares para executar serviços de caráter acessório e secundário em relação às suas atividades fins.

No âmbito da administração pública, não há óbices à terceirização de atividades que não configurem atividade fim da empresa, ou seja, que possuam caráter acessório e secundário em relação a sua missão, observando-se que é vedada a contratação de profissionais pessoas físicas.

Os serviços terceirizados devem ser executados fora da empresa tomadora, em ambiente físico e com meios de produção fornecidos pela empresa contratada, excetuando-se os serviços cuja execução esteja intrinsecamente ligada às suas instalações físicas.

A relação custo-benefício dos serviços a serem contratados deverá ser comprovadamente favorável à empresa contratante, sendo que tal vantagem deve ser demonstrada no processo de contratação. A realização dessa análise de custo x benefício previamente à contratação, foi imposta pelo TCU por meio do Acórdão 2.085/2005, direcionado à CAIXA, cujo trecho transcrevemos abaixo:

A terceirização de serviços é um processo de gestão que estabelece relação de parceria com empresas especializadas na prestação de serviços, para executar atividades de caráter acessório e secundário em relação ao objetivo principal da CAIXA e cuja relação custo/benefício lhe seja comprovadamente favorável, demonstrada pelo gestor operacional do serviço.

3.1.3 A CAIXA adota a terceirização de serviços como estratégia de gestão, buscando concentrar-se em atividades essenciais ao seu negócio.

3.1.4 É vedada a terceirização de serviços cuja atividade seja inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da CAIXA, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal.

3.1.5 Para garantir a adequada execução dos contratos, do ponto de vista legal:

Não podem existir elementos que configurem relação de emprego entre a CAIXA e o empregado da Contratada, como:
subordinação;

habitualidade;
onerosidade;
pessoalidade;
não pode haver prestação de serviços diversos dos previstos no objeto dos contratos;
é vedada a concentração de serviços diversificados, que envolvam mais de um Gestor em um único Contrato de terceirização de atividade.

A terceirização tem como principais motivos: a crise fiscal e de eficiência por que passa a administração pública, a especialização, a existência de uma estrutura montada para a atividade, a dinâmica do serviço diferente da que teria se estivesse no serviço público.

Em que pese o reconhecimento de que a terceirização de serviços representa uma importante parceria na busca pela eficiência da empresa pública, muito pouco se tem feito em termos de legislação para regulamentar o assunto, basta ver entrevista com o próprio Presidente do TST no Jornal “O Globo”, de 15/07/2012, em que ele afirmou se ressentir de leis sobre terceirização.

5.1 Marco Normativo da terceirização

No âmbito da Administração Pública cita-se como marco normativo da terceirização de serviços, o Decreto-lei 200, de /67, ao dispor em seu art. 10, §7º que:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A partir daí, mas no âmbito privado, veio a Lei 6.019/74 que instituiu o trabalho temporário nas empresas urbanas, definindo em seu art. 4º que a atividade da empresa de trabalho temporário consistia em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos, configurando assim a terceirização de serviços temporários.

Na seqüência, a Lei 7.102/83 veio permitir em seu art. 3º-I, a contratação de empresa especializada em vigilância ostensiva e o transporte de valores e a Lei 8.863/94 que a alterou e a Lei 8.949/94, para acrescentar ao artigo 442 do Decreto-lei 5.452/43 (CLT) o parágrafo único que instituiu que não existe vínculo empregatício entre os associados e os tomadores de serviços das sociedades cooperativas.

A Súmula 256 foi editada pelo TST - Tribunal Superior do Trabalho em 1986, com objetivo de proteger o trabalhador, estabelecendo que:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Tal Súmula que até então se referia apenas ao setor privado, foi substituída pela Súmula 331 em 1993, que passou a contemplar a administração pública e até os dias de hoje é motivo de discussão entre os envolvidos com a terceirização de serviços, empresas públicas e privadas, trabalhadores, sindicatos, justiça trabalhista etc.

Ocorre que, após a edição da Súmula 256 em 1986, foi promulgada a Lei 8.666/93, a qual havia estipulado em seu artigo 71 a seguinte regra:

Art. 71, § 1º: A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Tal disposição desde então foi motivo de diversos embates entre o Estado e a Justiça Trabalhista, sempre criticados pelos sindicatos, que taxavam o dispositivo de oportunista, opinião partilhada por alguns juristas, que o consideram até mesmo inconstitucional, pois demonstra um abuso da parte do Estado, ao fugir às suas responsabilidades, após ter se beneficiado do produto e/ou da operação.

Durante esse tempo, em 24/10/2010 o STF, contrariando o que estipulava a Súmula 331, julgou pela constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, ao ensejo da análise da ADC 16/DF.

Em decorrência da grande repercussão do assunto e da pressão exercida sobre a Justiça Trabalhista pelos setores público e privado, o TST fez nova revisão na Súmula 331 em 24/05/2011, ocasião em que alterou o inciso IV e acrescentou os incisos V e VI, deixando assim a nova redação do texto:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Dessa forma, ficou decidido que: A Administração Pública tem responsabilidade subsidiária no tocante às obrigações trabalhistas da empresa contratante dos serviços, ou seja, primeiramente responsabiliza-se a empresa contratante e, em segundo lugar, a Administração pública – tomadora dos serviços.

A verdadeira mudança na Súmula, portanto, é o fato de que a análise deve ser aplicada ao caso concreto, quando será levado em conta se a Administração acompanhou e/ou controlou os procedimentos da terceirizada.

Nesse caso, a saída para que a Administração não venha a ser responsabilizada subsidiariamente em tais situações, é a de incumbir o fiscal do contrato de verificar mês a mês se a empresa está recolhendo os tributos devidos.

Outro detalhe interessante advindo da alteração é que a Administração só será responsabilizada se ela estiver incluída no pólo passivo.

A fim de deixar clara a distinção entre “responsabilidade subsidiária” e “responsabilidade solidária”, trazemos o que registra Diogo Palau Flores dos Santos¹⁶:

¹⁶ SANTOS, Diogo Palau Flores Dos, *Terceirização de serviços pela Administração Pública* - São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pág 58.

Segundo o art. 264 do Código Civil, “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Portanto, haverá responsabilidade solidária quando se estabelecer relação em que há pluralidade em um dos pólos dessa relação, de modo que a exigência do crédito somente se perfaz no seu todo, por inteiro.

Importa ressaltar que, devido a sua característica excepcional, a solidariedade não se presume, deve resultar da lei ou da vontade das partes.

...Pode-se entender que a responsabilidade subsidiária se diferencia da solidária no sentido de que nesta haverá uma correspondência horizontal e naquela, vertical, ou seja, na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação total de seu crédito de qualquer dos devedores: já na responsabilidade subsidiária o credor deve exigir do devedor principal para só então exigir do devedor subsidiário, existindo, portanto, neste caso, o que se denomina benefício de ordem¹⁷.

5.2 Da relação custo benefício

Quando se fala em ganho de eficiência para justificar uma contratação, é comum surgirem apontamentos no processo licitatório acerca da ausência ou de deficiências no método utilizado para comprovar a positividade da relação custo-benefício.

Com efeito, afora alguns casos de reais defeitos do processo, há que considerar a dificuldade de se fazer tal medição, normalmente devido à grande subjetividade presente nas diversas situações de terceirização de serviços aliada ao fato de que em grande parte dos casos a atividade a ser terceirizada não é executada pelos empregados dos quadros funcionais da empresa.

Entretanto, tomando por base o Acórdão TCU 2085/2005¹⁸, vê-se que o Tribunal entende pela imprescindibilidade de tal demonstração no processo de contratação de terceirização.

¹⁷ Código de Processo Civil. “ART. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei. O sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.”

¹⁸ Nesse Acórdão o TCU, no Processo SECEX-2 – 2ª Secretaria de Controle Externo, em auditoria realizada em processo de terceirização de serviços pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, chamou à atenção da empresa por não ter incluído no processo a avaliação do custo benefício resultante da operação.

A seguir, copiamos trecho do referido Acórdão, com referência ao entendimento do Tribunal acerca do assunto, no que tange à eficiência:

“Portanto, não há que se admitir a terceirização como a regra para a Administração Pública prestar serviços à sociedade, mas sim, como a exceção, nos casos em que se visa destinar ao setor privado atividades não finalísticas do órgão/entidade, que possam ser desempenhadas por aqueles nelas mais especializados, obtendo, dessa forma, mais eficiência na prestação desses serviços e permitindo ao órgão/entidade focar-se mais precisamente na sua atividade-fim. Pois, assim, estar-se-á evitando o risco de ver-se naufragar a razão de existir do próprio órgão/entidade, o que impõe o questionamento quanto à sua concessão à iniciativa privada ou, no caso de empresa pública, sua privatização.

2.1.6. Em que pese todo o exposto, a terceirização de serviços, ainda, carece de uma legislação mais específica, o que tem proporcionado inúmeras reclamações trabalhistas objetivando a responsabilização subsidiária da Administração Pública e, em muitos casos, o reconhecimento do vínculo empregatício entre esta e o trabalhador terceirizado.

6. A atuação desta Corte deve se pautar, como já o vem fazendo, com o rigor exigido pelas competências conferidas pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de coibir atos irregulares, ilegítimos ou antieconômicos da Administração Pública. Mas também deve ter em mente que as entidades, principalmente as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em ambiente concorrencial, precisam ter a agilidade e eficiência necessárias para prestar, adequadamente, os serviços que delas se esperam “.

A exemplo do caso supracitado, há uma freqüente recomendação dos órgãos de controle, assim como nos julgados nos processos de terceirização para que o processo de contratação de terceirização tenha demonstrado em seu escopo a avaliação da relação custo benefício para justificar a opção de terceirizar.

Entretanto, e conforme ressaltado no teor do Acórdão, não se pode contar com uma legislação específica para definir as condições para que se proceda tal mensuração do que decorre uma grande divergência seja de entendimentos a respeito do assunto, e da metodologia adequadas a cada caso.

Como demonstrar de antemão que o desejado ganho de eficiência será maior do que o gasto a ser despendido para implementar o novo modelo? Como se cercar de garantias sem onerar demasiadamente o contrato? Como medir o índice? Qual deverá ser o resultado?

No geral parece que até agora não há, na prática, uma ferramenta capaz de assegurar efetividade a esse tipo de avaliação. Nos caos de contratações inéditas, o

que se vê na prática é um “pagar para ver”, visto que as respostas e os resultados provavelmente só serão conhecidos ao longo do tempo e no curso do contrato.

Dessa forma, o problema de proceder a uma correta mensuração do custo-benefício de uma operação clama por uma adequada legislação, haja vista que além da carência de normas para regulamentar o assunto há também uma deficiência de instrumentos técnicos para tal procedimento.

Pode ser que não seja possível criar uma “receita de bolo” para todos os tipos de casos, mas a definição de regras legais, parâmetros e condições, conjugados com métodos elaborados por profissionais competentes (estatísticos, matemáticos etc) e algumas regras de mercado, podem ser de grande valia.

Assim, espera-se que a normatização de um método de apuração do custo-benefício, principalmente para esses casos subjetivos, se não servir para apontar com clareza que aquela é a melhor opção, vai, pelo menos, demonstrar a razoabilidade ou não da pretensão de se contratar daquela forma.

Concluindo esse tópico, o fato é que mesmo sendo relativamente recente a última decisão do STF sobre a Súmula 331 (24/05/2011), permanecem sem respostas várias dúvidas sobre o assunto: Quais serviços estão sujeitos à terceirização, ou seja, o que pode ser classificado como atividade meio e atividade fim? Substancialmente (e não formalmente) Qual o real fundamento para restringir a terceirização somente às atividades meio? Por que a responsabilização subsidiária e não a solidária?...

Essas e outras questões polêmicas ainda clamam por um debate mais profundo. É preciso que se avance além da normatização instituída pela Súmula 331, pois o assunto terceirização de serviços, em seu sentido completo é um tema polêmico e de profundo impacto social.

6 CONCLUSÃO

O administrador público no exercício de suas funções jamais pode deixar de observar o princípio da legalidade, mas essa imprescindibilidade não pode também, servir de pretexto para que ele deixe de atuar com eficiência.

A Administração Pública já não pode mais assistir inerte à evolução dos conceitos empresariais a tomar conta dos mercados e a demandar cada vez mais atuação eficiente e compromisso de empregados e patrões com resultados.

Dessa forma, tornou-se inadmissível a figura do Administrador Público que, na preocupação de executar suas atividades ao rigor da lei, sacrifica ganhos.

Logo, buscar novas soluções e melhores alternativas, aí incluídas as parcerias com o setor privado, mais que um dever, deve ser interpretada como uma oportunidade imperdível para a Administração Pública.

Por outro lado, é certo que há ainda uma carência na legislação e normatização sobre o assunto, que se adequadamente suprida, poderia trazer grandes benefícios para todos.

Muito se avançou, é verdade, mas a situação ainda está muito aquém da ideal.

É preciso mais reflexão e disposição das autoridades competentes para promover os ajustes necessários nos dispositivos legais, a fim de deixá-los adequados à realidade atual.

De igual maneira, é necessário amplo debate, se possível com a participação da sociedade – a consulta pública poderia ser muito útil - para identificar os pontos onde a legislação precisa melhorar ou ser corrigida.

Mas para isso é também imprescindível que tais autoridades não se mostrem tão “intolerantes” como tem sido até então e se mostrem mais dispostos a

ouvir realmente o que pensa e sugere os diretamente envolvidos e participantes das questões.

As diversas formas de parcerias entre os setores público e privado devidamente amparadas pela legislação podem ser a solução para antigos problemas - ganhos de produtividade, de resultados, investimentos, geração de emprego e renda – situação desejada por qualquer país, porque todos saem ganhando.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios – 11ª ed., revista, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo – 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na Administração Pública – 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas SA, 2006.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer, Curso de Direito Administrativo - Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro – 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

MODESTO, Paulo, Nova Organização Administrativa Brasileira – 2ª ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MORAES, Alexandre De, Direito Constitucional – 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NÓBREGA, Marcos, Direito da Infraestrutura – São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SANTOS, Diogo Palau Flores Dos, Terceirização de serviços pela Administração Pública - São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari, Parcerias Público-Privadas – 1ª ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores – Texto de Egon Bockmann Moreira.