

**FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO
PÓS-GRADUAÇÃO, NA MODALIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO “LATO
SENSU” EM CONTROLE EXTERNO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

OTTO CESAR FERREIRA SIMÕES

**O SOFISMA DA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PRIVADO NA PARCERIA
PÚBLICO-PRIVADA**

FLORIANÓPOLIS, SC

2013

OTTO CESAR FERREIRA SIMÕES

O sofisma da manifestação de interesse privado na Parceria Público-Privada

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização “lato sensu” em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação Escola de Governo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Concessões de Serviços Públicos.

Orientador: Prof. Msc. Luiz Antônio Chiodini

FLORIANÓPOLIS

2013



Otto Cesar Ferreira Simões

O sofisma da manifestação de interesse privado na Parceria Público-Privada

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

Orientador:

Prof. Msc: Luiz Antônio Chiodini
Universidade do Vale do Itajaí

Coordenação Acadêmica

Claudia Regina Castellano Losso
Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 22 de agosto de 2013.



TRIBUNAL
DE CONTAS
DE SANTA
CATARINA

**GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCESC**



O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCEC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA .

Título da Monografia: O sofisma da manifestação de interesse privado na Parceria Público-Privada

Aluno: Otto Cesar Ferreira Simões

Orientador: Prof. Msc: Luiz Antônio Chiodini

Dedico esta Monografia à minha querida esposa, que sempre me incentivou principalmente nos momentos mais estressantes bem como a Biba (in memoriam), Bianka, e a Pan, e a todos que estão em busca do conhecimento e aperfeiçoamento na área do conhecimento abordado.

Agradecimento

A minha família pela sua paciência e tolerância;

A Elusa Cristina Costa Silveira e Sandra Mara Rosa Biazussi, que inspiraram o tema deste trabalho;

Aos colegas do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina;

Ao meu orientador Professor Msc. Luiz Antônio Chiodini, que caminhou junto nesta etapa da vida acadêmica;

Aos professores dos cursos de ciências econômicas, em especial, Prof. Dr. Armando de Melo Lisboa e Prof. Dr. Wagner Leal Arienti;

Aos Professores do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí-Campus São José;

Aos Professores do Curso de pós-graduação em Auditoria Pública, da Fundação de Estudos e Pesquisas Socioeconômicos;

Aos Professores do Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas, da Universidade do Vale do Itajaí;

Aos Professores do Curso de pós-graduação em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos da Escola Nacional de Administração.

Resumo

A organização pública não é estática e vem transmutando com o passar dos anos, fruto principalmente da aplicação de ideologias políticas e dos ventos da economia, que acabam por influenciar o regime político, desde o Estado Absolutista onde a Administração pública era Patrimonialista, até o Estado Democrático de Direito, onde ocorreu a opção pelo Social-Liberalismo. Esta forma de organização difere do Estado do bem estar social onde predominava a exploração direta de atividade econômica pelo Estado. O Estado Social-liberal é marcado pela transferência da prestação de serviço público para o setor privado. Esta transferência pode ocorrer através da terceirização, quarteirização, termo de parceria, contrato de gestão, convênio de cooperação, consórcio público, autorização, permissão, concessão ou parcerias público-privada. No caso da parceria público-privada, o objetivo seria viabilizar a execução de serviços públicos em áreas que apresenta baixa ou nenhuma rentabilidade, através da complementação da receita aferida, seja de forma parcial ou total através de recursos públicos, tornando a taxa de retorno atrativa ao setor privado, uma vez que o custo não pode ser suportado somente pelo usuário, por ser muito elevado. Existem situações tais como no sistema prisional, onde a contribuição do usuário é zero, ou seja, neste caso o Estado entraria com a totalidade dos recursos objetivando tornar atrativo o serviço. Porém, este modelo não decolou. Como forma de impulsionar este modelo foi editada pela União, Estado e Municípios, Decretos criando a manifestação de interesse, criada devido à pretensa necessidade de regulamentar os artigos 21, da Lei 8.987/95 e 31, da Lei 9.074/95. Diante deste quadro, em Santa Catarina a SC Participações e Parcerias S.A., lançou dois editais de procedimento de manifestação de interesse, para serem apresentadas alternativas, visando à melhoria do sistema de transporte, de mobilidade urbana e de acesso à região insular de Florianópolis, a partir da BR 101, e alternativas para a operação de sistemas de transporte público de passageiros. Assim será analisada a legalidade bem como os efeitos da falta de planejamento e as implicações orçamentárias

Palavras chaves: Administração pública. Parceria público-privada. Procedimento de manifestação de interesse. Decreto Autônomo. Orçamento público.

SUMÁRIO

1 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
1.1 FORMA DE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	9
1.2 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	12
1.3 A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2 SERVIÇOS PÚBLICOS	15
2.1 CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	17
2.2 FORMAS DE EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	19
2.3 ESPÉCIES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INDIRETA.....	20
2.3.1 Prestação conjunta.....	21
2.3.2 Terceirização dos serviços públicos	21
2.3.4 Quarteirização	23
2.3.5 Termo de parceria	25
2.3.6 Contrato de gestão.....	25
2.3.7 Gestão associada	27
2.3.8 Convênio de cooperação.....	27
2.3.9 Consórcio Público.....	29
2.3.10 Autorização.....	29
2.3.11 Permissão	31
2.3.12 Concessão	32
3 PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA	39
3.1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL.....	41
3.2 OS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	43
3.3 DECRETOS AUTÔNOMOS	46
3.4 PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO	54
4 CONCLUSÃO	62
5 REFERÊNCIAS.....	63

1 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Este capítulo apresenta uma breve revisão das teorias sobre as formas da organização da administração pública, cujo objetivo é contextualizar a evolução da administração pública no Brasil.

Para isto, em primeiro lugar, serão considerados os estudos de Max Weber que construiu um modelo puro de organização fruto de uma abstração teórica, a qual chamou de "tipo ideal", onde existe somente uma das seguintes formas de organização da administração pública: carismática, tradicional e racional.

Após esta etapa, serão analisadas as formas de organização da administração pública, passando pelo Brasil Colônia, até a República Federativa do Brasil e a adoção do modelo gerencial que foi proposto pelo Ministério da Administração federal e reforma do Estado e que teve no Brasil, como principal incentivador o então ministro Luis Carlos Bresser Pereira, cujo principal foco era a modernização do serviço público.

Em seguida abordar-se sobre o novo serviço público, que vem somar as modelo gerencial a participação da população e maior transparência dos atos do governo.

1.1 FORMA DE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde os primórdios da civilização onde o ser humano se organizava em tribos nômades. O processo de formação da sociedade moderna passou por diversas etapas.

Nesta época a sociedade não estava organizada em Estado. Esta forma de organização começou a se delinear, quando da fixação do homem no campo, o surgimento da moeda e a divisão do trabalho, que acabaram gerando necessidades coletivas, principalmente de segurança e alimentação (Rossetti 1983, p. 20-22)

O surgimento do Estado demandou a criação de um corpo estatal, onde coexistiam diversas formas de organização. Esta organização da administração pública foi objeto de estudo por Max Weber que identificou a existência de uma forma de organização dominante, que se sobrepunha as demais. Porém, diante desta diversidade, Weber visando racionalizar a análise, abstraiu do plano real todas as formas de organização recessivas e construiu o "tipo ideal".

O "tipo ideal" considera que em determinado momento somente exista uma das seguintes formas de organização: a carismática fundamentada na veneração; a tradicional com base nas tradições; e a racional que tem como sustentáculo as normas e regulamentos, Weber (2004, p. 139 - 141).

A Organização carismática é marcada pela existência de um líder, a qual a sociedade atribui qualidades, única e inigualável, que pode ser um herói, sábio, religioso ou até mesmo uma pessoa de conceito ético ou moral questionável, Weber, (2004, p. 158-159).

Esta forma de organização é fundamentada no carisma, não necessitando assim, de fundamentos de ordem: jurídica, econômica ou política, para o funcionamento da Administração Pública cujos quadros são formados por indivíduos com menores graus de carisma, sem considerar a formação profissional não existindo hierarquia e normas salvo a vontade do líder, Weber (2004, p. 160-162, 325).

Como exemplo de líderes carismático é possível citar Mohandas Karamchand Gandhi, Getúlio Vargas, e Napoleão Bonaparte, dentre outros.

A organização tradicional pode ser dividida em: patrimonialismo estamental com relações mais estáveis entre o governante e o corpo administrativo e o patrimonialismo puro que seria o arbítrio Campante, (2003, p.156-157).

No patrimonialismo puro o governante é denominado "Senhor", que dada a ausência de normas que regem a administração pública detém poder ilimitado, podendo em casos extremos chegar ao "sultanismo". Faoro, (1998, p. 389).

Já no patrimonialismo estamental, existe uma diversidade social, pois diferentes atores participam das relações de poder do governo, buscam destaque dentro da sociedade, não se tratando da existência de uma elite, classe, grupo ou camada, que seja dominante.

Um dos exemplos deste tipo de organização seria o feudalismo, que é organizado através de um aparato administrativo compostos de vassalos, Weber, (2004, p. 168).

Por fim a organização Racional, que é mais conhecida como sendo a Burocracia, cuja origem remonta da junção da palavra francesa bureau, que

significa escritório à palavra grega krátos, cujo significado é poder. Este termo foi criado como crítica às repartições públicas que detinham poder excessivo, Guimarães (2008, p. 9).

Em que pese o sentido pejorativo atribuído ao termo, cabe ressaltar que a burocracia não é exclusiva do poder público, e dentro da abordagem estruturalista, estudada pela ciência da administração é utilizada tanto pelo setor público como pelo setor privado.

No setor público as principais características da forma de organização legal ou racional ou burocrática estudadas por Weber podem ser definidas da seguinte forma Meneghetti, (2009, p.27):

- a) Administração exercida por um corpo funcional especializado;
- b) Cargos com tarefas e atividades ambas remuneradas e com plano de carreira;
- c) Cumprimento de normas, que estabelecem a relação de autoridade e a existência de hierarquia e níveis, com relação de mando e subordinação, possuindo alto grau de formalidade.

Estas formas de organização são correlacionadas com o regime político existente em cada época. Assim no regime feudal a forma de organização era tradicional.

Já no regime Liberal, onde Estado passa a cumprir funções mínimas, cabendo ao mercado se auto-regular a forma de organização é a burocrática, que começou a se degenerar no final do século XX, vindo a sucumbir quando da crise da bolsa de Nova York, ocorrido em 1929.

Após o esgotamento deste regime político surge o Estado do Bem Estar Social, fruto da participação democrática e do exercício da cidadania, visando à adoção de medidas que levassem ao desequilíbrio do mercado, mantendo a forma de organização Burocrática.

Com a crise do modelo Keynesiano, a partir dos anos 70, este modelo também foi abandonado surgindo então o Estado Social-Liberal abandonando a forma de organização Burocrata e adotando como forma de organização da administração pública o New Public Management.

Conforme Abrucio (1997, p. 9 e 10), este modelo surge como resposta à crise desencadeada pelos seguintes motivos: crises do petróleo, fiscal e de

governo, somado ao movimento de globalização, que permitia a existência de grandes fluxos de moedas, gerando crises cambiais.

Desde o final da década de 70, a reforma do Estado se tornou uma palavra de ordem em quase todo o mundo. O antigo consenso social a respeito do papel do Estado perdia forças rapidamente, sem nenhuma perspectiva de retomar o vigor. A introdução do modelo gerencial no setor público faz parte deste contexto. Mas quais foram as condições materiais e intelectuais que permitiram esta mudança? Em linhas gerais, quatro fatores sócio-econômicos contribuíram fortemente para detonar a crise do Estado contemporâneo. O primeiro foi a crise econômica mundial... A crise fiscal foi o segundo fator... O terceiro fator detonador da crise do Estado contemporâneo, portanto, se constituía naquilo que a linguagem da época chamava de situação de "ingovernabilidade": ...Por fim, a globalização e todas as transformações tecnológicas que transformaram a lógica do setor produtivo também afetaram - e profundamente - o Estado. Na verdade, o enfraquecimento dos governos para controlar os fluxos financeiros e comerciais, somado ao aumento do poder das grandes multinacionais resultou na perda de parcela significativa do poder dos Estados nacionais de ditar políticas macroeconômicas.

O Estado Social-Liberal era baseado na adoção das idéias liberais, e tinha como diretriz, desincumbir o Estado da execução das atividades econômicas, através da transferência das atividades do setor público para o setor privado.

Este movimento ocorreu em primeiro lugar na Nova Zelândia, Inglaterra e nos Estados Unidos, sendo difundido posteriormente para diversos países através das políticas impostas pelo Fundo monetário internacional e do Banco Mundial, que ao socorrer países em crises condicionavam a liberação de novos recursos a mudanças na forma de organização da economia através da adoção da política Neoliberal, Carvalho (2007, p. 11- 32).

Conforme Pereira (2002, p. 4), considerando o regime político, os Estados adotaram as seguintes formas de gestão: no Estado Absolutista, a administração patrimonial, no Estado Liberal e no Estado social-democrático, também chamado Estado do Bem-estar Social, a administração pública burocrática, e no Estado Social-Liberal, a administração pública gerencial.

1.2 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Feito estas considerações, cabe verificar quais foram as formas adotadas no Brasil, partindo da colonização, cuja forma de organização existente apresentava o predomínio das características da forma de organização do tipo tradicional, com a divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias.

Este regime político, apesar de guardar semelhança com o sistema feudal possuía algumas características próprias, uma vez que os capitães donatários eram fiscalizados pela Coroa Portuguesa e não detinham a propriedade das terras, mas somente a posse para a prática do extrativismo.

Com o passar dos anos a colônia passa a ser Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em 1808, com a vinda da família real portuguesa sendo elevado para Império do Brasil, com a proclamação da independência por Dom Pedro I.

Nas análises efetuadas, no período, cabe destacar as obras de Sergio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro. O primeiro autor concebeu a idéia do “homem cordial” que não conseguia diferenciar os limites entre o ambiente familiar e a Administração pública, sendo marcado pela total ausência de formalismo e impessoalidade.

O segundo demonstrou a ausência de superação do modelo patrimonialista na Administração pública brasileira, diferentemente do que ocorreu na Europa com o fim do feudalismo, adotou o regime político denominado liberal.

1.3 A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na busca por uma forma de organização mais moderna visando superar o modelo tradicional que era dominante até então, é implantada a partir do ano de 1936 a primeira reforma administrativa, que tinha fundamentos na forma de organização burocrática, conforme Pereira (1998, p. 4):

A administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado; nos Estados Unidos, no começo deste século; no Brasil, em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes. É a burocracia que Max Weber descreveu, baseada no princípio do mérito profissional.

A opção por esta forma de organização foi reforçada com a edição da Reforma Administrativa através do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa Pereira (1998, p. 6).

A primeira tentativa de reforma gerencial da administração pública brasileira, entretanto, irá acontecer no final dos anos 60, através do Decreto-Lei 200, de 1967, sob o comando de Amaral Peixoto e a inspiração de Hélio Beltrão, que iria ser o pioneiro das novas idéias no Brasil.

Cabe destacar a disposição contida no artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que previa a descentralização das atividades da Administração Federal, com o repasse para a iniciativa privada de tarefas executivas, com o objetivo de evitar o crescimento desmesurado da máquina administrativa e possibilitar uma melhor utilização dos recursos públicos nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Porém devido à existência de algumas disposições que possibilitaram as práticas patrimonialistas e fisiológicas, esta tentativa de adoção de uma forma de organização mais moderna acabou não tendo êxito completo, conforme bem expõe Pereira (1998, p. 7):

O Decreto-Lei 200 teve, entretanto, duas conseqüências inesperadas e indesejáveis. De um lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como “burocrática” ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais.

Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-Lei 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se inicia já em meados dos anos 70, agrava ainda mais a situação da administração pública, na medida que a burocracia estatal é identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.

Conforme Peregrino (2009, p.11-15), diante da crise do Estado do Bem-estar Social, organizado através de práticas burocráticas, surge no Brasil o Estado Social-Liberal, apregoando as virtudes da Administração Pública Gerencial, através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Este modelo implantado no ano de 1995 trouxe como inovação o repasse para a iniciativa privada e as organizações sociais, de atribuições do Estado, com foco na privatização.

Cabe ressaltar que nem toda atividade estatal seria repassada para o setor privado, ficando restrita a atuação do Estado o núcleo de decisões estratégicas, centralizado no poder executivo que tinha como função o planejamento e a formulação de políticas e o núcleo de atividades exclusivas do Estado, como exemplo o poder de polícia.

As atividades que poderiam ser exercidas pelo setor privado de forma isolada ou com a participação do setor público, seriam o núcleo de serviços não exclusivos, e a área em que houvesse a participação estatal na economia das empresas com monopólio natural.

De acordo com Vieira (2008, p. 16-26), em que pese este modelo não ter alcançado toda a amplitude desejada, surge a partir de 2008 uma nova forma de organização denominada Novo Serviço Público, que vem somar ao modelo Gerencial a participação popular, fruto da Constituição Cidadã de 1998, que passou a possibilitar entre outras coisas a propositura de ação popular referente a moralidade, meio ambiente e patrimônio¹.

Outro aspecto a ser considerado são as iniciativas de transparência da gestão pública ocorridas com a edição, Lei Complementar Federal nº 131, de 27 de maio de 2009, que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal, determinando a divulgação em tempo real das informações contábeis e orçamentárias dos órgãos, além da Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informação.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante da opção por um regime político Social-Liberal, o Estado brasileiro passou a ser organizado sobre a forma do Novo Serviço Público e com a adoção da Administração Pública Gerencial, o Estado passou a transferir a execução de serviços públicos para a iniciativa privada.

Porém, dado o dinamismo das atividades humanas, decorrente da evolução da sociedade humana e do desenvolvimento científico, muitos serviços públicos surgem enquanto outros são descontinuados com o passar dos anos.

Este fato pode ser observado ao analisar como as diversas Constituições do Brasil, disciplinaram o serviço telegráfico. Começando pela Constituição de 1891, já que a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 foi silente sobre este tema.

¹ 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:...LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, no seu § 4º, art. 9º, estava disposto que a competência para a instalação de linhas telegráficas era de competência dos Estados, desde que já não houvesse linhas Federais.

Art. 9º “*omissis*”...

§ 4º - Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, trouxe a figura da concessão, uma vez que definia que o serviço de telegrafia era de competência exclusiva da União, agregando ao texto constitucional o serviço de radiocomunicação, navegação aérea e as vias férreas.

Art. 5º - Compete privativamente à União:...

VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado;

Esta mesma redação foi mantida na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. Porém, ao proceder a análise da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, é possível verificar que além dos serviços sobreditos, surgem novos serviços, como a radiodifusão e telefones interestaduais e internacionais.

Art. 5º - Compete à União:...

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;

Diante do exposto, é possível afirmar que a transmissão telegráfica inventada por Samuel Finley Breese Morse, em 1844, cuja estrutura demandava a existência de uma rede física de cabos e estava contemplada na Constituição de 1934, 1937 e 1946, com status de serviço público, se tornou um serviço obsoleto, não sendo mais executado.

Em sentido contrário existem serviços públicos que surgiram no século XX, e ainda estão em uso. Como exemplo a telefonia móvel celular, patenteada em 1947 e a televisão, na década de 20.

Desta forma, neste capítulo busca-se definir as características que permitem afirmar que determinado serviço pode ser considerado público, bem como as formas como este pode ser executado.

Assim, diante deste fato torna-se necessário verificar quais as características que possibilitam definir que determinado serviço é público, bem como a legislação sobre o tema e as diversas espécies que este pode assumir.

Definido o serviço como sendo público, e as suas espécies, é necessário verificar as condições como estes podem ser prestados, se de forma direta, prestado pela própria administração, ou de forma indireta, quando é executado por terceiros, através da: terceirização, quarteirização, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, gestão associada, consórcio público, parcerias público privada, autorização, permissão e concessão.

2.1 CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Efetuada esta breve digressão, cabe conceituar serviço público, partindo da escola administrativa francesa que na análise realizada por Di Pietro, (2010, p. 94-96), foi exposta a posição de dois estudiosos que buscaram definir os serviços públicos.

São eles, Leon Duguit e Gaston Jéze, o primeiro buscava definir o serviço público utilizando princípios afetos a área da sociologia. Já o segundo tinha uma visão mais Kelseniana, onde cabia as normas definir se determinado serviço seria público ou não.

Para Tácito (1975, p 198 e 199), apesar de existirem diversas definições para serviço público na área administrativa. Porém o fundamental era distinguir, o que seria ação e o que seria prestação.

Trata-se, no entanto, de mera exacerbação ou agravamento de uma dicotomia entre os fins administrativos do Estado, que já fazia distinguir, nos autores mais antigos, a atividade jurídica e a atividade social da Administração Pública. Desenvolvida especialmente por Orlando em seu clássico *Trattato di diritto amministrativo*, foi recentemente endossada no verbete de Guido Zanobini para a *Enciclopédia del diritto* (1958, vol. II, pág. 236). Na primeira atividade, como exercício da soberania do Estado e de seu poder de império, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas. É uma atividade de tutela do ordenamento jurídico, caracterizando-se pelo poder de coação próprio e privativo do Estado. Na atividade social, ao contrário, a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares. À primeira atividade corresponde uma ação administrativa; à segunda, uma prestação administrativa

Di Pietro, (1992, p 79), identifica diversas definições, porém, adiciona uma informação nova ao evidenciar que o serviço público não é estático e vem evoluindo com o passar do tempo, a saber:

...a noção de serviço público não permaneceu estática ao longo do tempo; houve uma ampliação de sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social... o serviço público varia não só no tempo como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;

Assim, apesar de existirem diversas definições sobre o que seja serviço público o principal fator a ser considerado e a existência de ato normativo que eleja o serviço como sendo público, afastando a utilização de critérios objetivos, Di Pietro, (1992, p 79).

É o Estado que, por meio de lei, escolhe quais as atividades que, em determinado momento, serão consideradas como Serviço Público ... isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;...

Nesta mesma linha Mello (2003, p. 618), agrega a necessidade de ser oferecido um bem fruível de forma direta ou indireta, sempre buscando a existência de ato normativo que defina que a atividade executada é serviço público.

...quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público. Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo....

A título de exemplo é possível citar a Lei nº 3895, de 15 de outubro de 1999, do município de Criciúma, que dispõe sobre o transporte de escolares do município de Criciúma que no seu artigo 2º define que os serviços de transporte de escolares de estudantes devem ser prestados mediante concessão.

No Município de Rio do Sul, a lei nº 5241, de 14 de dezembro de 2011, que dispõe sobre a criação e regulamentação do serviço crematório.

Já no Município de Chapecó é possível citar o Decreto nº 7582, de 16 de agosto de 1999, que visava a exploração dos serviços públicos de transporte escolar, bem como a Lei nº 4128, de 18 de abril de 2000, que foi revogada pela Lei nº 5381/2008, que dispunha sobre a organização, prestação e exploração do serviço público municipal de transporte individual de passageiros, através de veículo automotor do tipo motocicleta.

Por fim, no Estado de Santa Catarina, pode-se citar da Lei nº 13.721, de 16 de março de 2006, que definiu o serviço de formação de condutores de veículos automotores como sendo serviço público.

2.2 FORMAS DE EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Definido a principal característica que permite identificar se determinado serviço é público ou não, resta identificar quais serviços públicos devem ser objeto de prestação direta² e quais podem ser executados de forma indireta.

Para isto, serão utilizados os ensinamentos de Meirelles, (2007, p. 331 a 334), que identificou diversas classificações de serviço público, tendo organizado em dois grupos:

O primeiro formado por aqueles serviços que somente podem ser prestados de forma direta, enquanto o segundo seriam os serviços prestados de forma indireta.

Os serviços classificados no primeiro grupo são considerados serviços públicos propriamente ditos, e dada a sua essencialidade, necessidade, demandarem atos de império³ para a sua execução, bem como a edição de medidas compulsórias, somente devem ser prestados pelo Estado.

Estes serviços são considerados "próprios", uma vez que, devido à simetria com as atribuições da Administração Pública, acabam por conduzir a necessidade de observância ao princípio da supremacia do poder público.

Como características este serviços não são divisíveis, não sendo possível determinar de forma objetiva, quem seria o beneficiário, uma vez que não apresentam custos individualizados ou quando tem este é de valor reduzido, sendo usufruídos pela coletividade, inviabilizando a cobrança de taxa ou tarifa.

²Nos termos dos incisos VII e VII, do artigo 6º, da lei 8.666/93, a execução direta são aquelas atividades que são realizadas pelos órgãos e entidades da Administração, utilizando recursos próprios. Já execução indireta, seria aquelas atividades que o órgão ou entidade contrata terceiros para a sua execução.

³ Estes atos, seriam decorrente do regime jurídico administrativo, que através da supremacia do interesse público, pode impor ao particular uma medida de retenção de forma unilateral, respeitado o Estado de direito.

Estes serviços devem ser renumerados pela arrecadação de impostos. Como exemplo o exercício do poder de polícia, seja para manter a ordem pública ou a saúde pública e a segurança nacional.

Já os serviços que podem ser executados de forma indireta, seriam impróprios, assim considerados aqueles que apesar de satisfazer interesse da sociedade, não são considerados essenciais, sendo de "utilidade pública", e embora prestados pela Administração Pública, através das entidades da Administração Indireta, tais como as Autarquias, Fundações e Sociedade de Economia Mista, podem ser prestados de forma indireta, ou seja, por terceiros, devendo, porém, a sua execução ser fiscalizada pelo poder público.

Ainda são passíveis de execução indireta os serviços administrativos, aqueles serviços executados visando à satisfação de necessidades dos órgãos da Administração Pública, e os serviços industriais, que possibilitam ao executor aferir renda, seja através de tarifa ou de preço público, e prestado em regra através da execução indireta, salvo nos casos previstos no artigo 173, da Constituição Federal⁴.

Considerando este relato, definiu-se a existência de três espécies de serviços na administração pública: o serviço público próprio que não admite a prestação indireta; o serviço administrativo e o serviço público impróprio, que podem ser executados de forma direta ou indireta.

A execução indireta é o gênero cujas espécies serão detalhadas na seqüência deste trabalho.

2.3 ESPÉCIES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INDIRETA

Em que pese o artigo 175⁵, da Constituição Federal determinar que o poder público deva executar de forma direta ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos, sendo estes últimos sempre através de licitação é possível identificar no ordenamento normativo, quando da prestação indireta, diversas exceções a realização do processo de concessão ou permissão.

⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁵ 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

Como exemplo é possível citar: a prestação conjunta, terceirização dos serviços públicos, quarteirização, termo de parceria, contrato de gestão, convênio de cooperação, consórcio público e autorização.

2.3.1 Prestação conjunta

A primeira exceção diz respeito à figura da prestação conjunta do serviço público na área da saúde constante do artigo 197 da Constituição Federal, que possibilita a atuação de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado na prestação de serviço área da saúde que é direito de todos e dever do Estado.

Este mandamento constitucional foi objeto da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e no seu artigo 21, dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Já a disposição do artigo 209, da Constituição Federal, assegura à iniciativa privada, desde que observado o cumprimento das normas gerais da educação nacional e as normas gerais da educação nacional a prestação de serviços de educação.

Esta matéria foi tratada na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e no seu artigo 3º, possibilita a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, desde que observado o artigo 7º, que determina a necessidade de autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

2.3.2 Terceirização dos serviços públicos

A figura da Terceirização, na visão de Ramos (2001), foi uma tentativa de reduzir a máquina pública, transferindo para terceiros, através de contratos, a execução de atividades materiais acessórias da administração pública, que visavam atender a necessidade concreta da sociedade, sem implicar em transferência da gestão, que seria o poder de decisão sobre os serviços a serem executados, conforme segue abaixo:

No setor público, a terceirização tem sido utilizada na tentativa de reduzir a estrutura administrativa do aparelho estatal, transferindo para a iniciativa privada a execução concreta tanto de atividades materiais acessórias (limpeza, vigilância, manutenção de equipamentos etc.) quanto de atividades voltadas para a satisfação

de necessidades concretas da coletividade (coleta de lixo, transporte urbano, limpeza pública, entre outras).

Na Administração Pública, a terceirização pode ser entendida como transferência para entidade privada, por meio de contrato de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, da execução de atividade que não constitua o núcleo substancial do Estado, conservando a terceirizante a gestão estratégica e operacional da atividade contratada.

Este pensamento é reforçado por Costa (2005), ao relacionar a terceirização com o Decreto Lei 200/67⁶, conforme segue:

Importante trazer à colação, inicialmente, que o Decreto-Lei nº 200/67, que introduziu a reforma administrativa, à época, consignava a possibilidade da Administração Pública ficar desobrigada da execução de tarefas executivas mediante a execução indireta, isto é, através de contrato firmado com terceiros.

Os objetivos da terceirização visam possibilitar a racionalização dos recursos do Estado em atividades ligadas às atividades finalísticas e de gestão, desenvolvendo ações de planejamento, coordenação, supervisão e controle, conforme expõe Sampaio (2012):

O objetivo da diretriz estabelecida consiste em repassar para terceiros a execução de atividades acessórias envolvidas nos processos administrativos, permitindo à Administração direcionar seus recursos humanos, materiais e financeiros para a execução de suas atividades finalísticas e institucionais, as quais envolvem ações de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Com isso, objetiva-se a redução e a especialização dos quadros de pessoal da Administração Pública e o aumento da produtividade e da qualidade do serviço, que passa a ser prestado por uma empresa especializada. Outro benefício da terceirização é a redução dos custos diretos e indiretos com pessoal, uma vez que os valores pagos aos servidores são, em geral, superiores àqueles praticados na iniciativa privada.....

⁶ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para as unidades federais quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º. Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

.....

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmensurado 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.

Com base nisso, os órgãos de controle indicam como limite para a terceirização pela Administração Pública a celebração de contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666/93, tendo como objeto a execução de serviços que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou da entidade contratante e, como dito, desde que essas atividades não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelos seus planos de cargos....

Sampaio (2012), ainda demonstra a distinção entre locação e cessão de mão de obra. No primeiro caso é formalizado um contrato de trabalho temporário. No segundo não existe relação jurídica entre os empregados da empresa terceirizada e o órgão ou a entidade da Administração Pública tomadora dos serviços.

Diante desse panorama, pode-se distinguir, para efeito de terceirização pela Administração Pública, a cessão da locação de mão de obra.

A locação de mão de obra configura a realização de um contrato de trabalho temporário, regido por lei específica a ser editada no âmbito de cada ente da Federação

Por sua vez, a cessão de mão de obra, ... não se forma qualquer relação jurídica entre os empregados da empresa terceirizada (contratada) e o órgão ou a entidade da Administração Pública tomadora dos serviços (contratante). Em geral, poderão ser objeto de execução indireta... atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

2.3.4 Quarteirização

Decorrente do crescente número de terceirizações que ocorreram no setor privado surgiu a necessidade das empresas criarem uma estrutura administrativa, visando o controle destes contratos. Porém estas estruturas acarretaram aumento de custo.

Como resposta a esta elevação de custos surge a figura de profissionais voltados para a gestão dos contratos terceirizados, conforme expõe Dias (1998):

...a evolução do processo de terceirização, em que o gerenciamento dos terceiros passa para uma quarta empresa. Trata-se do gerenciamento por parte de uma empresa quarteirizadora, de todas as atividades, serviços e fornecimentos de uma empresa e que podem ser terceirizados, empregando para isto, além de sua própria equipe e banco de dados, parceiros especializados que atuam em cada um dos setores.

No setor público, Albuquerque (1997), dividiu este tema em dois momentos. O primeiro que demonstra o sentido de gerenciamento de contratos terceirizados e o segundo a subcontratação das atividades terceirizadas.

A quarteirização, por sua vez, tem sido compreendida, em um primeiro sentido, como a contratação de uma quarta empresa com a

finalidade de executar as tarefas de acompanhamento e controle das empresas prestadoras de serviços (terceiras), isto é, a contratação de empresa interposta para a gestão dos projetos terceirizados. E em um segundo sentido, quarteirização seria a terceirização de algumas atividades do prestador ou terceiro (sentido menos usual).

Em que pese à posição da autora, no primeiro caso, o gerenciamento de contratos somente seria possível na esfera privada. Já no segundo caso a subcontratação por empresa terceirizada tem respaldo legal na legislação vigente⁷.

A quarteirização no setor público estaria mais afeta a transferência da gestão de materiais de um contrato. Como exemplo o edital de pregão eletrônico nº 08/2013, publicado pela Fundação Centro de Ciências e Educação Superior à Distância do Estado do Rio de Janeiro onde constava no item 2.1:

2.1 O objeto do presente pregão eletrônico é a Contratação de Prestação de Serviço de duplicação em mídia digital (pendrive) com fornecimento de material, conforme descrição detalhada no Termo de Referência (anexo 1) e na proposta detalhe (anexo 2).

No caso exemplificado a Administração pública processou a licitação contratando somente o serviço, não havendo, no edital, qualquer menção aos valores, quantidade e qualidade dos bens necessários a execução, cuja responsabilidade de aquisição é da empresa que for adjudicada e não da Administração Pública.

Neste caso a obrigação da administração de licitar desaparece devido à aquisição de bens necessários a execução, ser obrigação da empresa prestadora de serviço contratado, que passa a gerir o contrato.

Cabe frisar que este caso difere da contratação de obras, uma vez que nestas licitações é elaborado o projeto básico, em que constam os parâmetros dos materiais a serem adquiridos, bem como dos contratos de "apoio a fiscalização" como forma de "auxiliar" os trabalhos dos técnicos dos órgãos, nos contratos terceirizados.

Como exemplo o Edital de concorrência nº 24/2011, da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba cujo objeto é:

OBJETO: Contratação dos serviços de apoio à fiscalização e supervisão técnica de contratos e convênios das obras e ações, no âmbito do programa de recuperação e controle de processos

⁷ Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

erosivos, no Estado de Minas Gerais, na área de abrangência da 1ª Superintendência Regional.

No caso sobredito, não seria a quarteirização, mas sim mais uma terceirização, já que a gestão dos contratos, tanto da execução da obra como de “apoio a fiscalização” é de responsabilidade da Administração Pública.

2.3.5 Termo de parceria

O termo de parceria é o instrumento firmado entre as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que são qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 e visa entre outros objetivos a promoção: da assistência social cultura, da defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, da educação, da saúde, da segurança alimentar e nutricional, do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, dos direitos estabelecidos e a construção de novos direitos além da assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar, da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais.

Além destes é possível citar ainda como objetivos: a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; a experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; e os estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades supracitadas.

Destaca-se que no termo de parceria, deve constar obrigatoriamente além do objeto, a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, metas e os resultados a serem atingidos com os respectivos prazos de execução ou cronograma e a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado.

2.3.6 Contrato de gestão

Com relação à participação do "Terceiro Setor"⁸ na Administração Pública, cabe citar que além das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, existe a figura da Organização Social, disciplinada através da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

A Organização Social, firma com o poder público o contrato de gestão, que tem como finalidade a prestação de serviços relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Neste acordo de vontades bilateral, formalizado pelo Poder Público com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos também deve constar obrigatoriamente as metas e resultados que possam ser objeto de avaliação através de indicadores de desempenho.

Como exemplo o Contrato de Gestão nº 001/2009 que entre si celebram o Instituto Mineiro de Gestão das Águas e o Consórcio Intermunicipal de Bacias Hidrográficas das Bacias dos Rios Piracicaba Capivari e Jundiáí.

Ainda é possível citar a existência de outra espécie de contrato de gestão, decorrente da disposição do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, que visa a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta que tenham sido qualificadas como Agências Executivas, na forma do artigo 51, da Lei nº 9.649/98.

Para ser qualificada, é necessário que a futura Agência executiva possua um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, contendo diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

⁸ Dentro da análise sociológica foram identificados os seguintes setores: O primeiro formado pelos entes públicos e os órgãos que compõem a sua estrutura. O segundo setor, pelas entidades ligadas a produção comercial de bens e serviços e o terceiro setor, cuja definição mais utilizada é a de Salamon & Anheier formado organizações da sociedade civil organizada sem finalidade lucrativa. Existem ainda autores que citam a existência do quarto e do quinto setor. Porém existe muita controvérsia sobre as características destes.

Estes contratos deverão estabelecer os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento

Como exemplo é possível citar o contrato firmado entre o Ministério da Saúde, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, tendo como objeto a pactuação de resultados com a finalidade de permitir a avaliação objetiva do desempenho da Agência Nacional de Saúde Suplementar, mediante o estabelecimento de diretrizes estratégicas, ações e indicadores.

2.3.7 Gestão associada

Com a alteração da redação do artigo 241, da Constituição Federal⁹, dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, surgiu no ordenamento jurídico a figura da Gestão Associada.

Esta nova forma de execução de serviços públicos consiste no desenvolvimento de atividades relacionadas ao planejamento, regulação e fiscalização de serviços públicos.

Este gênero¹⁰ é composto por duas espécies, sendo a primeira os consórcios públicos, e a segunda as obrigações assumidas entre entes da Federação, para a prestação de serviço público através de Convênio de Cooperação, cujas características serão analisados a seguir.

2.3.8 Convênio de cooperação

Conforme o inciso VIII, do artigo 2º, do Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, o convênio de cooperação é o instrumento formal, cujas partes são entes da Federação, visando à gestão associada de serviços públicos, devendo, porém ser ratificado ou previamente disciplinado através de lei, pelos respectivos legislativos.

⁹ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

¹⁰ Conforme o inciso IX, artigo 2º, do Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, gestão associada de serviços públicos seria o: exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos

Em tese qualquer serviço público poder ser executado de forma indireta através de Convênio de Cooperação. Porém atualmente a maior parte destes vem sendo realizado na área de abastecimento de água e esgotamento sanitário envolvendo os municípios e os Estados através de suas companhias de saneamento.

Nestes casos deve ser considerada a previsão da Lei nº 11.445/07, de 5 de janeiro de 2007, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, ressaltando a vedação da utilização de convênios de natureza precária para fins de execução dos serviços de saneamento básico.

Porém cabe distinguir o ato precário que pode ser rescindido a qualquer tempo por qualquer uma das partes sem o direito a qualquer tipo de indenização, decorrente de um acerto de contas e os convênios de cooperação.

Estes não podem ser considerados precários uma vez que estes devem ser substituídos pelo contrato programa, conforme a previsão do artigo 13, da Lei nº 11.107 de 2005, que determina que no âmbito da gestão associada, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação, devem ser constituídas e reguladas através do contrato de programa.

O procedimento para a formalização do contrato programa, para determinar qual será o concessionário que prestará o serviço, pode ter como sustentação jurídica a dispensa de licitação, prevista no artigo 24, inciso XXVI, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Apesar de este ser um procedimento em tese simplificado, por não demandar a realização de Concorrência pública, cabe destacar que o artigo 13, da Lei nº 11.107 de 2005, traz algumas exigências sobre a forma deste contrato, em especial a necessidade de observar as normas referente às concessões de serviços públicos.

Assim sendo, é necessário a elaboração de toda a engenharia financeira de uma concessão realizada sobre a égide da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro

de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.

2.3.9 Consórcio Público

Os consórcios públicos podem ser definidos, conforme o inciso I, do artigo 2º, do Decreto 6.017/2007, como sendo pessoa jurídica de direito público ou de direito privado sem fins econômicos, constituída por entes da federação com o objetivo de realizar objetivos de interesse comum.

Sobre este ponto, cabe discorrer sobre o prejulgado 1776, que foi proferido, quando da apreciação do Processo nº CON - 01/01841809, na sessão de 06/03/2006, tendo como eminente Relator o Conselheiro Moacir Bertoli, quando da consulta realizada pelos Prefeitos Municipais de Araquari, Balneário Barra do Sul, Campo Alegre, Garuva, Itapoá, Joinville, Rio Negrinho, São Bento do Sul e São Francisco do Sul, municípios integrantes do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Nordeste de Santa Catarina.

Neste prejulgado é possível destacar diversos aspectos que devem ser considerados na constituição do consórcio público, que pode ser de direito público ou privado.

No primeiro caso, este por ter personalidade de direito público, passa a fazer parte da administração indireta de todos os entes da Federação consorciados, sendo aplicadas as normas de direito público na sua totalidade.

No segundo caso, por não integrarem a estrutura pública, estes devem observar tanto as normas de direito civil, como de direito público, sendo que esta última não é aplicável na sua totalidade, cabendo como exemplo a observância da Lei 8.666/93, quando da aquisição de bens e serviços.

Outra norma que os consórcios devem observar está no artigo 3º, da Lei nº 11.107/05, que determina que estes devam ser constituídos por contrato precedido do protocolo de intenções e o consórcio público estando sob a jurisdição do Tribunal de Contas, a quem cabe a fiscalização da prestação de contas acerca da aplicação de recursos públicos considerando as receitas e despesas.

2.3.10 Autorização

No universo do direito administrativo é possível identificar diversos tipos de autorizações. A começar pela autorização de uso, utilizada nos casos em

que ocorre a exploração de espaços, por particulares, dentro de instalações públicas.

Esta exploração pode ser em áreas de bem de uso comum, tais como a banca de jornal de uma praça, como em área de bem de uso especial, como exemplo o fornecimento de alimentos em aeroportos.

Outra espécie é a autorização concedida pelo poder público decorrente do poder de polícia. Como exemplo é possível citar o alvará que é fornecido para o funcionamento de estabelecimentos comerciais

Por fim a figura da autorização para a exploração de serviço público pode definida por Di Pietro (2002, p. 133), como sendo:

...ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.

Na mesma linha Meirelles (2007, p. 407), elenca as seguintes características da autorização para execução de serviço público.

Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória".

Na Constituição Federal, a autorização pode ser encontrada nos incisos XI e XII, do artigo 21, da quando esta dispõe que a exploração dos seguintes serviços:

- a) Telecomunicações e radiodifusão sonora;
- b) Instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água;
- c) Navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária bem como os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- d) Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

De todos os serviços listados, somente os serviços de telecomunicações, foi regulamentado, através do Capítulo II, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Em que pese esta regulamentação, cabe ressaltar a existência do conflito entre o disposto no artigo 21, com o artigo 175 ambos da Constituição Federal, uma vez que este determina que a prestação de serviço público seja através de permissão ou concessão.

2.3.11 Permissão

A permissão para a execução de serviços públicos difere da concessão em dois aspectos, o primeiro seria possuir característica de ato precário, e a segunda seria a possibilidade de dar a outorga tanto para pessoa física ou jurídica, conforme determina o inciso IV, do artigo 2º, da Lei 8.987/95¹¹.

A permissão deve ser formalizada mediante contrato de adesão, consoante disposição do artigo 40, da mencionada lei uma vez que permite que o poder público faça a revogação de forma unilateral.

No campo doutrinário Di Pietro (2012, p. 236), define as seguintes características para a permissão, a outorga através de título precário, podendo ser executado por pessoa física ou jurídica, desde que estas demonstrem capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito e oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao Particular a execução de serviço público

Mello (2003, p. 692-693), não destoia do pensamento expresso acima, conforme exposto a seguir:

...é o ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço e sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários...

Na seqüência Mello (2003, p. 693) traz a tona os requisitos para a formalização das permissões de serviços públicos:

...pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) quando poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço,

¹¹ Art. 2º omissis....

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco

seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Ocorre, porém que a utilização desse tipo de prestação indireta, vem sendo utilizado no lugar das concessões, dada a sua precariedade que possibilita ao poder público uma maior margem de manobra, conforme bem expõe Di Pietro (2012, p. 310-311).

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida da prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que como qualquer outro envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido.

2.3.12 Concessão

Quando a execução do serviço público por terceiros envolver investimentos e longo prazo para o retorno do capita investido, torna-se necessário a realização da concessão, que de acordo com Mello (2003, p. 641), seria:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Meirelles (2007, p. 386-387), além dos requisitos elencados reforça a figura do contrato:

Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae

Já na definição de Pietro (2012, p. 298), a concessão é a outorga do serviço público, para que este explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais:

...o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indiretamente ou lhe cede o uso de bem público, para que explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais

A definição de concessão de serviço público, também pode ser encontrada no artigo 2º, da Lei 8987/95, que traz ainda a figura da concessão de serviço público precedida da execução de obra pública:

...concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;...

concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado

A lista de serviços passíveis de serem concedidos, pela União consta dos artigos 21, da Constituição Federal, conforme descrito a seguir:

Art. 21. Compete à União:...

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Além dos ditames constitucionais, é possível encontrar na norma infraconstitucional, outros serviços públicos que não constam do rol dos incisos da Constituição Federal supracitado.

Como exemplo é possível citar o artigo 25, da Lei nº 12.787, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação, que possibilita que os projetos públicos de irrigação possam ser implantados mediante concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, inclusive na forma de parceria público-privada.

Já a previsão para a exploração de rodovias federais, pode ser encontrada no artigo 14, da Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.

No caso dos Estados o serviço que pode ser concedido pelo texto constitucional, pode ser visualizado no artigo 25, o qual consta o serviço de gás canalizado.

Art. 25. Omissis....

§ 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.

Porém assim como a União, existem outros serviços que podem ser objeto de concessão que não constam do texto constitucional, conforme explica Meirelles explica (2007, p. 340):

A competência do Estado-membro para a prestação de serviços públicos não está discriminada constitucionalmente, pela razão de que, no nosso sistema federativo, o constituinte enunciou as matérias reservadas à União e as de competência comum entre as entidades estatais (arts. 21 e 23), deixando as remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º). A única exceção feita diz respeito à exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado, que afasta inclusive a competência do Município para sua distribuição local (art. 25, § 2º). Não se podem relacionar exaustivamente os serviços da alçada estadual, porque variam segundo as possibilidades do Governo e as necessidades de suas populações. Por exclusão, pertencem ao Estado-membro todos os serviços públicos não reservados à União nem atribuídos ao Município pelo critério de interesse local. Nesse sentido, cabem ao Estado os serviços e obras que ultrapassam as divisas de um Município ou afetam interesses regionais. Pela mesma razão, compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual.

Já os Municípios possuem competência para os serviços públicos que sejam de interesse local, conforme expõe Meirelles, (2007, p. 340).

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

Desta forma ao comentar este artigo, o autor explica o que vem a ser interesse local, Meireles (2007, p. 340-341):

A competência do Município para organizar e manter serviços públicos locais está reconhecida constitucionalmente como um dos princípios asseguradores de sua autonomia administrativa (art. 30). A única restrição é a de que tais serviços sejam de seu interesse local.

O interesse local,... não é o interesse exclusivo do Município, porque não há interesse municipal que o não seja, reflexamente, do Estado-membro e da União. O que caracteriza o interesse local é a predominância desse interesse para o Município em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do mesmo assunto.

O critério do interesse local é sempre relativo ao das demais entidades estatais. Se sobre determinada matéria predomina o interesse do Município em relação ao do Estado-membro e ao da União, tal matéria é da competência do Município; se o seu interesse é secundário, comparativamente com o das demais pessoas administrativas, a matéria refoge da sua competência privativa, passando para a que tiver interesse predominante a respeito do assunto aferição, portanto, da competência municipal sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da predominância do interesse, e não o da exclusividade, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidade do serviço

Não obstante, a Constituição de 1988 inovou em alguns aspectos ao eleger determinados serviços de interesse local em dever expresso do Município. É o que ocorre com o transporte coletivo, com caráter de essencialidade (art. 30, V); com a obrigação de manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (inc. VI); com os serviços de atendimento à saúde da população (inc. VII); com o ordenamento territorial e o controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (inc. VIII); e com a proteção ao patrimônio histórico-cultural local (inc. IX). A indicação expressa de tais serviços pelo texto constitucional torna-os prioritários em relação aos demais, constituindo sua falta grave omissão dos governantes municipais (Prefeito e Vereadores). ...

Concluindo, podemos afirmar que serviços da competência municipal são todos aqueles que se enquadrem na atividade social reconhecida ao Município, segundo o critério da predominância de seu interesse em relação às outras entidades estatais.

Porém a definição de Carvalho Filho: (1999, p. 230), traz uma visão mais prática sobre as competências dos entes da Federação, ao utilizar critérios geográficos.

Como exemplo, a jurisdição sobre as vias terrestres. Quando a via abrange mais de um Estado é da União, caso a via abrange mais de um município a jurisdição seria Estadual e quando fica restrito ao município, municipal:

Importante assinalar a relevância do critério relativo à extensão territorial dos interesses a serem alcançados pela prestação do serviço. De fato, tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos Municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais

Já o poder concedente, por sua vez, é definido como o ente da federação que tenha jurisdição sobre o serviço a ser concedido, nos termos do artigo 2º, da Lei 8.987/95.

...poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão

No procedimento da concessão é importante ressaltar a necessidade de regulação, pois é através das normas definidas, que será possível a fiscalização e a aplicação de penalidades que podem ir de uma simples advertência até mesmo a intervenção ou a extinção da concessão. Para Di Pietro, (2002, p. 150 e 151)

Regular' significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo amplo, que abrange, inclusive a regulamentação, que tem sentido mais estrito...

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis."

Amaral Júnior (2003) tem um conceito mais restrito ao definir o que seja regular.

Regular (do Latim *regulare*, relativo às regras, norma) é estabelecer o regime legal de uma situação jurídica, é legislar. Regular é normatizar, regradar por meio de lei. E lei é regra de ordem geral emanada do Poder Legislativo, na forma indicada pela Constituição. O Decreto nº 3.191 de 7/1/1899, que reorganizou o Ministério da Justiça, definiu lei como sendo "resoluções do Congresso Nacional que contiverem normas gerais e dispositivo de natureza orgânica ou que tenham por fim criar direito novo". Em sentido amplo e atécnico lei pode significar direito, justiça, contrato, direito escrito, direito consuetudinário, direito legislado, cláusula contratual, direito objetivo, direito positivo...

Surge deste conjunto de regra o que é denominado "marco regulatório", conforme explica Conforto (1998, p. 27 a 40):

...o conjunto de regras, orientações, medidas de controle e valoração que possibilitam o exercício do controle social de atividades de serviços públicos, gerido por um ente regulador que deve poder operar todas as medidas e indicações necessárias ao ordenamento do mercado e à gestão eficiente do serviço público concedido, mantendo, entretanto, um grau significativo de flexibilidade que permita a adequação às diferentes circunstâncias que se configuram.

Após a criação do marco regulatório, é necessária a criação de agência reguladora, com autonomia impossibilitando ingerências político-partidárias nas decisões técnicas, ou na liberação de recursos, dando maior agilidade para acompanhar o ritmo privado, esses fatores justificam por qual motivo, Rochael (2005) explica que as agências reguladoras têm o status de Autarquias especiais.

Diferentemente das Agências de Regulação americanas, as agências brasileiras foram criadas vinculadas à Administração Pública. Possuem natureza jurídica de Autarquias especiais, o que significa dizer que têm personalidade jurídica de direito público e, da mesma forma que as demais autarquias, só podem ser criadas mediante lei específica, conforme a norma do art. 37 da Constituição Federal, mais precisamente do seu inciso XIX, com a nova redação dada pela EC n. 19/98.

Visando manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, cabe esclarecer que durante a execução do contrato podem surgir outras receitas, tal como a cobrança de propaganda nos ônibus. Estas são receitas indiretas que não são pagas diretamente pelo usuário decorrente da exploração de um serviço público. Estas receitas constam do artigo 11, da lei 8987/95, que expõe:

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.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Sobre o assunto cabe citar a definição da Agência Nacional de Energia Elétrica (2006), que considera receita complementar como sendo:

Atividades “complementares livres” – Incluem-se neste tipo de atividade aquelas destinadas aos usuários do serviço regulado, que utilizam, primordialmente, para sua realização, os ativos da empresa regulada. Estas atividades são solicitadas diretamente pelos usuários e não necessitam de quaisquer investimentos significativos. Enquadram-se neste tipo, por exemplo, manutenções emergenciais dentro das instalações dos usuários.

Já o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (2004) definiu a receita alternativa da seguinte forma:

Numa concessão existem dois tipos de receita. O pedágio e a receita alternativa. A segunda fonte de renda é ligada aos projetos associados, determinados em função da exploração da faixa de domínio das rodovias, densamente ocupadas por gasodutos, oleodutos, postos de transmissão de energia elétrica, etc. Até então, esses recursos eram totalmente revertidos para a tarifa, por efeito de modicidade tarifária.

Apesar de não estar pacificado na doutrina o que sejam estas receitas, é possível determinar que qualquer receita que não esteja previamente prevista e que venha a ser arrecadada, deverá ser considerada para efeito da determinação do equilíbrio do contrato de concessão.

Outro aspecto da Lei de concessões seria a previsão do artigo 23-A, onde existe a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem como solução de conflitos, conforme segue:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº. 11.196, de 2005)

Sobre este tema, cabe citar o Acórdão nº. 537/2006, do Tribunal de Contas da União, que decidiu pela impossibilidade de aplicação desta forma de resolução de conflitos, em face de ausência de regulamentação, conforme segue:

Examinadas as razões apresentadas pelos recorrentes, consoante transcrito no relatório que precede a este Voto, manifesto-me inteiramente de acordo com o posicionamento defendido pela Secretaria de Recursos, no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos - e administrativos são os contratos celebrados pela CBEE com os PIE, conforme demonstrado à sociedade.

Esse entendimento coaduna-se com o juízo firmado na Decisão 286/1993-Plenário, proferida por esta Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o Tribunal manifestou-se no sentido de que "o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)".

Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborado pela manifestação do Ministério Público, a Lei 9.307/96, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados pela CBEE

Sobre o tema, cabe ainda destacar o artigo 25, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a impossibilidade de arbitragem, quando se referir a direitos indisponíveis

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Neste ponto surge a necessidade de esclarecer um aspecto ainda pouco explorado, que seria a concessão dos serviços públicos, cujos ativos foram objetos de privatização no Brasil.

Quando da privatização as empresas privadas, somente adquiriam os bens tangíveis do Estado e o direito a explorar por "n" anos os serviços, assim estas empresas privadas não detém a titularidade do serviço, que é da Administração pública, devendo ser objeto de oferta pública depois de

transcorrido o prazo inicialmente fixado no contrato assinado quando da privatização.

Como exemplo no caso da telefonia fixa, foi firmado o contrato PBOA/SPB nº 159/2011- Anatel, que concedeu o serviço telefônico fixo, comutado na modalidade longa distância nacional - LDN, para a Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. - Embratel.

No capítulo III, deste contrato que trata do prazo e das condições de alteração do Contrato, a cláusula 3.1, determina que o prazo da presente concessão, outorgada a título oneroso, terá seu termo final em 31 de dezembro de 2025.

Feitas estas considerações sobre as concessões, passa-se agora a analisar as parcerias público-privadas, que foram normatizadas a partir do ano de 2004.

3 PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA

A partir da edição da Constituição de 1988, e diante da opção pela forma de organização gerencial feita pela administração pública do Brasil, começam a surgir as primeiras normas sobre as parcerias público-privada.

Dentro desta linha a Lei nº 9.276, de 9 de maio de 1996, que dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 1996/1999, traz no item II, que trata dos objetivos e metas da ação governamental, a previsão de parcerias, entre o governo e setor privado, visando reverter o processo de deterioração da infra-estrutura básica, através da reestruturação das formas de gestão e financiamento do setor público, em projetos que devido a ausência de retorno dos investimentos através da arrecadação de tarifas, não era atrativo ao setor privado.

Porém, somente com a edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que a contratação de parceria público-privada passou a fazer parte da administração pública. Para Justen Filho (2005, p. 549), a Parceria público-privada seria:

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

Esta forma de contratação pode ocorrer através de duas modalidades. A primeira seria a modalidade patrocinada, cuja característica é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas renumeradas através da cobrança de tarifa do usuário e pelo repasse de recursos públicos.

A outra forma é a administrativa. Neste caso é um contrato de prestação de serviços, que pode conter a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, sendo a renumeração integralmente paga através de recursos públicos.

Para fazer frente á contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, com recursos públicos, a Lei 11.079/2004, prevê a existência de garantias que podem ser:

- a) Vinculação de receitas, excetuando a receita de impostos;
- b) Instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- c) Contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- d) Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- e) Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade e outros mecanismos admitidos em lei.

O limite da contraprestação pecuniária nos casos da modalidade patrocinadas pode ser de até 99,99%, devendo sempre que ultrapassar o limite de 70% (setenta por cento) da contraprestação ao parceiro privado, ser autorizado pelo poder legislativo. Ultrapassado este limite, a modalidade passa a ser administrativa que sempre será renumerado com 100% de recursos públicos.

Para a celebração de contrato de parceria público-privada devem ser observadas as seguintes condições:

- a) O valor a ser contratado deve ser superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- b) O prazo de duração deve ser superior a 5 (cinco) anos e inferior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

c) O contrato não pode versar unicamente sobre o fornecimento de mão-de-obra ou fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

3.1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

Conforme o estudo realizado por Pereira (2011), transcorrido sete anos após a edição da Lei que instituiu as parcerias público-privadas, foram celebrados dezessete contratos de parcerias, sendo quatorze na modalidade patrocinada e três na modalidade administrativa.

Apenas 7 (sete) Estados celebraram contratos de concessão administrativa e patrocinada até o momento. Os Estados são, em sua maioria, do Sudeste e do Nordeste do país. Entre os 17 (dezessete) contratos já celebrados, há a predominância das concessões administrativas, sendo que apenas 3 (três) são concessões patrocinadas.

Verifica-se desta forma que o modelo adotado pelo governo brasileiro não estava alcançando os objetivos para qual havia sido criado, este também foi o diagnóstico de Ming (2011).

Por que não funcionam?

Quando a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) foi sancionada, em dezembro de 2004, foi recebida como a solução para os problemas de infraestrutura do País. Seis anos depois, no âmbito federal há apenas duas propostas mais avançadas de investimento por meio de PPPs. Nos Estados e municípios, o balanço é algo melhor, mas não passa firmeza: os projetos não chegam a 30.

Conforme Nobre (2008), os motivos pelas quais as parcerias público-privadas não conseguiram se firmar seriam:

a) Estrutural, dada a deficiência governamental, que não possui estruturas voltadas para a elaboração de projetos com pessoal técnico e com poder decisório, além da ausência de um arcabouço legal, e de um ambiente econômico, com crescimento estável, bem como da ausência de planejamento quando elaboração dos projetos que são publicados.

b) Política, face à ausência de comprometimento de todas as esferas da administração pública no estabelecimento de política unificada e de metodologia para seleção de projetos;

c) Ausência de interesse do mercado através de um setor privado empreendedor, interessado dentro de um mercado competitivo que estimule as capacidades gerenciais com experiência apropriada e que sejam engajadas na condução dos projetos;

d) Projetos com taxa de retorno do investimento que não atraem o parceiro privado, além da falta de padronização dos procedimentos, antes, durante e após a contratação

e) Ausência da adoção de demonstrativos contábeis padrões para as parcerias público-privadas, permitindo a transparência e controle da execução dos contratos, além da Participação popular, que deve ocorrer em todo o processo.

Ainda sobre este fato, verifica-se que no Workshop realizado no Estado da Bahia (2008), foram apontados os seguintes aspectos sobre os problemas de implantação das parcerias público-privada:

Há uma falta de compreensão do setor público sobre a racionalidade econômica do setor privado e uma estrutura inadequada para elaborar e gerenciar projetos de PPP, além de outras causas, como o preconceito ideológico e o corporativismo, com algumas ressalvas...

Para Neto (2010, p.5-6), houve uma demora de mais de dez anos para o setor privado entender a importância deste procedimento

Embora conste em lei há mais de dez anos, apenas recentemente o setor privado entendeu a importância de participar desse procedimento. Além de proporcionar à empresa interessada uma visão global do projeto a ser executado o PMI estabelece um relacionamento de confiança entre o empreendedor e o órgão licitante. Isso ocorre porque a empresa tende a ser considerada, por esse órgão, séria, confiável e possuidora das condições necessárias à implementação do projeto....

Visando reverter este quadro o governo federal editou o Decreto nº 5.977 de 1º de dezembro de 2006, com o objetivo de regulamentar o art. 3º, caput e § 1º, da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Surge a partir deste momento o procedimento de manifestação de interesse cujo objetivo é a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, que seria de acordo com Neto (2010, p.5-6):

...procedimento instituído por órgão ou entidade da administração estadual, por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres de interessados em projetos de concessão comum e de permissão...

Na seqüência os Estados da federação passaram a editar Decretos, na mesma linha do Governo federal, buscando regulamentar os artigos 21, da lei

8.987/95 e artigo 31 da Lei 9.074/95, como exemplo Neto (2010, p.5-6), ao analisar o Decreto expedido pelo Estado de Minas Gerais, explica que:

O Decreto mineiro vem regulamentar o instrumento, que está previsto no art. 21 da Lei Federal no 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; art. 31 da Lei Federal no 9.074/95, que estabelece normas para outorga, prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; e no art. 3º da Lei Federal no 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, consistindo-se em um procedimento pelo qual os interessados manifestam seu interesse em participar da modelagem de determinado Projeto, obtendo autorização junto à Administração Pública para realização de estudos referentes ao objeto a ser eventualmente contratado. A manifestação de interesse já estava, portanto, prevista desde 1995, através da Lei de Concessões. Mas por questões não muito claras ainda não tinha sido usada.....

Ainda é possível citar os Decretos: 30.328, de 27 de setembro de 2010, do Estado do Ceará; 23.936 de 17 de maio de 2013, do Município de Salvador; 3598 de 04 de julho de 2013, Município de Goiânia e Decreto nº 926, de 28 de dezembro de 2011, do Estado de Mato Grosso.

No Estado de Santa Catarina foi editado o Decreto nº 962, de 8 de maio de 2012, que dispõe sobre o procedimento de manifestação de interesse da iniciativa privada no estado de Santa Catarina, como o ato que visa orientar a participação de particulares na estruturação de projetos a serem executados pelo poder público.

3.2 OS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.

Na análise a ser efetuada a seguir, tem como ponto de partida as disposições do Decreto nº 962 de 8 de maio de 2012, editado pelo Estado de Santa Catarina.

Nesta norma o procedimento de manifestação de interesse foi concebido como uma forma do poder público ter acesso a estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres, elaborados pela iniciativa privada, visando o lançamento de uma futura parceria público-privada, seja na modalidade administrativa ou patrocinada.

Consta do texto deste Decreto a determinação da proposta de solicitação do procedimento, ser analisada pelo Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas, considerando a existência dos seguintes aspectos: interesse público, estudos preliminares, critérios objetivos para a seleção, definir o problema para que a iniciativa privada apresente soluções, delimitando os

prazos e valores, ressarcimento máximo de 3,5% do projeto de Parceria e valor máximo da contraprestação do erário limitado a não exceder a 30% (trinta por cento) do total das receitas do eventual parceiro privado e obedecer ao princípio da publicidade.

Com relação aos direitos autorais relativos aos documentos elaborados quando da manifestação de interesse, deverão ser cedidos a administração depois de cumpridas todas estas etapas, entendendo ser exeqüível o projeto, lançar o aviso do procedimento de manifestação de interesse, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, dos critérios objetivos para a análise.

A empresa que participar da manifestação de interesse não ficará impedida de participar da futura licitação para a execução do objeto fruto dos estudos realizados. Esta determinação está de acordo com a previsão do artigo 31, da Lei 9.074/95, que possibilita aos autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo participarem direta ou indiretamente, quando a licitação envolver concessão e permissão de serviços públicos.

Os trabalhos podem ser realizados tanto por pessoas físicas como jurídicas, de direito público ou privado, podendo a participação ser individual ou em grupos informalmente constituídos.

No Decreto editado pelo Estado de Santa Catarina é possível visualizar a figura de dois tipos de manifestação de interesse o primeiro sendo aquele iniciado pelo próprio setor público e o outro aquele da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada constante do artigo 17, definido como:

...a apresentação espontânea de propostas, estudos, levantamentos, investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres e projetos, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, para utilização em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo estadual.

Nos demais Estados da federação não foi diferente, como exemplo cita-se o Decreto nº 13.158, 14 de maio de 2013, do Município de Fortaleza, que traz a figura do procedimento de manifestação de interesse espontâneo e a manifestação de interesse provocada.

Art. 2º Para fins deste Decreto, considera-se PMI o procedimento instituído por órgão ou entidade da administração municipal, por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos de viabilidade,

levantamentos, investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, informações técnicas, projetos ou pareceres de interessados, necessários à realização de projetos de parcerias público-privadas - PPP, na forma de concessão patrocinada ou administrativa.

§ 1º Para fins deste Decreto, considera-se PMI espontâneo aquele iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública a partir da identificação de uma necessidade que poderá ser atendida por meio de PPP e PMI provocado aquele iniciado a partir de provocação de particular interessado iniciado mediante protocolo de requerimento de autorização endereçado ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas.

Nessa mesma toada, a Lei nº 6.299 de 19 de dezembro de 2007 que instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas no Estado de Sergipe, destinado a disciplinar, promover, fomentar e fiscalizar a atividade de agentes do setor privado que, na condição de parceiros, atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo, no seu artigo 32, dispõe:

Art. 32. Compete ao Conselho Gestor do PROPPPSE:....

.....

II – definir outras condições para inserção no PROPPPSE, bem como o procedimento a ser adotado pelos grupos privados para a manifestação de interesse na apresentação de projetos, estudos, levantamentos e/ou investigações para a referida inclusão programa;

O parágrafo 2º, do art. 2º, do Decreto nº 7.365, de 09 de junho de 2011, do governo do Estado de Goiás, prevê que o projeto pode ser provocado pela Administração ou formulado por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

Art. 2º (omissis)....

§ 2º O PMI poderá decorrer de provocação de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Poder Executivo ou de pedido de instauração formulado por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, dispensável, neste último caso, a vinculação formal entre os participantes.

Já o Decreto nº 43.277, de 07 de novembro de 2011 do Estado do Rio de Janeiro, traz a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada.

Art. 1º Para os fins deste Decreto considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada - MIP, a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão no PROPAR.

Art. 2º A MIP poderá ser apresentada espontaneamente por qualquer pessoa física ou jurídica ou decorrer de solicitação, por Edital Público de Manifestação de Interesse, de órgão do Governo do Estado que pretenda celebrar Parceria Público-Privada - PPP.

No Estado de São Paulo, o Decreto nº 57.289, de 30 de agosto de 2011, que alterou o Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, também considera a existência de dois tipos de manifestação de interesse o público e o privado.

Artigo 1º - Ficam incluídos no artigo 2º do Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, os §§ 1º a 18, com a seguinte redação: “§ 1º - Para os fins deste decreto considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada - MIP, a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP.:

Esta denota uma característica importante do procedimento de manifestação de interesse, uma vez que abre a possibilidade do parceiro particular apresentar um projeto ao governo e que este autorize a sua realização sem que este tenha sido elencado como sendo uma prioridade a ser realizada, conforme Neto (2010, p. 6):

A pedido de um particular, o Governo também poderá divulgar a concessão de autorização para que este realize os estudos técnicos relativos ao projeto em questão. Nesse caso, é necessário que o órgão público abra prazo para que outros particulares manifestem interesse.

O surgimento desta nova forma de procedimento para a contratação das parcerias público-privadas, se considerada de forma isolada poderia se apresentar como uma boa medida. Porém ao proceder a uma análise sistêmica das normas vigentes esta figura acaba por conflitar com diversos dispositivos legais.

3.3 DECRETOS AUTÔNOMOS

Com relação ao poder regulamentar do Decreto, pode-se citar Meirelles (2007, p. 180-181), que esclarece que este por ser hierarquicamente inferior a lei não pode ser “*contra legem*”, podendo em alguns casos ser “*praeter legem*”.

Decreto: em sentido próprio ou estrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação. Comumente, o decreto é normativo e geral, podendo ser específico ou individual. Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem entretanto, alcançado a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo..... O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução....Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos praeter legem para suprir a omissão.

Esta possibilidade advém das disposições das alíneas 'a' e 'b', do inciso VI, do artigo 84, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, ao definir a competência do Presidente da República, permite a edição de Decreto autônomo para a organização e funcionamento da administração federal, quando não houver aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, conforme Amaral Júnior (2003)

3. Decreto autônomo na Constituição de 1988

Essa conclusão deflui do cotejo entre o texto constitucional originário e o texto com a redação da Emenda Constitucional no 32, de 2001, o que se faz, nesta sede, com arrimo na Exposição de Motivos no 213, de 31 de outubro de 2001, do Ministro de Estado da Fazenda.

O art. 48, XI, da Constituição de 1988 (competências legislativas do Congresso Nacional com o concurso do Presidente da República pela sanção ou veto), que, no texto constitucional originário, referia-se à "criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública", passou a se referir, a partir da Emenda Constitucional no 32, de 2001, tão-só, à "criação e extinção dos Ministérios e órgãos da administração pública". Portanto, não mais há referência à estruturação e atribuições de Ministérios e órgãos da administração pública como matéria de lei.

O art. 61, § 1º, II, e, da Constituição de 1988 (reserva de iniciativa do Presidente da República), que, até então, referia-se à "criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública", passou a se referir, tão-só, à "criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública...", acrescentando, ainda, "...observado o art. 84, VI". Uma vez mais, registre-se, houve supressão da referência a estruturação e atribuições.

O art. 84, VI, da Constituição de 1988 (competência do Presidente da República para expedir decretos), que, até então, referia-se à "organização e funcionamento da administração federal, na forma da lei", passou a se referir à "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos". Suprimiu-se, in casu, a expressão "na forma da lei".

Na mesma linha Grau, (2002. p. 252-253), explica que o ato autônomo deve emanar a partir do mandamento constitucional, para viabilizar a atuação do Poder Executivo.

...os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa do Executivo, definida no texto constitucional, ou em decorrência de sua estrutura

Sobre o tema Amaral Júnior (2001), ao citar o advento da emenda constitucional nº 32 de 2001, que introduziu novamente no ordenamento jurídico o Decreto Autônomo, explica que:

Seja como for, com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a ordem jurídica brasileira indubitavelmente ganhou uma oitava espécie normativa primária, a saber, o decreto quando relativo a determinadas matérias que, a teor da Emenda Constitucional no 32,

de 2001, dele passaram a ser privativas, sem intermediação da lei. Daí serem ditos decretos "autônomos".

Essa conclusão deflui do cotejo entre o texto constitucional originário e o texto com a redação da Emenda Constitucional no 32, o que se faz, nesta sede, com arrimo na Exposição de Motivos no 213, de 31 de outubro de 2001, do Ministro de Estado da Fazenda.

Já na visão de Furtado (2003, p. 55), a edição da Emenda Constitucional nº 32, passa pelo princípio da legalidade, e as constantes edições de Medidas Provisórias como meio de compensar a inércia legislativa, a saber:

O princípio constitucional da legalidade manifesta-se por meio de duas vertentes. Em sua primeira vertente, a CF, dentre os direitos e garantias individuais, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, princípio basilar em qualquer Estado Democrático de Direito. A bem da verdade, o princípio da legalidade contido no art. 5º, II, da CF deve ser traduzido como regra de licitude: a qualquer cidadão é lícito fazer tudo o que a lei não proíba. Em sua segunda vertente, o princípio da legalidade visa a limitar qualquer atuação da função executiva do Estado.

Nesse sentido, a legalidade mencionada no art. 37, caput, da CF, constitui importante mecanismo no sistema de freios e contrapesos em que se baseia a teoria da separação de poderes. A função executiva (administrativa) do Estado, destarte, somente pode agir quando e se lhe for conferida competência para tanto. Da ausência de lei, resulta a incompetência do Estado para a prática de qualquer ato.

A situação política no País, a partir do advento da CF de 1988, demonstrou a incapacidade do Poder Legislativo Federal de atender à demanda da sociedade. Esse vazio político gerado pela falta de atuação das Casas Legislativas levou o Poder Executivo a exercer a função legislativa quase plena, cabendo às primeiras papel de meras coadjuvantes no processo legislativo. A edição de medidas provisórias tornou-se panacéia.

Esse quadro foi mantido até o advento da EC 32/2001. Esta emenda, ao buscar o novo ponto de equilíbrio na definição dos papéis a serem desempenhados pelos Poderes do Estado no novo processo legislativo, a par de limitar e restringir a edição de medidas provisórias, que somente deveriam ter serventia "em caso de relevância de urgência", inovou ao permitir que o Presidente da República possa dispor, mediante decreto, sobre: "a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e b) extinção de funções ou públicos, quando vagos

Porém no caso de Decreto "*praeter legem*", deve também ser considerado o artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que veda a sua edição, quando versar sobre ação normativa ou a alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

Estes Decretos que extrapolam as disposições de normas superiores podem ser “*citra legem*” ou “*ultra legem*”. No primeiro caso haveria a restrição dos mandamentos da norma superior e no segundo a extrapolação a esta norma.

Caso existam excessos quando da edição dos Decretos, cabe o controle jurisdicional, devendo ser analisada a legalidade, conforme decisão exarada quando da apreciação da ADI 996-MC/DF:

“Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido contra *legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.” (ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-3-1994, Plenário, DJ de 6-5-1994.) No mesmo sentido: ADI 4.176-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-6-2012, Plenário, DJE de 1º-8-2012; ADI 3.805-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 14-8-2009; ADI 2.999, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13-3-2008, Plenário, DJE de 15-5-2009; ADI 365-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-11-1990, Plenário, DJ de 15-3-1991.

Diferentemente da posição acima quando do julgamento da ADIN 4.152/SP, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto exarado pelo Estado de São Paulo:

Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2-Inconstitucionalidade. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - Icms. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do confaz, nos termos da lc 24/75. Expressão da chamada "guerra fiscal". Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. xii, letra "g", da cf. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - Icms, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do confaz. I

Já no Agravo de Instrumento nº 0015449-91.2006.8.26.0000, apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi proferida a seguinte decisão:

Ação Civil Pública. Consórcio. Lei 5.678, de 1.971. Decreto 70.951, de 1.972, art. 42. Limites estabelecidos que não coincidem com a própria lei que pretende regulamentar. O decreto, no Brasil, deve regulamentar a execução fiel da lei, não lhe sendo possível diminuí-la ou aumentá-la. A sua natureza é "secundum legem" e não "contra legem" ou "praeter legem".....O campo de aplicação do decreto regulamentar - relembre-se - é a explicitação da própria execução da lei, sem inová-la, restringi-la ou modificá-la. Se assim não fosse, não seria decreto, mas lei. Decreto é ato do Poder Executivo, enquanto a lei, primordialmente, é manifestação do Poder Legislativo. Ambos são poderes do Estado que devem ser exercidos em harmonia, excluindo-se, por isso mesmo, a invasão que o decreto regulamentar poderia resultar se viesse a diminuir a eficácia da lei, alterá-la ou aumentá-la.

Nesta mesma linha quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade Nº 70049865454, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu:

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da CF, e que lhe permite sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar

No Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar a seguinte ementa proferida quando da apreciação do recurso extraordinário 547.063-6/RJ:

Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

Neste mesmo caminho a Lei distrital 3.705, de 21 de novembro de 2005, que teve a sua inconstitucionalidade declarada através da Ação direta de

inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADI 3.670-0/DF:

Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I)

Já o ministro Ayres Britto quando da apreciação da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 3.059-1 MC/RS, decidiu:

Impugnação da Lei 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu, no âmbito da administração pública sul-rio-grandense, a preferencial utilização de softwares livres ou sem restrições proprietárias. Plausibilidade jurídica da tese do autor que aponta invasão da competência legiferante reservada à União para produzir normas gerais em tema de licitação, bem como usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da separação dos poderes

Cito ainda a ação de inconstitucionalidade nº 70049865454, apreciada pelo Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul:

Perfeitamente cabível ação direta de inconstitucionalidade quanto a decreto de manifesta autonomia, ausente qualquer traço de ancilariedade em relação à lei municipal que dispõe, em tese, sobre o instituto da contratação temporária.

Diante deste quadro ao verificar as disposições do inciso XXVII, do artigo 22 da Constituição Federal, fica evidenciado que é competência privativa da União legislar, sobre normas gerais de licitação e contratação, cabendo entes da federação editarem decretos regulamentando as normas editadas pela União, no caso a Lei 8.666/93.

No caso da Lei 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal o seu artigo 1º, determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promovam a revisão e as adaptações nas suas legislações, observando as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Como exemplo desta adaptação é possível citar o Decreto Federal nº 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Já a Lei 11.079/04, que trata das parceiras público-privadas, também possibilita que a União, os Estados, o Distrito Federal e dos Municípios, editem Decretos regulamentando a aplicação da norma.

Para Ribeiro (2012), os artigos art. 21 da Lei nº 8.987, de 1995 e art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, necessitariam ser regulamentados:

O art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, o art. 21 da Lei nº 8.987, de 1995, art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, este último regulamentado pelo Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006, permitem que entes privados solicitem autorização da Administração Pública para realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens da PPPs, já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública Federal. Essa seria a base legislativa para a implementação do denominado procedimento de manifestação de interesse da iniciativa privada – PMI.

Porém, cabe verificar se as disposições do artigo 21, da Lei 8.987/95, e do artigo 31, da Lei 9.074/95, demandam a necessidade de expedição de ato regulamentar dada a existência de obscuridade, indeterminação ou algum condicionante que não permita que sejam aplicadas de forma plena. Mas, antes de verificar, a necessidade de regulamentar os artigos sobreditos, é necessário considerar a sistemática de aplicabilidade das normas onde é possível identificar as normas de eficácia que são: contida, limitada e plena.

As normas de eficácia contida são aqueles regramentos que apesar de serem completos, e de aplicabilidade imediata, possuem determinação restringindo os seus efeitos nos termos de norma posterior.

Neste caso é possível citar o artigo 8º da Constituição Federal, que ao dispor que é livre a associação profissional ou sindical, restringe as disposições dos seus incisos à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, desde que atendidas as condições que a lei estabelecer

Já a norma de eficácia limitada, são aquelas determinações que para a sua aplicação depende de outras normas que complementem as suas determinações, sendo desta forma incompleta uma vez que não possuem todos os requisitos necessários para a sua aplicação.

Como exemplo é possível citar o parágrafo 2º, do artigo 18, da Constituição Federal, que determina que os Territórios Federais fazem parte da União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, deverão ser regulados por normas posterior .

Por fim as normas de eficácia plena são aquelas normas que são dotadas de aplicabilidade imediata sendo completas e claras e possuindo todos os elementos essenciais a sua aplicação.

Na redação da Lei 8.987/95 e da Lei 9.074/95, é possível encontrar artigos de eficácia limitada. Como exemplo cita-se respectivamente os artigos 29 e 23, que determinam a necessidade do poder concedente regulamentar as suas disposições.

Porém, a redação do artigo 21, da Lei 8.987/95, que trata do ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos, bem como das obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, ou de utilidade para a licitação, que sejam realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, que devem estar à disposição dos interessados, cabendo ao vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital, é de uma clareza inquestionável ao tratar do ressarcimento dos gastos realizados pelo poder público ou por empresa por ele autorizada, cabendo ao vencedor da licitação proceder ao ressarcimento, conforme segue:

Com relação ao disposto o artigo 31, da Lei 9.074/95, trata da concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bens públicos, permitindo aos autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básicos ou executivos participarem direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços

Neste artigo não é possível vislumbrar nenhum aspecto na norma que necessite de regulamentação sendo a redação do artigo bastante clara no sentido contrário de ser uma exceção ao artigo 9º, da Lei 8.666/93 que determina, que não pode participar direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, o responsável pela elaboração do projeto, básico ou executivo, seja ele pessoa física ou jurídica, conforme segue:

Ressalta-se que o procedimento de manifestação de interesse apesar de ser originado quando da regulamentação dos artigos 21, da lei 8.987/95 e 31, da 9.074/95, são etapas que antecedem ao procedimento que irá escolher um terceiro para a execução do serviço público.

Desta forma a realização destes trabalhos estaria mais afeto as disposições da Lei 8.666/93, que trata desta matéria no artigo 46, ao definir que, quando da contratação de serviços de natureza predominantemente

intelectual, tais como elaboração de projetos e particularmente a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, devem ser utilizados, os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço".

Ainda cabe citar a disposição do artigo 13, da lei 8.666/93, que ao definir que excetuando os casos em que é inexigível a licitação, as contratações de serviços técnicos profissionais especializados deverão ser realizadas preferencialmente, através da realização de concurso.

Nesta modalidade de licitação a Administração procede a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, que será renumerado através de prêmios ou remuneração de acordo com as disposições editalícias.

Em ambos os casos aplicam-se a disposição do artigo 111, da lei sobredita, que determina que a contratação, pagamento e premiação da empresa somente serão efetuados, após a cessão dos direitos patrimoniais, incluindo quando for o caso também o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção e desenvolvimento do trabalho executado.

Diante deste quadro os Decretos editados pela Administração Federal, Estadual e Municipal, ao definir a utilização de Procedimentos de Manifestação de Interesse, como forma de selecionar os estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres, elaborados pela iniciativa privada, visando o lançamento de uma futura parceria público-privada não vem observando as determinações da Lei 8.666/93, podendo ser classificados como sendo "*ultra legem*".

3.4 PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO

Em que pese a Lei 8.666/93, no seu artigo 124, dispensar no caso das concessões a necessidade de observar as determinações constantes do inciso II, do § 2º, do artigo 7º, da lei sobredita, tem-se que:

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

Parágrafo único. As exigências contidas nos incisos II a IV do § 2º do art. 7º serão dispensadas nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolso por parte da Administração Pública concedente

Art. 7º omissis...

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

.....

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso

Nos casos da parceria público-privada, existe a figura da contraprestação do setor público que complementa a tarifa paga pelo usuário, quando da modalidade patrocinada, sendo este dispêndio integral quando da modalidade administrativa, devendo existir previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações contraídas.

A este respeito à Constituição Federal através do artigo 165, determinou que fossem elaboradas três peças orçamentárias. A primeira é o plano plurianual cujo objetivo, nos termos do § 1º, seria:

...estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Já o § 2º, do artigo sobredito, ao definir a lei de diretrizes orçamentárias, determina que esta:

...compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual.

Por fim a lei orçamentária anual prevista no § 3º, do artigo 165, da Constituição Federal, deverá conter além do orçamento da seguridade social, o orçamento fiscal e o orçamento de investimento das empresas públicas e de economia mista.

Cabe ressaltar que é possível questionar a aplicação do artigo 165 sobredito, devido à determinação do § 9º, do artigo 165, da Constituição Federal que determina a necessidade de elaboração de lei complementar, conforme segue:

Art. 165 omissis...

§ 9º. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Neste caso cabe citar os ensinamentos de Fontenelle (2003), que deixa claro que a lei 4.320/64, foi recepcionada como lei complementar sendo desta

forma utilizada como “normas de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”.

Visando ao estabelecimento das citadas normas gerais de Direito Financeiro, prevê a Constituição Federal brasileira, no § 9º do art. 165, a elaboração de uma lei complementar, cujo objetivo é dispor sobre "o exercício financeiro; a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, e ainda estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos."

A despeito da determinação constitucional, a citada lei complementar ainda não foi elaborada. Para disciplinar a matéria tem sido observada a Lei nº 4.320/64, que, apesar de anterior à Constituição Federal de 1988, foi por esta recepcionada, estabelecendo, pois, normas de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal

A Constituição do Estado de Santa Catarina reproduziu as vedações constantes no artigo 167, da Constituição Federal, deixando desta forma bastante evidenciada a vedação para iniciar programas ou projetos¹² não incluídos na lei orçamentária anual; iniciar, sob pena de crime de responsabilidade, investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro sem prévia inclusão no plano plurianual ou sem lei que autorize a inclusão; realizar despesas ou assumir obrigações diretas que excedam créditos orçamentários ou adicionais, a saber:

Art. 123. É vedado:

I - iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - iniciar, sob pena de crime de responsabilidade, investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro sem prévia inclusão no plano plurianual ou sem lei que autorize a inclusão;

III - realizar despesas ou assumir obrigações diretas que excedam créditos orçamentários ou adicionais

Para compreender a relação entre orçamento e licitação, cabe efetuar um breve histórico sobre a evolução das técnicas orçamentárias, que apesar

¹² Conforme a alínea 'b' da Portaria MOG nº 42, de 14 de abril de 1999, que atualizou a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I, do § 1º, do artigo 2º, e § 2º, do artigo 8º, ambos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964; estabelecendo os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade e operações especiais, projeto seria "um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação do governo".

das divergências doutrinárias citadas por Gontijo (2004) tem como marco a Magna Carta editada pelo Rei João Sem Terra:

A origem dos orçamentos está ligada à origem do poder de tributar e este, segundo Aliomar Baleeiro tem berço na chamada "cúria régia" dos povos europeus. Tratava-se de um conselho de nobres e sacerdotes que assistiam o monarca em certas resoluções importantes de interesse coletivo. A tributação era um dos assuntos relevantes.

Quando os representantes do comércio e dos ofícios do povo das cidades se juntaram aos do clero e da aristocracia, a "cúria régia" transformou-se em "Corte", isto é, uma grande assembléia de classes que examinava a concessão de tributos extraordinários solicitados pela coroa em certas emergências ou para outras decisões políticas.

O primeiro documento relacionado às finanças públicas data de março de 1091. Afonso VI, monarca espanhol, notifica a cobrança de um tributo extraordinário e alude o consentimento dos que vão pagá-lo.

Outros escritores fixam nas Cortes reais do período de unificação da Espanha e Portugal (1188) o início do solene reconhecimento de que os impostos deveriam ser votados pelos delegados de contribuintes. Deu-se ao imposto seu caráter de prestação pública, se bem que, no início, apenas para as necessidades extremas do reino - geralmente guerras.

Outros estudiosos consideram que o embrião do orçamento público surgiu na Inglaterra medieval, em 15 de junho de 1215, quando foi assinada e divulgada a Magna Charta Baronorum (Magna Carta) pelo Rei João Sem Terra (King John Lackland), devido às pressões realizadas pelos barões feudais, principais integrantes do Common Council (Conselho Comum), que buscavam limitar o poder de tributar do rei. O artigo 12 determinava que: "Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo Conselho Comum, exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, sagrar seu primogênito cavaleiro e casar sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim deverão ser de valor razoável."

Neste primeiro momento não havia planejamento o que importava era que a despesa estivesse definida. Conforme explica De Castro no orçamento Brasileiro a mudança ocorreu da seguinte forma:

Antes do advento da Lei nº 4.320, de 17/3/64, o orçamento utilizado pelo Governo Federal era o orçamento tradicional. O orçamento clássico se caracterizava por ser um documento de previsão de receita e de autorização de despesas, estas classificadas segundo o objeto de gasto e distribuídas pelos diversos órgãos, para o período de um ano. Em sua elaboração não se enfatizava, primordialmente, o atendimento das necessidades da coletividade e da Administração; tampouco se destacavam os objetivos econômicos e sociais.

A maior deficiência do orçamento tradicional consistia no fato de que ele não privilegiava um programa de trabalho e um conjunto de objetivos a atingir. Assim, dotava um órgão qualquer com as dotações suficientes para pagamento de pessoal e compra de material de consumo e permanente para o exercício financeiro. Os órgãos eram contemplados no orçamento, sobretudo de acordo com o que gastavam no exercício anterior e não em função do que se pretendia realizar (inercialidade).

Para melhor explicitar as diferenças, cabe citar a comparação efetuada por Giacomoni, (2005, p. 159), sobre essas duas técnicas orçamentárias. No orçamento tradicional o autor destacou os seguintes aspectos:

1. O processo orçamentário é dissociado dos processos de planejamento e programação.
2. A alocação de recursos visa à aquisição de meios.
3. As decisões orçamentárias são tomadas tendo em vista as necessidades das unidades organizacionais.
4. Na elaboração do orçamento são consideradas as necessidades financeiras das unidades organizacionais.
5. A estrutura do orçamento dá ênfase aos aspectos contábeis da gestão.
6. Principais critérios classificatórios: unidades.
7. Inexistem sistemas de acompanhamento e medição do trabalho, assim como dos resultados.
8. O controle visa avaliar a honestidade dos agentes governamentais e a legalidade no cumprimento do orçamento.

Com relação ao Orçamento-Programa, o autor traz as seguintes características:

1. O orçamento é o elo de ligação entre o planejamento e as funções executivas da organização
2. A alocação de recursos visa à consecução de objetivos e metas.
3. As decisões orçamentárias são tomadas com base em avaliações e análises técnicas das alternativas possíveis.
4. Na elaboração do orçamento são considerados todos os custos dos programas, inclusive os que extrapolam o exercício.
5. A estrutura do orçamento está voltada para os aspectos administrativos e de planejamento administrativos e elementos.
6. Principal critério de classificação: funcional programático.
7. Utilização sistemática de indicadores e padrões de medição do trabalho e dos resultados
8. O controle visa avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade das ações governamentais.

Para Oliveira (2002, pg. 89), com a passagem para o Orçamento-Programa, ocorre um salto de qualidade na gestão pública, uma vez que o orçamento possibilita a utilização do orçamento como peça de consecução do planejamento, assim:

...deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Através dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos.

Fontenele (2003), além da questão do planejamento, também destaca outras vantagens do orçamento-programa:

Para tanto, de grande importância são os critérios de classificação das contas públicas, pois são utilizados para facilitar e padronizar as informações a serem obtidas. Pela classificação é possível visualizar o orçamento por poder, por instituição, por função de governo, por

programa, por projeto e/ou atividade, ou, ainda, por categoria econômica.

Várias são as razões por que deve existir um bom sistema de classificação no orçamento, a saber:

- 1) facilitar a formulação de programas;
- 2) proporcionar uma contribuição efetiva para o acompanhamento da execução do orçamento;
- 3) determinar a fixação de responsabilidades e
- 4) possibilitar a análise dos efeitos econômicos das ações governamentais.

A lei nº 4.320/64 estabelece a obrigatoriedade de classificação segundo critérios, dentre os quais o da classificação por categoria econômica, cuja importância refere-se ao impacto das ações de governo na conjuntura econômica do país. Ela possibilita que o orçamento constitua um instrumento de importância para a análise e ação de política econômica, de maneira a ser utilizado no fomento ao desenvolvimento nacional, no controle do déficit público etc.

A experiência demonstra, ao longo dos últimos anos, a preocupação em fortalecer a vinculação existente entre planejamento e orçamento. Ao contrário do que ocorria em períodos de altos índices inflacionários, hoje é possível planejar (pelo menos a curto e médio prazo) ações voltadas à realização eficiente de políticas públicas de bem-estar. É a programação orçamentária voltada não só para o controle de gastos, mas também para a avaliação de resultados.

Assim na Lei 4.320/64, que estatuiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, é possível verificar a primeira menção a necessidade de planejamento estabelecida por lei:

Art. 2º. A Lei de Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa, de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade

Além de introduzir a necessidade de planejamento o artigo 2º da lei 4.320/64, sobredito vai dispor do princípio da evidenciação que no conceito de Machado Júnior (2003, p.17), é:

Esclareça-se contudo, que a lei dispõe sobre outro princípio que, em realidade, constitui-se no próprio objetivo do orçamento: o da evidenciação, ou seja, o de revelar com clareza o que o governo pretende realizar para cumprir as suas responsabilidades perante a sociedade.

Como exemplo é possível citar no caso de Santa Catarina a Lei nº 15.722, de 22 de dezembro de 2011, que aprovou o Plano Plurianual para o quadriênio 2012-2015, verifico que no orçamento de investimento das empresas estatais, o Programa 0188, traz o seguinte objetivo e justificativa:

Objetivo Coordenar, implementar e apoiar o desenvolvimento de Parcerias Público-Privadas no Estado de Santa Catarina, prover a geração de investimentos no território catarinense, comprar e vender participações

Justificativa Necessidade de atuação do Governo do Estado no desenvolvimento de meios adequados de planejamento, avaliação e

suporte à viabilização de projetos de investimento de relevância para o desenvolvimento econômico e social do Estado.

Já a Lei nº 15.723, de 22 de dezembro de 2011, que estimou a receita fixando a despesa do Estado para o exercício financeiro de 2012, consignou na sub ação 04.121.188.0204.011679, a realização de três estudos de forma genérica.

Estes procedimentos são conduzidos pela SC Participações e Parcerias S.A. empresa sob a forma de sociedade anônima vinculada ao Gabinete do Governador do Estado de Santa Catarina, que tem dentre outros o coordenar, implementar e apoiar o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de Santa Catarina, sendo lançado o Aviso n.º 001/2012 e 02/2012.

O primeiro diz respeito ao procedimento de manifestação de interesse visando o recebimento de subsídios da iniciativa privada para a definição de alternativas de requalificação e implantação de obras estruturantes visando à melhoria do sistema de transporte, de mobilidade urbana e de acesso à região insular de Florianópolis, a partir da BR 101.

O segundo trata do recebimento de estudos e projetos da iniciativa privada para a definição de alternativas de melhoria/requalificação e/ou implantação de sistemas de transporte, visando à melhoria da mobilidade urbana e de acesso à região insular, através da implantação e operação de sistemas de transporte público de passageiros.

Ao consultar o Plano Plurianual 2012 - 2015 e o orçamento para o exercício de 2012, do Estado de Santa Catarina, não foi localizada dotação para estes procedimentos. Desta forma, foram contrariados os seguintes artigos:

a) Artigo 167, da Constituição Federal, que veda iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, enquanto o § 1º, do mesmo artigo, determina que não deva ser realizado investimento que ultrapasse o exercício financeiro sem que esteja previsto no plano plurianual sob pena de crime de responsabilidade;

b) Artigo 123, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que contém a mesma previsão do item 'a', sobredito;

c) Artigo 5º, § 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, que veda a consignação no orçamento de crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada; e

d) Artigo 20, da lei 4.320/64, que determinam que os investimentos devam ser discriminados de acordo com os projetos.

Cabe ressaltar que, tanto o procedimento de manifestação de interesse originado no setor público como no Setor Privado devem obedecer a estes mandamentos, sendo que no caso da manifestação privada, por não ser decorrente de planejamento do setor público é impossível que atenda as normas sobre o orçamento público das Constituições, Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei 4.320/64.

4 CONCLUSÃO

No Brasil são notórias as tentativas dos governos eleitos democraticamente moldarem as normas as suas necessidades, não sendo raro escutar que com a atual constituição não dá para governar, sendo então, propalada a tese do país ingovernável.

Visando corrigir as normas vigentes, foram aprovadas setenta e três Emendas a Constituição até o ano de 2013, sendo quatro, divididas igualmente entre o governo Collor e Itamar, trinta e cinco no governo Fernando Henrique, vinte e oito no governo Lula e até o momento seis no governo Dilma.

Porém as tentativas de governabilidade, através da adequação de normas também ocorrem no campo infra-constitucional, com o governo utilizando artifícios nem sempre legais para alcançar os seus fins.

Assim foi com a regulamentação do sistema de registro de preço, que até pode ser uma ferramenta de grande praticidade na condução das questões administrativas, mas que traz no seu cerne diversos malefícios e desrespeito as normas vigentes em especial a desnecessidade de ter previsão orçamentária, dada a ausência de necessidade de adquirir o que foi contratado.

No caso em tela, buscou-se demonstrar o esforço dos governos de todas as esferas que editaram Decretos regulamentando disposições que são claramente auto-aplicáveis na tentativa de driblar a Lei 8.666/93, no que diz respeito à licitação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

Estes Decretos autônomos "*ultra legem*", possibilitaram o surgimento do procedimento de manifestação de interesse que pode ser originado tanto no setor público como no setor privado, sendo passíveis de controle difuso de constitucionalidade, estando em voga diversos estudos propalando este sistema, que apesar de ter diversas vantagens traz consigo o "jeitinho brasileiro".

Com relação à questão orçamentária, no Estado de Santa Catarina os procedimentos de manifestação de interesse privados lançados, não observaram o regramento constitucional, da Lei de Responsabilidade fiscal e da Lei 4.320/64, ficando patente a falta de planejamento sobre o que deva ser executado.

5 REFERÊNCIAS

<p>ABRUCIO, Fernando Luiz, O impacto do modelo gerencial na Administração Pública Um breve estudo sobre a experiência internacional recente, Cadernos ENAP 10, Fundação Escola Nacional de Administração, 1997.</p>
<p>ALBUQUERQUE, Célia Maria Oliveira Passos. Terceirização. Informativo de Licitação e Contratos. Ed. São Paulo: Zenite, 1997.</p>
<p>AMARAL JÚNIOR José Levi Mello do, Decreto autônomo: questões polêmicas, Revista jurídica virtual, Volume 5, número 49, jun./2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/artigos/art_Levi.htm>. Acesso em 15 jun. 2013.</p>
<p>_____. Decreto Autônomo - Inovação da Emenda Constitucional n. 32 de 2001, nov/2001. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/indices/IndiceArtigos.htm>. Acesso em 30 abr. 2013.</p>
<p>Bahia, Legislação e benefícios das PPPs. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/noticias/noticia.asp?LCOD_NOTICIA=2977>. Acesso em 23 jun. 2013.</p>
<p>_____. Salvador, Decreto nº 23.936 de 17 de mai. de 2013, Dispõe sobre procedimento de manifestação de interesse - PMI, com vistas à estruturação de estudos e projetos de concessão comum, administrativa ou patrocinada, de permissão, de operação urbana consorciada ou de quaisquer outros modelos contratuais com o município do Salvador. Disponível em: <http://www.leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2013/2393/23936/decreto-n-23936-2013-dispoe-sobre-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-com-vistas-a-estruturacao-de-estudos-e-projetos-de-concessao-comum-administrativa-ou-patrocinada-de-permissao-de-operacao-urbana-consorciada-ou-de-quaisquer-outros-modelos-contratuais-com-o-municipio-do-salvador-2013-05-17.html>. Acesso em: 25 mai. 2013.</p>
<p>Brasil. Agência Nacional de Energia Elétrica, Nota Técnica nº 066/2006-SRT/ANEEL. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2006/007/documento/aneo_vi-outras_receitas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2011</p>
<p>_____. Agência Nacional de Energia Elétrica, Contrato PBOA/SPB nº 159/2011-ANATEL. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=262434&assuntoPublicacao=%20&caminhoRel=Início-Biblioteca-Apresentação&filtro=1&documentoPath=262434.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011</p>
<p>_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2013</p>
<p>_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.</p>
<p>_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.</p>

Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 27 ago. 2013.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 27 ago. 2013.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 27 ago. 2013.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 27 ago. 2013.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto nº 2.521, de 20 de mar. de 1998. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto nº 5.977 de 1º de dez. de 2006. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto nº 6.017, de 17 de jan. de 2007. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto nº 7.365, de 09 de jun. de 2011. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto nº 7582, de 16 de ago. de 1999. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fev. de 1967. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 02 fev. 2013.
_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, Ministério dos Transportes realiza audiência pública sobre concessões de rodovias , Brasília 2004. Disponível em: < http://www1.dnit.gov.br/imprensa/resultInfo.asp?id=911 >. Acesso em: 03 set. 2013.
_____. Lei nº 4.320, de 17 de mar. de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 20 mar. 2013.
_____. Lei nº 8.080, de 19 de set. de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 18 abr. 2013.
_____. Lei nº 8.666, de 21 de jun. de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 14 mar. 2013.
_____. Lei nº 8.987, de 13 de fev. de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 10 fev. 2013.
_____. Lei nº 9.074, de 18 de Jan. de 2005. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 25 mai. 2013.
_____. Lei nº 9.276, de 9 de mai. de 1996. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 1996/1999 e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 17 mar. 2013.

<p>_____. Lei nº 9.307, de 23 de set. de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 9.394, de 20 de dez. de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 9.472, de 16 de jul. de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 mar. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 9.637, de 15 de mai. de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 abr. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 9.649, de 27 de mai. de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 jan.. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 9.790, de 23 de mar. de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 fev.2013.</p>
<p>_____. Lei nº 10.233, de 5 de jun. de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 11.079, de 30 de dez. de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 11.107, de 6 de abr. de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 11.445, de 5 de jan. de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dez. de 1979, 8.036, de 11 de mai. de 1990, 8.666, de 21 de jun. de 1993, 8.987, de 13 de fev. de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de mai. de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2013.</p>
<p>_____. Lei 12.527, de 18 de nov. de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dez. de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de mai. de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de jan. de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 12.787, de 11 de jan. de 2013. Dispõe sobre a Política</p>

<p>Nacional de Irrigação; altera o art. 25 da Lei nº 10.438, de 26 de abr. de 2002; revoga as Leis nºs 6.662, de 25 de jun. de 1979, 8.657, de 21 de mai. de 1993, e os Decretos-Lei nºs 2.032, de 9 de jun. de 1983, e 2.369, de 11 de nov. de 1987; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 mai.2013.</p>
<p>_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de mai. de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2013.</p>
<p>_____. Lei Complementar Federal nº 131, de 27 de mai. de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de mai. de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 mai. 2013.</p>
<p>_____. Ministério de Estado da Saúde. Contrato de gestão s/nº. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/biblioteca/pasta.2010-12-08.3617032145/pasta.2010-04-08.8586550461/pasta.2010-04-08.7843976944/ANS_2009.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2011</p>
<p>_____. Supremo Tribunal Federal, ADIn 3670/DF. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729135/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3670-df>. Acesso em: 26 de mai. 2013.</p>
<p>_____. Supremo Tribunal Federal, RE 547063/RJ. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568633>. Acesso em: 16 de mai. 2013.</p>
<p>_____. Supremo Tribunal Federal, ADIn 4.152/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/apdm2t6>. Acesso em 28 de abr. 2013.</p>
<p>_____. Supremo Tribunal Federal, ADIn 996-MC/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28996%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kocnv3n>. Acesso em 28 de abr. 2013.</p>
<p>_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 3.059-1 MC/RS. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387223>. Acesso em: 12 de jun. 2013.</p>
<p>_____. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 537/2006. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060328/TC-005-250-2002-2.doc>. Acesso em: 11 de jun. 2013.</p>
<p>_____. Acórdão 89/2000 Plenário. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contra_tos/15%20Fase%20Interna.pdf>. Acesso em 10 de mai. 2013.</p>
<p>CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber e a</p>

Sociologia Brasileira. – Revista de Ciências Sociais. Rio de Jan., v. 46, n.º 1, 2003.
CARVALHO FILHO, José dos Santos: Curso de Direito Administrativo. Rio de Jan.: Lúmen Júris, 1999.
CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de, Regulação de serviços públicos, na perspectiva da constituição econômica brasileira. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
CEARÁ, Decreto nº 30.328, de 27 de set. de 2010. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público - privadas, nas modalidades: patrocinada e administrativa. Disponível em: < http://www.seplag.ce.gov.br/images/stories/Planejamento/Parcerias-Publico-Privadas/Decreto30328-27set10-ManifestacaoInteresse-DOE%2021-DEZ-10.pdf >. Acesso em 17 de mai. 2013.
_____. Fortaleza, Decreto nº 13.158, 14 de mai. de 2013. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público - privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/ce/f/fortaleza/decreto/2013/1315/13158/decreto-n-13158-2013-institui-o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-em-projetos-de-parcerias-publico-privadas-nas-modalidades-patrocinada-e-administrativa-2013-05-14.html >. Acesso em 19 jun 2013
CONFORTO Glória, Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. Revista de Administração Pública. Rio de Jan.: v. 32, 1998.
COSTA Luiz Bernardo Dias, Terceirização na Administração Pública, Doutrina - 52/131/JAN/2005, Editora Zênite
DE CASTRO, Róbison Gonçalves, Processo orçamentário brasileiro. Disponível em: < http://apostilas.netsaber.com.br/apostilas/998.doc >. Acesso em 10 abr. 2013.
DI PIETRO , Maria Sylvia Zanella: Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 25.ª ed. 2012.
_____. Maria Sylvia Zanella: Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 4.ªed. 2002.
DIAS, Reinaldo. Tópicos Atuais em Administração: Quarteirização. São Paulo: Alínea,1998
Faccioni. Victor José, A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Licitações e Contratos, Seminário responsabilidade na gestão pública: os desafios dos municípios, Brasília 2007. Disponível em:< victorfaccioni.com.br/atricon/palestras_artigos/pales_lrfxlicitacao.doc >. Acesso em 19 jul. 2013.
FAORO Raymundo. Os donos do poder. 13ª ed. Rio de Jan.: Globo, 1998.
FERREIRA, Pinto: Comentários à Constituição Brasileira. v. III. São Paulo: Saraiva, 1992
Fontenele, Alysso Maia, O orçamento público no Brasil: uma visão geral, 2003. Disponível em < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3738 >
FURTADO, Lucas Rocha, O Decreto Autônomo e a EC 32/2001, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 21 - JAN-FEV/2003.
GIACOMONI, James. Orçamento Público. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
GOIÁS, Decreto nº 7.365, de 09 de jun. de 2011. Dispõe sobre a instituição de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-

<p>privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo. Disponível em: < http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_decretos.php?id=8452>. Acesso em 01 abr. 2013.</p>
<p>_____. Goiânia, Decreto nº 3.598 de 04 de jul. de 2013. Dispõe sobre o procedimento de manifestação de interesse - PMI em Projetos de Parcerias Público-Privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa e em projetos de concessão comum e permissão de serviços públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/Download/legislacao/diariooficial/2013/do_20130705_000005626.pdf>. Acesso em 15 jul 2013.</p>
<p>GONTIJO Vander, Origens do Orçamento, 2004. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/orcamentobrasil/cidadao/entenda/cursopo/origens.html>. Acesso em 15 mai. 2013.</p>
<p>GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.</p>
<p>GUIMARÃES, Flávio Barcellos Manual de desburocratização e desregulamentação: como tornar burocracias ineficientes em eficiente e com isso facilitar o desenvolvimento da atividade empreendedora em seu município. Coordenação, Jefferson Ney Amaral. – Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2008. Disponível em: <http://www.sebraemg.com.br/arquivos/leigerall/Manual%20de%20Desburocratiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20Desregulamenta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Vol.%205%20-%20vers%C3%A3o%20final%20-05-02-09.pdf>. Acesso em 19 jul.2013.</p>
<p>Instituto Mineiro de Gestão das Águas. Contrato de Gestão nº 001/2009. Disponível em: <http://www.igam.mg.gov.br/images/stories/cobranca/novomenu/agencia/contrato_gestao/contrato-de-gestao-001-09-igam-consorcio-pcj.pdf>. Acesso em 12 fev. 2013</p>
<p>JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.</p>
<p>LUPORINI, Teresa Jussara, Educação polonesa: Os fundamentos da educação escolar étnica revisitados, IX Seminário nacional de estudos e pesquisas “história, sociedade e educação no Brasil, Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa – 31/07 a 03/08/2012 – Anais Eletrônicos. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario9/PDFs/2.64.pdf>. Acesso em 09 jul. 2013.</p>
<p>MACHADO JÚNIOR J. Teixeira e REIS, Heraldo da Costa, 2003A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal, 31 a.edição, 2003,IBAM.</p>
<p>MATO GROSSO, Decreto nº 926, de 28 de dez. de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI - destinado a orientar a participação da iniciativa privada para inclusão de Projetos no Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: < http://www.normasbrasil.com.br/norma/decreto-926-2011-mt_133856.html>. Acesso em: 13 mai. 2013.</p>
<p>MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª Ed. São</p>

Paulo: Malheiros, 15ª Ed. 2007.
_____. Direito de Construir , São Paulo Malheiros, 1993.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo . São Paulo: Malheiros, 2003.
MENEGHETTI Francis Kanashiro. Trabalho e educação em Maurício Tragtenberg . Tese de doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. UFPR, 2009.
MING, Celso, As PPPs não decolaram, mar. de 2011 . Disponível em: < http://blogs.estadao.com.br/celso-ming/2011/03/05/as-ppps-nao-decolaram >. Acesso em: 24 jun. 2013.
NETO, Mario Queiroz Guimarães & BATISTA, Adrian Machado Procedimento de manifestação de interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada , III Congresso Consad de Gestão Pública. 15, 16 e 17 de mar. de 2010, Centro de Convenções. Ulysses Guimarães, Brasília/DF, Disponível em: < http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf >. Acesso em: 20 jul. 2013.
NOBRE, Veimar Cezar de Souza, Porque as parcerias público-privadas não decolam no Brasil , Revista Portuária – Economia e Negócios, mai. de 2008, Disponível em: < http://www.revistaportuaria.com.br/site/ >. Acesso em: 24 jul. 2013.
OLIVEIRA, Régis Fernandes; HORVATH, Estevão. Manual de Direito Financeiro . 2002, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,.
PEREGRINO Fernando Otávio de Freitas (2009) A nova administração pública no Brasil (1995/2009): Uma avaliação do modelo de organização social na área da ciência & tecnologia , Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção. COPPE da Universidade Federal do Rio de Jan. – RJ, Disponível em: < http://cbpfindex.cbpf.br/publication_pdfs/TESE060809-vF.2009_11_05_18_30_30.pdf >. Acesso em: 22 jul. 2013.
PEREIRA, Bruno Ramos e PROL, Flávio Marques, 1ª Edição do Banco de Dados das PPPs , Disponível em: < http://pppbrasil.com.br/portal/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%201%20-%20Banco%20de%20dados%20das%20PPPs%20-%20Final%20v2.pdf >. Acesso em: 24 jul. 2013.
PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Da Administração pública burocrática à gerencial . Revista do Serviço Público, Brasília, n.1, jan./mar. 1998.
_____. "Do estado patrimonial ao gerencial". Brasil: Um Século de Transformações , organizado por Paulo Sérgio Pinheiro, Ignacy Sachs e Jorge Wilhelm. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, Disponível em < www.bresserpereira.org.br >. Acesso em 02 ago. 2011.
_____. Restrição Democrática na Reforma da Gestão Pública . Disponível em: < http://www.bresserpereira.org.br/papers/2002/02-75Restri%C3%A7%C3%A3oDemocratica.p.pdf >. Acesso em 05 jun. 2013.
RAMOS, Dora Maria de Oliveira, Terceirização na Administração Pública , Doutrina / Parecer / Comentários - 216/93/NOV/2001, Editora Zênite
RIBEIRO, Thaísa Juliana Sousa, As parcerias público-privadas e o procedimento de manifestação de interesse da iniciativa privada (PMI) ,

<p>2012, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21876/as-parcerias-publico-privadas-e-o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-da-iniciativa-privada-pmi#ixzz2a9vzQx5C>. Acesso em 15 abr. 2013.</p>
<p>RIO DE JANEIRO. Decreto nº 43.277, de 07 de nov. de 2011. Regulamenta o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos apresentados pela iniciativa privada para inclusão no programa estadual de parcerias público-privadas - PROPAP, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.lexlegis.com.br/leitor_oficial/n1923/decreto-43277_rj.htm>. Acesso em: 08 jan 2013</p>
<p>_____. Fundação Centro de Ciências e Educação Superior à Distância do Estado do Rio de Janeiro. Edital de pregão eletrônico nº 08/2013. Disponível em: http://www.cederj.edu.br/fundacao/index.php?option=com_content&view=article&id=464:edital-pregao-no-082013-prestacao-de-servico-de-duplicacao-de-arquivo-digital-em-midia-pen-drive-com-fornecimento-de-material&catid=2:licitacoes&Itemid=8>. Acesso em 20 ago. 2013.</p>
<p>RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ação direta de inconstitucionalidade Nº 70049865454, Disponível em:< http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22595735/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-70049865454-rs-tjrs>. Acesso em 14 de mai. 2013.</p>
<p>ROCHAEL, Carlos Henrique Reis. As agências de regulação brasileiras. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 697, 2 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6822>. Acesso em: 04 set. 2011.</p>
<p>ROSSETTI, J. P. & Lopes, J. C. Moeda e Bancos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1983.</p>
<p>SALAMON, Lester M. & ANHEIER, Helmut K. Defining the nonprofit sector: A crossnational analysis. Manchester: Manchester University Press, 1997</p>
<p>SAMPAIO, Ricardo Alexandre, Terceirização – um retrato da aplicação desse instituto na administração pública, Terceirização - 277/217/MAR/2012, Editora Zênite</p>
<p>SANTA CATARINA. Decreto nº 962, de 8 de mai. de 2012. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada e estabelece outras providências. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2012/000962-005-0-2012-003.htm>. Acesso em 25 abr 2013.</p>
<p>_____. Lei nº 13.721, de 16 de mar. de 2006. Autoriza o Poder Executivo a delegar serviços públicos na área de trânsito e estabelece outras providências. Disponível em: < http://www.detran.sc.gov.br/legislacao/lei13721_06.htm>. Acesso em: 01 mai 2013</p>
<p>_____. Lei nº 15.723, de 22 de dez. de 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2013</p>
<p>_____. Lei nº 15.722, de 22 de dez. de 2011. Aprova o Plano Plurianual para o quadriênio 2012-2015 e adota outras providências. Disponível em: < http://www.tjsc.jus.br/adm/financas/PPA%202012-2015%20-Texto.pdf>. Acesso em 12 fev 2013.</p>
<p>_____. Criciúma, Lei nº 3895, de 15 de out. de 1999. Dispõe sobre o transporte de escolares do município de Criciúma e dá outras providências.</p>

Disponível em: < http://cm-criciuma.jusbrasil.com.br/legislacao/985824/lei-3895-99 >. Acesso em 12 jul 2012.
_____. Florianópolis, Lei Complementar nº 34, de 26 de fev. de 1999 . Dispõe sobre o sistema de transporte coletivo de passageiros no município de Florianópolis e dá outras providências. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/1999/3/34/lei-complementar-n-34-1999-dispoe-sobre-o-sistema-de-transporte-coletivo-de-passageiros-no-municipio-de-florianopolis-e-da-outras-providencias-2013-05-29.html >. Acesso em: 01 mai 2013.
_____. Rio do Sul, Lei nº 5241, de 14 de dez. de 2011 . Dispõe sobre a criação e regulamentação do serviço crematório no município de Rio do Sul. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/sc/r/rio-do-sul/lei-ordinaria/2011/524/5241/lei-ordinaria-n-5241-2011-dispoe-sobre-a-criacao-e-regulamentacao-do-servico-crematorio-no-municipio-de-rio-do-sul-2011-12-14.html?wordkeytxt=5241 >. Acesso em: 26 mai 2013.
_____. Chapecó, Decreto nº 7582, de 16 de ago. de 1999 . Outorga permissão para a exploração dos serviços públicos de transporte escolar e dá outras providências. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/sc/c/chapeco/decreto/1999/758/7582/decreto-n-7582-1999-outorga-permissao-para-a-exploracao-dos-servicos-publicos-de-transporte-escolar-e-da-outras-providencias-1999-08-16.html?wordkeytxt=7582 >. Acesso em: 13 mai 2013.
_____. Chapecó, Lei nº 4128, de 18 de abr. de 2000 . Dispõe sobre a organização, prestação e exploração do serviço público municipal de transporte individual de passageiros, através de veículo automotor do tipo motocicleta e dá outras providências. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/sc/c/chapeco/lei-ordinaria/2000/412/4128/lei-ordinaria-n-4128-2000-dispoe-sobre-a-organizacao-prestacao-e-exploracao-do-servico-publico-municipal-de-transporte-individual-de-passageiros-atraves-de-veiculo-automotor-do-tipo-motocicleta-e-da-outras-providencias-2008-04-11.html?wordkeytxt=4128 > Acesso em: 13 mai 2013.
_____. Chapecó, Lei nº 5381, de 11 de abr. de 2008 . Institui o uso de identificação e equipamentos para motociclistas prestadores de serviços, no município de Chapecó, Estado de Santa Catarina. Disponível em: < http://www.leismunicipais.com.br/a/sc/c/chapeco/lei-ordinaria/2008/538/5381/lei-ordinaria-n-5381-2008-institui-o-uso-de-identificacao-e-equipamentos-para-motociclistas-prestadores-de-servicos-no-municipio-de-chapeco-estado-de-santa-catarina-2011-04-18.html?wordkeytxt=5381 >. Acesso em 21 abr. 2013.
_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Prejulgado nº 1776 . Florianópolis, 02 de set. de 2002. Disponível em: < http://consulta.tce.sc.gov.br >. Acesso em: 23 mai 2011.
_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Tribunal de Contas: 50 anos de história . Tribunal de Contas, 2006.
SÃO PAULO. Decreto nº 48.867, de 10 de ago. de 2004 . Regulamenta a Lei nº 11.688, de 19 de mai. de 2004, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP e dá outras providências Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=51518 >. Acesso em 25 mar.

2013.
_____. Decreto nº 57.289, de 30 de ago. de 2011. Altera o Decreto nº 48.867, de 10 de ago. de 2004, para detalhar o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias-Público Privadas - PPP, e dá providências correlatas. Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto%20n.57.289,%20de%2030.08.2011.htm >. Acesso em 25 de mar. 2013.
_____. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 0015449-91.2006.8.26.0000 , Disponível em: < http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do >. Acesso em: 15 abr. 2013.
SERGIPE, Lei nº 6.299 de 19 de dez. de 2007. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas de Sergipe - PROPPPSE, e dá providências correlatas. Disponível em: < http://www.saude.se.gov.br/userfiles/lei_6299_de_19_dez_2007__institui_o_programa_de_ppp_sergipe.pdf >. Acesso em 16 ago 2013.
Silvano Silvério da Costa, A Lei 11.107/2005 e a gestão associada dos serviços públicos de manejo dos resíduos sólidos , Disponível em: < http://www.abes-dn.org.br/OutrosEventos.php >. Acesso em 21 de abr. 2013.
TÁCITO, Caio, Direito Administrativo , São Paulo: Saraiva 1975
VIEIRA Rejane Esther, Administração pública de caráter democrático participativo no estado de direito no Brasil: o novo serviço público face a constituição de 1988 , Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Volume 4, 2008
WEBER Max, Economia e sociedade . São Paulo: UNB, 2004.