

FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ JÚNIOR ALVES DA SILVEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA: As Parcerias Público-Privadas dos serviços de iluminação pública no âmbito municipal

Uberlândia - MG
2019

JOSÉ JÚNIOR ALVES DA SILVEIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E
GOVERNANÇA: As Parcerias Público-Privadas dos serviços de iluminação pública no
âmbito municipal**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa 1 - Tutela Jurídica e Políticas Públicas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

S587 Silveira, José Junior Alves da, 1986-
2019 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E
GOVERNANÇA [recurso eletrônico] : As Parcerias Público-Privadas
dos serviços de iluminação pública no âmbito municipal / José
Junior Alves da Silveira. - 2019.

Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Pós-graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2019.2477>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Melo, Luiz Carlos Figueira de , 1958-, (Orient.). II.
Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 129, PPGDI				
Data:	Doze de dezembro de dois mil e dezenove	Hora de início:	11:00	Hora de encerramento:	13:00
Matrícula do Discente:	11812DIR010				
Nome do Discente:	José Junior Alves da Silveira				
Título do Trabalho:	O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO MUNICIPAL				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais				

Reuniu-se no Sala 309, Bloco 3D, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Daniel Barile da Silveira - Unimar/Marília; Cristiano Gomes de Brito - UFU; Luiz Carlos Figueira de Melo - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Luiz Carlos Figueira de Melo, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(as) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Cristiano Gomes de Brito, Professor(a) do Magistério Superior**, em 15/12/2019, às 17:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Figueira de Melo, Presidente**, em 18/12/2019, às 21:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **DANIEL BARILE DA SILVEIRA, Usuário Externo**, em 19/12/2019, às 10:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1758987** e o código CRC **57A350B7**.

À minha querida esposa, Alice, pelo carinho e o apoio
que recebo de você diariamente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Pai pela oportunidade e a condição de mais um trabalho. O caminho não foi fácil, as dificuldades foram imensas, mas certamente contribuíram para o meu crescimento enquanto pessoa e profissional.

Agradeço a toda a minha família simplesmente por saber que posso contar com vocês em todas as ocasiões. Obrigado pela constante presença, mesmo distantes.

Agradeço ao grande Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo por aceitar me orientar, contribuindo de maneira essencial no desenvolvimento do trabalho, com toda a atenção, presteza e paciência que lhe é peculiar, e por me abrir a sua biblioteca, o que muito ajudou nessa pesquisa. Além disso, com os encontros e as orientações que tivemos nesse período, o Prof. Figueira se tornou um grande amigo e referência de profissional para mim.

Agradeço aos professores e aos colegas da X Turma do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, pelas ricas discussões e reflexões que me proporcionaram nesse período, contribuindo para o aprimoramento da pesquisa, principalmente por me fazer pensar o Direito em uma nova perspectiva, como verdadeira ferramenta de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional.

Agradeço aos colegas da Prefeitura Municipal de Uberlândia pelas lutas diárias compartilhadas, e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa buscou analisar os contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs), regidos pela Lei nº 11.079/2004, celebrados pelos municípios, transferindo-se à iniciativa privada a responsabilidade pela prestação dos serviços de iluminação pública. Não há dúvidas sobre à essencialidade desses serviços e o impacto que eles representam à melhoria da qualidade de vida das pessoas, tendo em vista o seu vínculo direto com as taxas de criminalidade e mobilidade urbana no período noturno. A partir da resolução nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), os municípios foram obrigados a assumirem os ativos relacionados à iluminação pública, e, diante de um cenário de contingenciamento dos gastos públicos e de ausência de expertise na execução de tais serviços, eles vêm buscando parcerias com o capital privado para investimentos nesse setor de infraestrutura. Atualmente, o segmento da iluminação pública lidera os projetos de PPPs em andamento no país. Considerando a vultuosidade de recursos públicos e a longevidade desse modelo de contratação, justifica-se o seu estudo à luz do direito fundamental à boa administração pública e à governança para que possa aperfeiçoar essas relações contratuais. Afinal, até que ponto essas parcerias atendem ao direito fundamental à boa administração e à governança? Verifica-se, portanto, que o tema é atual e ultrapassa as fronteiras dos debates acadêmicos e retóricos. Assim, pretende-se demonstrar a compatibilidade das PPPs dos serviços de iluminação pública com o direito fundamental à boa Administração Pública, porém, necessitando de melhorias a serem implementadas na legislação que rege a matéria, bem como nos respectivos contratos dela decorrentes. Realizou-se a investigação de base teórica, utilizando-se a metodologia de revisão bibliográfica sobre os temas expostos.

Palavras-chave: Parcerias público-privada. Serviços de iluminação pública. Direito fundamental à boa Administração Pública. Governança.

ABSTRACT

This paper analyses public-private partnerships (PPPs) contracts established by Law Number 11.079/2004, signed by municipalities, transferring to private enterprises responsibility of providing street lighting. There is no doubt that this is an essential service, as well as it surely improves citizen's quality of life, since it is directly linked to crime rates and to urban mobility at night. Since Brazilian Electricity Regulatory Agency's Resolution Number 414/2010 came into effect, municipalities are obliged to take over the assets related to street lighting, and, owing to the contingency of public spending and to the lack of expertise in the execution of this service, they have been looking for partnerships with private capital to invest in this infrastructure sector. Currently, the street lighting segment leads PPPs projects underway in the country. Taking into consideration the large amount of public funds and that it is a long-term contract model, the present analysis is justified by the fundamental right to good governance and public administration in order to improve these contractual partnerships. After all, how far these partnerships fulfill the fundamental right to good governance and public administration? Thus, this subject is current and goes beyond academic and rhetorical debates. Therefore, this paper aims to demonstrate the compatibility between PPPs of street lighting services and fundamental right to Public Administration, but in need of improvements in legislation on this subject, as well as on respective contracts. The research carried out a theoretical framework, with the literature review methodology on the approached subjects.

Palavras-chave: public-private partnerships. Street lighting services. Fundamental right to good governance and public administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A GOVERNANÇA NO ÂMBITO PÚBLICO: A função administrativa no século XXI	15
2.1 Aspectos históricos: contextualização do tema	15
2.2 A doutrina <i>New Public Management</i>.....	19
2.3 A noção de boa Administração Pública como direito fundamental.....	21
2.4 Políticas públicas e o direito fundamental à boa administração	25
2.5 O dever constitucional de planejamento como corolário do direito fundamental à boa administração.....	28
2.6 Governança	30
2.7 Democratização da função administrativa e os direitos fundamentais	37
2.8 Governança, Governabilidade e <i>Accountability</i>	42
2.9 Administração Pública Digital	45
2.10 A contratualização administrativa e a governança	49
2.11 Boa governança: direito fundamental autônomo ou conteúdo do direito fundamental à boa Administração Pública?.....	52
2.11.1 <i>Os direitos fundamentais na ordem constitucional de 1988</i>	52
2.11.2 <i>Boa governança.....</i>	56
3 O SISTEMA JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL...60	
3.1 Contextualização das Parcerias Público-Privada (PPP) no Brasil	60
3.2 O regime jurídico da parceria público-privada (PPP) no direito brasileiro.....	63
3.3 O sistema de garantias nos contratos de PPPs.....	66
3.3.1 <i>Vinculação de receitas.....</i>	67
3.3.1.1 <i>Constitucionalidade da vinculação de receitas</i>	69
3.3.1.2 <i>A vinculação de receitas na visão do Poder Público e do particular</i>	70
3.3.2 <i>Utilização de fundos especiais</i>	72
3.3.3 <i>Seguro-garantia contratado junto a seguradoras não controladas pelo Poder Público</i>	74
3.3.4 <i>Garantias prestadas por organismos internacionais ou por instituições financeiras não controladas pelo Poder Público</i>	77
3.3.5. <i>Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade</i>	80

3.3.5.1 Fundos Garantidores.....	81
3.3.5.2. Empresas Estatais	85
3.3.6 <i>Outras garantias</i>	86
3.4 O processo licitatório para celebração de PPP	89
4 AS PPPS NOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.....	100
4.1 Aspectos históricos dos serviços de iluminação pública.....	100
4.2 A natureza jurídica dos serviços de iluminação pública.....	102
4.2 A responsabilidade pela prestação dos serviços de iluminação pública	105
4.3 A celebração de parcerias público-privadas do serviço de iluminação pública pelos Municípios	108
4.4 O custeio dos serviços de iluminação pública	111
4.5 Os principais desafios para a celebração de PPPs dos serviços de iluminação pública no âmbito municipal.....	114
4.5.1 <i>A incapacidade institucional (técnica) do quadro administrativo municipal para avaliar tecnicamente os projetos de PPP de iluminação pública.....</i>	115
4.6 Estruturação de projetos de PPP de Iluminação Pública	120
4.7 A figura do Verificador Independente	124
4.8 Aspectos relevantes dos contratos de PPPs de iluminação pública	130
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS	140

1 INTRODUÇÃO

Já vai longe a época em que as candeias penduradas em raros e privilegiados pontos constituíam o único meio de iluminar os logradouros públicos, sem maiores preocupações de ordem técnica ou urbanística. A iluminação pública no Brasil remonta ao século XVIII, mesmo que precariamente com o uso de luminárias de iluminação externa, sobressaindo o aspecto decorativo, instaladas nas portas de edifícios públicos e residências de pessoas mais abastadas.

Mudou-se bastante desde então, e a iluminação pública assume um papel importante na sociedade contemporânea, essencial para o desenvolvimento e a urbanização das cidades. É um serviço universal, que atinge a população como um todo, independentemente da classe social, pois, por meio dele, temos a iluminação das ruas, das praças, dos parques e dos espaços públicos em geral, contribuindo para a redução da criminalidade e para o aumento da segurança dos transeuntes. A iluminação pública possibilitou o prolongamento dos horários de utilização dos espaços públicos pelas pessoas e, consequentemente, a proliferação de espaços noturnos.

Além disso, a iluminação pública contribuiu para a mudança de hábitos e horários das pessoas, sendo indispensável à vida moderna. Ela está diretamente ligada à segurança pública, à prevenção da criminalidade, ao embelezamento das áreas urbanas, ao destaque e à valorização de monumentos, prédios, praças, paisagens, permitindo um maior aproveitamento das áreas de lazer. Portanto, a melhoria na prestação do serviço de iluminação pública traduz-se em desenvolvimento das cidades, favorecendo o turismo, o comércio, o lazer noturno, enfim, fomenta a exploração de atividades lícitas à noite.

A iluminação pública, destarte, é um serviço público, periódico e contínuo, além de ser indispensável à vida moderna e à qualidade de vida das pessoas, caracterizando-se como instrumento de cidadania, pois possibilita que elas desfrutem plenamente dos espaços públicos no período noturno.

A modernização dos parques de iluminação pública, mediante a substituição dos equipamentos compostos por lâmpadas de vapor de mercúrio e vapor de sódio, ainda predominantes na maioria das cidades brasileiras, impactam positivamente no meio ambiente. Por isso, a relevância de um bom planejamento e uma adequada gestão dos serviços de iluminação pública, os quais podem contribuir também para uma redução dos impactos ambientais com a utilização de tecnologias menos ofensivas ao meio ambiente e mais sustentáveis, além de resultar em uma economia no consumo de energia elétrica.

Com isso, gera uma melhoria na qualidade e na eficiência da rede de iluminação pública, resultando, além da redução no consumo de energia elétrica, no aumento da vida útil com uso de novas tecnologias e na eficiência no dispêndio público. Em época de escassez de recursos naturais e na premente necessidade de preservação do meio ambiente, espera-se, mais do que nunca, uma postura do Poder Público na tutela desse patrimônio indispensável à sobrevivência e à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Ocorre que, historicamente, no Brasil, os serviços de implantação, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública eram prestados pelas próprias concessionárias de energia elétrica, mesmo que o custeio por tais serviços fosse de responsabilidade dos municípios. Por essa razão, vários municípios instituíram a contribuição para o custeio de iluminação pública, com fundamento no art. 149-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 39/2002.

Com a resolução nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tornou-se obrigatória a transferência aos municípios de todos os ativos relacionados à iluminação pública, estipulando-se como prazo final a data de 31 de dezembro de 2014.

A realidade enfrentada pela maioria dos municípios, senão todos, foi de receber um parque de iluminação pública sucateado, com tecnologias ultrapassadas, que geram um grande consumo de energia elétrica e um alto custo de manutenção. Para reverter essa situação e modernizar os seus parques de iluminação pública, necessário se faz investimentos iniciais de elevada monta, o que acaba encontrando barreiras com o atual déficit fiscal dos municípios.

Outra questão enfrentada pelos municípios foi a ausência de expertise e *know-how* necessários à prestação desses serviços, pois, até então, eram executados pelas concessionárias de energia elétrica. Assumiram a responsabilidade pelos ativos de iluminação pública, mas sem experiência e conhecimento técnico para prestar os serviços.

Nesse cenário, ganha força a opção pelo modelo de parceria público-privada, transferindo ao particular a responsabilidade pelos investimentos necessários à modernização e adequação dos atuais parques às normas técnicas que disciplinam a iluminação pública, como, por exemplo, a NBR nº 5101 da ABNT, bem como a operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública ao longo do contrato, de acordo com a lógica e a dinamicidade da iniciativa privada. Estipula-se um prazo que seja suficiente para a amortização dos investimentos ao longo do contrato.

O crescimento desses projetos de PPPs aconteceu mormente a partir do ano de 2015, quando os municípios, de fato, receberam os ativos da iluminação pública. E, hoje, considerando as diversas etapas até se chegar à execução contratual, como a abertura de

procedimento de manifestação de interesse, estruturação do projeto, licitação e assinatura do contrato, o segmento da iluminação pública lidera os projetos de PPPs em andamento no país.

Por essa razão, justifica-se a análise desses contratos à luz do direito fundamental à boa Administração Pública e à governança, que, hodiernamente, tanto se discute na seara do Direito Administrativo.

Entende-se por direito fundamental à boa administração como sendo o direito do cidadão a uma Administração Pública “eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”¹ e “digital”².

Portanto, é de suma relevância o desenvolvimento do conteúdo desse direito fundamental para que possa contribuir para o aperfeiçoamento dessas contratações, que por sua natureza, são celebradas por longo prazo, e vão impactar por muitos anos em um serviço público essencial à qualidade de vida das pessoas.

Hoje, espera-se um novo perfil da Administração Pública, exigindo-se uma maior proximidade com o cidadão, uma relação mais aberta, dialógica e horizontal, em contraponto àquelas vetustas características da imperatividade, verticalidade e autoritariedade. Passa a ser um instrumento de concretização dos direitos fundamentais, imprescindível para se alcançar o projeto de desenvolvimento social previsto na Carta Constitucional. Essa nova Administração Pública, portanto, converte-se em realizadora da justiça material, a qual, por meio do oferecimento de prestações, propicia um ambiente favorável ao exercício das liberdades individuais.

Com a redemocratização e a construção de uma nova ordem constitucional a partir de 1988, alicerçada na atuação incisiva do Estado com o propósito de reduzir as desigualdades sociais e concretizar efetivamente os direitos sociais insculpidos como valores fundamentais, torna-se imperioso o desenvolvimento da infraestrutura pública para possibilitar ao cidadão a adequada prestação dos serviços públicos.

Para realizar essas desafiadoras e árduas tarefas, ao Estado cabe buscar parcerias com o setor privado, por meio das quais, sem lhe retirar a titularidade de suas funções, permite desincumbir-se da realização de uma série de atividades em regime de plena colaboração.

¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

² Adjetivo acrescentado por Juarez Freitas, por ocasião da palestra intitulada “Controle das políticas públicas: ferramentas inovadoras”, proferida no XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Florianópolis, 18 set. 2018.

Diante dessa evolução institucional, esses métodos de atuação administrativa surgem como verdadeiros instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, como o atual movimento de muitos municípios brasileiros em celebrar parcerias para a transferência da prestação dos serviços de iluminação pública à iniciativa privada.

Não só nos municípios, mas as parcerias público-privadas já se tornaram uma realidade em nosso país em todas as esferas governamentais. A Administração Pública, buscando atender às necessidades de infraestrutura e às crescentes demandas da sociedade (saúde, educação, moradia, saneamento e demais serviços públicos) e diante da ausência de recursos e da contenção de gastos públicos, resta buscar parcerias e novas formas de investimentos com a iniciativa privada.

A conta é inversamente proporcional. Enquanto a demanda por serviços públicos aumenta cada vez mais nas diversas áreas, a situação fiscal dos municípios vem reduzindo a cada dia, o que acaba impactando na execução das políticas públicas.

Portanto, a questão a ser investigada com a presente pesquisa gira em torno de se descobrir até que ponto a opção adotada pelos municípios em celebrar PPPs para os serviços de iluminação pública atende ao direito fundamental à boa Administração Pública e à governança. E, além disso, almeja-se investigar em que o conteúdo desse direito fundamental pode contribuir para o aprimoramento dessas relações contratuais.

O tema é atual e ultrapassa as fronteiras dos debates acadêmicos e retóricos, pois, estamos assistindo a um verdadeiro movimento de vários municípios do país, principalmente os de grande e médio porte, em buscar parcerias com o capital privado para a transferência dos serviços de iluminação pública.

Para cumprir o objetivo desta pesquisa, realizou-se a investigação de base teórica, com compilação e revisão bibliográfica sobre os temas expostos, com foco na análise de textos nacionais e estrangeiros.

Pretende-se demonstrar, com a realização da pesquisa, a compatibilidade das PPPs dos serviços de iluminação pública com o direito fundamental à boa Administração Pública, porém, necessitando de alguns ajustes nestas contratações. Almeja-se, com isso, apresentar alternativas e melhorias a serem implementadas na legislação que rege a matéria das parcerias público-privadas, bem como nos respectivos contratos dela decorrentes.

Desse modo, para atender à proposta, o trabalho está dividido da seguinte forma: no primeiro capítulo, desenvolve-se sobre a evolução dos paradigmas da Administração Pública nos últimos tempos, a doutrina do *new public management*, o conteúdo do direito fundamental

à boa administração e sua repercussão na gestão da coisa pública e das políticas públicas, bem como aborda-se a noção de governança e o seu impacto no exercício da função administrativa.

O segundo capítulo faz uma análise do sistema jurídico das parcerias público-privadas no Brasil, abordando os principais aspectos dessa modelagem contratual trazida pela Lei nº 11.079/2004, principalmente, os que a diferencia das concessões comuns. Um dos pontos cruciais da legislação das PPPs é o regime das garantias, o que traz uma maior segurança jurídica e paridade entre o Poder Público e a iniciativa privada nessas relações contratuais. Aborda, também, as peculiaridades do processo licitatório inovadas pela Lei Geral das PPPs.

Por fim, o terceiro capítulo entra no cerne da pesquisa, aprofundando nos contratos de PPPs que envolvem os serviços de iluminação pública no âmbito municipal, abordando os seus principais aspectos, a forma de custeio desses serviços, os obstáculos enfrentados pelos municípios para a formatação dos projetos de PPPs de iluminação pública, os principais aspectos de estruturação e modelagem desses projetos, e o papel do Verificador Independente na execução desses contratos, identificando as questões passíveis de aprimoramento na matéria.

2 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A GOVERNANÇA NO ÂMBITO PÚBLICO: A função administrativa no século XXI

2.1 Aspectos históricos: contextualização do tema

As reformas administrativas do Estado brasileiro na década de 1990, sob a influência do modelo do *new public management* (Estado gerencial), não foram suficientes para se alcançar os resultados tão almejados de uma Administração Pública eficiente e de resultados, garantidora tempestiva dos direitos fundamentais e do mínimo existencial consagrados na Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988).

Ao longo da história do Estado brasileiro, é possível identificar quatro movimentos que traçam diferentes perfis da Administração Pública.

Em um primeiro momento, durante o domínio do aparato estatal por elites sociais, período conhecido como patrimonialista, a função administrativa era conduzida para servir exclusivamente aos próprios interesses dessas elites, o que representava uma ausência ou, no mínimo, uma ineficiência quanto à prestação de serviços públicos à população. Destarte, mais de cinco séculos (1500-1930), que corresponde ao período colonial, do Império e da República Velha, o Brasil foi marcado pela indistinção entre as noções de público e privado, ambiente propício para desenvolver o nepotismo e a corrupção nas estruturas estatais³.

Em um segundo momento, a reforma burocrática iniciada tardivamente⁴ no Brasil na década de 1930 representou um rompimento do modelo patrimonialista até então arraigado no âmbito do Estado. As reformas ocorridas no Estado Novo, como a constitucionalização do funcionalismo público e a criação do Conselho Federal de Serviço Público Civil (arts. 168 a 173 da Constituição de 1934 e Lei nº 284, de 8 de outubro de 1936), substituído posteriormente pelo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP (arts. 67 da Carta de 1937 e do Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938), consolidaram a profissionalização da Administração Pública, com a garantia do acesso a cargos públicos por meio de concursos públicos, estruturação de carreiras e de direitos e obrigações dos servidores públicos.

³ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-14.

⁴ A *civil service reform* (reforma burocrática) aconteceu em períodos anteriores em outros países; na França, Inglaterra e Alemanha, por exemplo, deu-se na segunda metade do século XIX, e nos Estados Unidos, na primeira década do século XX. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In: Pinheiro, Wilheim e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. S.Paulo: Cia. Das Letras, 2001. p. 234.

Contudo, nesse período desenvolveu-se o denominado Estado de Bem-Estar (Estado-Providência), que reclama a gestão pública de uma gama cada vez maior de serviços e atividades até então confiados ao particular⁵. O Estado Social de Direito tornou-se maior do que o Estado de Direito Liberal, pois “ele exige não somente a vinculação formal à lei, mas também a realização de justiça material”⁶. Ou seja, enquanto se implementava uma gestão burocrática na Administração Pública, alargava-se a atuação do Estado tanto no desempenho de atividades interventivas no domínio econômico quanto na área de prestação de serviços públicos, indispensáveis à concretização dos chamados direitos de 2^a geração.

Em outras palavras, o Estado Social de Direito consagrado após a Segunda Guerra Mundial teve por missão a realização da justiça distributiva por meio de uma maior intervenção econômica e social para ajudar os menos favorecidos. Diversamente do Estado Liberal, o Estado Social de Direito preocupava-se com o bem comum, com o interesse público, passando a ser responsável pela prestação de serviços à população em grandes proporções, ampliando enormemente o rol de suas atribuições.

Com a crise do paradigma do Estado-Providência influenciada por inúmeros fatores, dentre eles a insuficiência de recursos financeiros estatais para fazer frente a todas as atividades assumidas e a consequente ineficiência da prestação dos serviços públicos, além do caráter imobilista e estático da estrutura estatal frente à dinamicidade da economia, houve a necessidade de reforma do Estado.

Em um terceiro momento, a reforma administrativa de 1967, consubstanciada no Decreto-lei nº 200, foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, sendo considerado como o primeiro momento da Administração gerencial no Brasil:

Tendo em vista as inadequações do modelo, a administração burocrática implantada a partir de 30 sofreu sucessivas tentativas de reforma. Não obstante, as experiências se caracterizaram, em alguns casos, pela ênfase na extinção e criação de órgãos, e, em outros, pela constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática. Na própria área da reforma administrativa esta última prática foi adotada, por exemplo, no Governo JK, com a criação de comissões especiais, como a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos, objetivando a realização de estudos para simplificação dos processos administrativos e reformas ministeriais, e a Comissão de Simplificação Burocrática, que visava à elaboração de projetos direcionados para reformas globais e descentralização de serviços.

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior

⁵ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

⁶ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral.** Trad. Luís Afonso Heck. Barueri-SP: Manole, 2006. p. 17.

dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle.

O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de "flexibilizar a administração" com Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado 20 o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado.

Entretanto, as reformas operadas pelo Decreto-Lei 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. O núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais.

Em meados dos anos 70, uma nova iniciativa modernizadora da administração pública teve início, com a criação da SEMOR - Secretaria da Modernização. Reuniu-se em torno dela um grupo de jovens administradores públicos, muitos deles com formação em nível de pós-graduação no exterior, que buscavam implantar novas técnicas de gestão, e particularmente de administração de recursos humanos, na administração pública federal.

No início dos anos 80, registrou-se uma nova tentativa de reformar a burocracia e orientá-la na direção da administração pública gerencial, com a criação do Ministério da Desburocratização e do Programa Nacional de Desburocratização - PrND, cujos objetivos eram a revitalização e agilização das organizações do Estado, a descentralização da autoridade, a melhoria e simplificação dos processos administrativos e a promoção da eficiência. As ações do PrND voltaram-se inicialmente para o combate à burocratização dos procedimentos. Posteriormente, foram dirigidas para o desenvolvimento do Programa Nacional de Desestatização, num esforço para conter os excessos da expansão da administração descentralizada, estimulada pelo Decreto-Lei 200/67.⁷

Verifica-se que o Decreto-Lei nº 200/1967 deu ênfase à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, com base no pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada.⁸

Posteriormente, com o Programa Nacional de Desburocratização instituído no final da década de 70, Hélio Beltrão⁹ pregava a retirada do "usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado".

Melhor contextualizando a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, verifica-se a ideia de ampla centralização administrativa no Poder Executivo federal e certo desequilíbrio de forças na relação federativa.

⁷ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. p. 25-27. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2019.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 273.

⁹ BELTRÃO, Helio. **Descentralização e liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 1984. p. 11.

A necessidade de reforma do Estado no Brasil ganhou força a partir da segunda metade da década de 1990, com a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) e tendo à frente o Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. Com vistas ao enxugamento e à redução do Estado intervencionista, concebeu-se um modelo de Estado gerencial que teria por escopo garantir uma maior eficiência da máquina estatal, bem como melhorar a oferta de serviços de qualidades aos considerados cidadãos-clientes. Com esse objetivo, foi proposta e aprovada a Emenda Constitucional nº 19/98, que representou o marco da reforma constitucional da Administração Pública.

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, apoiando-se em doutrina italiana, sustenta a necessidade de racionalização das atividades governamentais, com vistas a obter “resultados concretos e materializados em boa e justa atribuição de bens às pessoas, como um *proprium* da função administrativa”, o que impõe uma mutação na relação entre os cidadãos e a Administração Pública, a qual “vai perdendo aos poucos suas características imperativas”, deixando de ser um poder do Estado, para ser compreendida como uma mera função estatal a serviço das pessoas¹⁰. Ou seja, a Administração Pública de resultados preocupa-se com a pessoa do administrado, o cidadão, razão última de toda e qualquer atividade estatal.

Atualmente, o Direito Administrativo substitui a antiga relação vertical entre Estado e administrado, concebida tradicionalmente como uma relação de poder, por uma noção de relação jurídica administrativa horizontal, compreendida, agora, como uma relação de gestão. Mesmo o Estado sendo titular de prerrogativas jurídicas previstas no ordenamento, a sua atuação não pode ultrapassar os limites que lhe são taxativamente estabelecidos, devendo sempre observar os deveres de proporcionalidade e razoabilidade. O Direito Administrativo, portanto, em um contexto democrático, deve pautar-se pela ampliação da participação dos cidadãos na formação da vontade da Administração¹¹.

Por isso, na atual quadra da história, depara-se com a introdução da concepção de governança na Administração Pública, por meio da qual a articulação e coordenação dos interesses coletivos dão-se a partir de padrões negociados de coordenação entre o público e o privado, participação direta e vários arranjos de articulação com o público. Ou seja, a ideia de governança implica na coprodução dos serviços, na interação entre Estado, mercado e sociedade civil (redes interdependentes de atores que concorrem para o desenvolvimento),

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas:** em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 78-80.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

compartilhamento de responsabilidades, cooperação e diálogos mais democráticos com a sociedade.

2.2 A doutrina *New Public Management*

Como dito acima, o modelo de administração pública gerencial foi apresentado como solução aos obstáculos apresentados pelo modelo burocrático, calcado na noção de eficiência afeta à teoria da Administração e da Economia, pregando-se a aplicação no setor público de princípios de gerência privada, com enfoque em eficiência e flexibilidade. Tanto é que, a partir da EC nº 19/98, a eficiência foi elevada à condição de princípio constitucional informador da Administração Pública.

A doutrina *New Public Management* (NPM) tem suas raízes na reforma da Administração Pública do Reino Unido durante o Governo Thatcher (1979-1990). A palavra de ordem da primeira-ministra inglesa era “*rolling back the state*”, o que, na prática, significou a privatização de empresas nacionalizadas no pós-guerra, desregulamentação, devolução de atividades governamentais à iniciativa privada ou à comunidade e as constantes tentativas de reduzir os gastos públicos¹². O modelo foi conhecido por apontar para um Estado economizado (reduzido), mais próximo do mercado e economizador, segundo os paradigmas da racionalidade econômico-privada¹³.

Bresser-Pereira¹⁴ identificou três orientações para a Administração Pública gerencial: a técnica, a econômica e a política. A técnica seria caracterizada pela: a) passagem do controle de procedimentos para o controle de resultados; b) tentativa de redução do custo do serviço público; c) máxima preocupação com o controle financeiro; d) grande relevância conferida à avaliação de desempenho dos funcionários; e) disposição ao cumprimento de metas; f) ampliação da autonomia de gestão; e, g) avaliação das performances. A econômica, por sua vez, seria pautada pela: a) alocação de um controle por competição administrada; b) criação dos quase-mercados; c) administração por contrato; e, d) gestão pela qualidade total. E a política corresponde à existência de controle social e à consideração do cidadão como um cliente.

¹² ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública:** um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Cadernos ENAP, nº 10. Brasília, 1997. p. 11.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancos e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 142-143.

¹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania:** a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 112 e ss.

O NPM funda-se na necessidade de racionalização da atividade pública administrativa segundo preceitos técnicos e padrões econômicos, buscando um melhor aproveitamento dos recursos públicos. São variados os meios para se alcançar a eficiência por meio do NPM, como, por exemplo, a subcontratação, privatização, formatação de contratos de massa, avaliação comparativa e reestruturação da Administração Pública. Com isso, o NPM possibilitou o surgimento de um novo discurso voltado à implementação de políticas e prestação de serviços de interesse público, por meio de ideias como privatização, descentralização, desenvolvimento de agências reguladoras, novas formas de regulação e desregulação.¹⁵

Já Sérgio Guerra¹⁶ resume objetivamente o programa NPM com as seguintes características: i) diminuição do tamanho do Estado, inclusive do efetivo de pessoal; ii) privatização de empresas e atividades; iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais; iv) terceirização de serviços públicos (outsourcing); v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; vi) transferência de atividades sociais para o terceiro setor; vii) desconcentração de atividades do governo central; viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas; xii) adoção de formas de contratualização de resultados; xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização da relação de trabalho no serviço público.

Todavia, há quem sustente que o NPM significa a aplicação da ideologia liberal mediante um discurso manipulador da classe dominante, estendendo teorias do setor privado que priorizam o lucro e não possuem vocação para o interesse público. E o cidadão não pode ser transformado em um mero consumidor, sob o ponto de vista meramente econômico. Por isso, a Administração Pública deve garantir que os cidadãos tenham os seus direitos fundamentais em primeiro plano.

Bandeira de Mello¹⁷ afirma que a reforma administrativa foi fruto de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo, apoiando-se na concepção de que o Estado Social de Direito é “praticante de um intervencionismo exacerbado, incompetente e economicamente inviável”. Aduz o respeitável administrativista que a referida reforma administrativa trouxe, além de

¹⁵ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogo aplicados à Administração Pública do Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 48-49

¹⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras:** da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 116.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 227.

novos institutos, “uma terminologia altamente prejudicial” oriunda da linguagem da Economia ou da ciência da Administração e que não possuía significado jurídico¹⁸.

Vanice do Valle¹⁹ sintetiza algumas críticas sobre as ideias do NPM enquanto modelo de desenvolvimento da função administrativa, para as quais essa teoria podia ocasionar um esvaziamento ético da Administração, resultar em efeitos nefastos da privatização da esfera pública, trazer riscos à democracia em prol da prevalência da ótica eficientista, criando um ambiente propício à erosão da soberania popular, e o seu descompromisso com a dimensão da cidadania.

Portanto, no âmbito público, o NPM deve ultrapassar as fronteiras da relação econômica de custo/benefício. É importante conjugar os instrumentos administrativos públicos com as técnicas e as boas experiências de gestão privada. Porém, é imprescindível não perder de vista a necessidade de concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Por isso, a concepção de governança pode ser vista como uma alternativa ao modelo gerencialista.²⁰

Assim sendo, o NPM, embora não seja uma teoria pronta, traz importantes instrumentos para serem utilizados pela governança no âmbito público, ou seja, a ideia de governança é incorporada à Administração Pública como movimento subsequente e alternativo ao paradigma gerencialista. A ideia de governança tem passado por reformulações, de forma a ser aplicada na nova realidade de gestão compartilhada das políticas públicas.

2.3 A noção de boa Administração Pública como direito fundamental

A evolução da sociedade, das instituições e, sobretudo, do pensamento jurídico reclama um novo olhar para que o Direito consiga atender adequadamente o seu papel de agente transformador social. Com a expansão de um novo constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX e o surgimento de novos direitos sociais e acesso ao cidadão²¹, é preciso repensar o Direito e as políticas públicas para possibilitar, de fato, a sua concretização.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 228.

¹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27.

²⁰ COSTA, Frederico Lustosa da. Por uma outra reforma do Estado: estratégias alternativas ao paradigma gerencialista. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 34, n° 1, jan./fev. 2000, p. 267-270.

²¹ GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de las constituciones latino-americanas – entre lo viejo y lo nuevo. **Revista Nueva Sociedad**, n° 257, jul./ago., 2015. p. 98.

Como visto, tivemos relevantes transformações de políticas gerenciais na Administração Pública nos últimos tempos, nas quais se adotou uma gestão pública mais voltada para os resultados, eficiência da prestação dos serviços públicos e atendimento do interesse público primário.

Nesse contexto, o direito fundamental à boa administração contribui para a formação de um novo Direito Administrativo brasileiro. Os seus efeitos recaem sobre as relações administrativas, fomenta os investimentos prioritários, auxilia na fixação de parcerias benéficas entre o público e o privado, aumenta o campo da responsabilidade e do nexo causal, planeja, fundamenta, incentiva, inova, enfim, faz legítima e sustentável a liberdade do agente público²².

No Brasil, diferentemente do direito europeu, não se tem a previsão expressa no ordenamento jurídico em relação ao direito fundamental à boa administração, mas pode-se inferi-lo de modo implícito a partir do fundamento da dignidade da pessoa humana, do princípio da eficiência e da chamada “abertura material do catálogo”²³. De fato, a abertura do sistema constitucional aos direitos fundamentais, proporcionada pelo §2º do art. 5º da Constituição, não deixa dúvidas quanto à existência de direitos fundamentais implícitos.

Ademais, os princípios constitucionais previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal podem ser vistos como norteadores para a realização de uma boa administração, essenciais para se assegurar uma Administração Pública justa, ética e proba, dentre os quais, destaca-se o princípio da eficiência.

Há, portanto, uma vinculação entre esse direito e o princípio da eficiência administrativa, representando um imperativo ao Estado para que melhor atenda à consecução de seus objetivos e dos seus deveres, com o menor custo possível e a celeridade que se espera, como um meio de promoção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a dignidade da pessoa humana consolidou-se como elemento fundante do arcabouço jurídico a disciplinar o agir estatal. Com tal postura decorre uma Administração Pública pautada pela probidade e moralidade, imparcialidade, eficiência e proporcionalidade. Conforme afirma Ingo Sarlet, a Carta de 1988, “além de consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu

²² FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 16.

²³ Na interpretação do art. 5º, §2º da CF podemos concluir que existem direitos fundamentais implícitos (materiais), mesmo não estando expresso no rol constante da Constituição. Trata-se da chamada abertura material do catálogo (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 271-272). É nessa perspectiva que a boa administração deve ser entendida como direito fundamental, de magnitude constitucional e não apenas como princípio a ser observado pela Administração Pública.

expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração”²⁴.

A consciência da boa administração como direito fundamental põe em relevo que o centro da ação administrativa é a pessoa, seus direitos e suas liberdades. As instituições públicas em uma democracia não são de propriedade de seus dirigentes, mas sim dos cidadãos. Ademais, segundo Rodríguez-Arana Muñoz, “o bom governo e a boa administração dos tempos em que vivemos hão de estar comprometidos radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devem estar orientados a fomentar a liberdade solitária dos cidadãos”²⁵ e, para isso, afirma que o governo e a administração devem trabalhar sobre os problemas reais do povo, buscando as soluções conforme as necessidades dos setores atingidos.

Para Moreira Neto²⁶, o direito à boa administração é inerente ao fundamento republicano da cidadania, afirmando que a boa administração não é uma faculdade a ser eventualmente atingida pelo Poder Público, mas sim “um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos”.

Vale salientar, como decorrência da jusfundamentalização do direito à boa administração há a vinculação direta dos poderes públicos a ele, ou seja, independe de interposição legislativa para a imediata influência do direito à boa administração sobre o modo de condução da ação estatal. E, como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Vê-se que o direito à boa administração visa tutelar o cidadão contra os desmandos e as arbitrariedades praticados pelos poderes estatais, criando novos paradigmas no bojo das relações administrativas, libertando-as dos males ligados ao abuso de poderes exorbitantes e de prioridades exclusivamente de curto prazo. Ressalta-se que a função administrativa é primária e diretamente relacionada à concretização dos demais direitos fundamentais. Vale dizer, ainda, que o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa é o caminho mais eficaz para assegurar sua efetividade. Todavia, atualmente, tem-se exaltado o papel do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, mesmo se revelando essa atuação reparadora mais tardia e

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4º Região. [s/d.], p. 2.

²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 16-17.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119.

dispendiosa, quando comparada com aquela potencialmente desenvolvida direta e tempestivamente pela Administração²⁷.

Sobre a necessidade de melhor valorizar a função administrativa, pois é a que concretiza as deliberações políticas dos demais poderes, defende Vanice Regina Lírio do Valle o seguinte:

Prestigiar-se, portanto, a função administrativa, para além de superar o alentado debate em relação à legitimidade do judiciário para o controle de políticas públicas, terá como efeito antecipar as providências de reparação quanto à omissão ou à atuação deficiente do Estado-Administração. Zelar por um direito fundamental à boa administração – especialmente quando compatível com a governança – a par de prestigiar o princípio democrático, reverencia igualmente à máxima efetividade da Constituição, na medida em que antecipa as providências de concretização das ações estatais por ela determinadas²⁸.

Por isso, a violação ao direito fundamental à boa administração pode caracterizar-se como situação grave, pois o mau administrador acarreta o descumprimento ou cumprimento ineficiente de todos os demais direitos (saúde, educação, moradia, etc.), ou seja, esse direito é o instrumento garantidor da dignidade dos cidadãos e dos objetivos fundamentais da República previstos na Carta Constitucional.

Nota-se que o direito fundamental à boa administração amplia o controle da discricionariedade administrativa e das políticas públicas, as quais, no Estado democrático, devem estar vinculadas às prioridades constitucionais. Nesse momento, as políticas públicas passam a ser consideradas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo). Portanto, o gestor público jamais desfruta de plena liberdade para escolher (ou deixar de escolher) as consequências diretas e indiretas, estando obrigado a declinar os fundamentos para a tomada de decisão (agir ou não agir). E, tal decisão deve representar a opção mais eficiente e eficaz para materialização das prioridades constitucionais vinculantes. A liberdade, assim, é conferida para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade²⁹.

O bom governo ou a boa administração não é apenas uma característica que deve diferenciar os aparatos governamentais ou administrativos, mas sim, sobretudo, um direito que

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 77.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45.

assiste aos cidadãos, exigível perante os Tribunais³⁰. Assim, enquanto para o indivíduo a boa administração alcança uma posição jurídica de direito subjetivo, com vistas a limitar a atuação do Estado, para este, ter-se-á um dever de fazer ou de se abster de fazer algo.

Quando se fala em boa administração e no novo perfil da função administrativa, impõe-se, por outro lado, uma nova postura do Poder Judiciário e dos demais órgãos de controle da Administração Pública. Como as políticas públicas não mais representam meros programas de governo, mas sim de Estado, o administrador passa a estar vinculado às prioridades constitucionais, ficando sua liberdade mitigada pelo direito fundamental à boa administração, por conseguinte, a atuação dos órgãos de controle e do Judiciário devem adaptar-se a essa nova realidade.

Com isso, na atuação de controle, deve-se priorizar aquele voltado aos resultados³¹, em vez do meramente procedural³², buscando compreender a política pública como um todo, o seu plano de ações, as metas de curto, médio e longo prazo. Esse controle sobre os resultados das políticas públicas para forçar a sua constante avaliação e reformulação, visando sempre o melhor proveito coletivo, por meio do qual se permite acompanhar os passos do programa de desenvolvimento social estabelecido na Carta Constitucional ainda é muito incipiente e necessita ser aprimorado e recepcionado, tanto pelos agentes controladores como pelos controlados.

2.4 Políticas públicas e o direito fundamental à boa administração

Decorre do novo constitucionalismo a necessidade de mudança do Direito como ciência prospectiva e dúctil para conseguir cumprir o seu papel de provedor dos direitos sociais³³. Para a concretização efetiva do projeto social inerente ao Estado-Providência não bastam meras

³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 14.

³¹ Como exemplo da priorização por controle de resultados, tem-se o novo modelo de prestação de contas trazido pela Lei nº 13.019/14, definido como o “procedimento em que se analisa e avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos” (art. 2º, XIV). Ou seja, diferentemente do modelo anterior, que se instrumentalizava por meio de convênios, foram previstos procedimentos simplificados e racionalizados para a prestação de contas, para torná-la mais rápida e objetiva, tendo como foco o atingimento das metas estabelecidas no início da parceria.

³² Atualmente, com o desenvolvimento de processos eletrônicos, como, por exemplo, o pregão eletrônico, a criação de plataformas eletrônicas de prestação de contas, como a exigida pelo art. 65 da lei 13.019/14, e a utilização de ferramentas de monitoramento dos gastos públicos apoiados em tecnologia da informação, como o Observatório da Despesa Pública instituído pela Portaria 1.215 de 25 de junho de 2008 da Controladoria Geral da União, projeto já estendido para os estados e vários municípios do país, além de aprimorar o controle procedural por meio do cruzamento de dados e possibilitar o acompanhamento instantâneo do gasto público, amplia-se enormemente o controle social sobre a função administrativa.

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

declarações gerais, ou mesmo a simples promulgação de novas leis; é necessária uma nova função administrativa. Assim, exige-se do Direito Administrativo uma abertura cognitiva cada vez mais ampla, sendo, para isso, indispensável a sua comunicação com as políticas públicas.

As políticas públicas podem ser concebidas como o “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados”³⁴. Elas expressam decisões que “se constroem a partir do signo da multiplicidade, e hão de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro, de resultados almejados e de obrigações que se tenha por instrumentais ao alcance desses mesmos efeitos”³⁵. Portanto, são inerentes às políticas públicas a perspectiva da adaptabilidade e a necessária visão de futuro, talvez seja por isso o estranhamento com a ciência do Direito, acostumada a operar a partir de uma lógica pontual, sob a ótica da rigidez e da retrospectiva, delimitada no tempo, mais afeita à estática do que à dinâmica, mais orientada ao encontro de uma única resposta em vez do reconhecimento das múltiplas possibilidades.

Os elementos que compõem os sistemas de políticas públicas são representados por diferentes etapas sequenciais, a saber: reconhecimento do problema, formação da agenda, formulação da política, escolha da alternativa estratégica, implementação da política e avaliação de resultados³⁶. Porém, ainda perduram resistências e dificuldades por parte da Administração Pública em explicitar esses elementos determinantes da escolha por um programa de ação, em vez de outro, que nada mais é do que a motivação adequada da decisão administrativa. O que se percebe, geralmente, é que a ação pública é ditada por emergências circunstanciais e desprovida de todos os elementos reflexivos e justificadores, o que acaba reclamando a intervenção e o controle jurisdicional, pois, em dias atuais, já não há mais espaço para a mera argumentação de insindicabilidade de juízos discricionários.

E ainda, à luz do direito fundamental à boa administração, as políticas públicas devem ser compreendidas não como simples programas de governo, mas sim de Estado, de modo a cumprir as prioridades constitucionais para assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais das presentes e futuras gerações³⁷.

³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

³⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 35.

³⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 39-41.

³⁷ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 32.

Acrescente-se, também, que, a partir das novas políticas públicas, a Administração Pública aparece como importante instrumento de efetivação das aspirações dos cidadãos, ou seja, como instrumento de efetivação dos direitos sociais. A Administração Pública não é um fim em si mesmo. A pessoa é o centro da função administrativa, a qual deve facilitar e propiciar o exercício das liberdades individuais de cada um. Nesse sentido, salientando a centralidade do indivíduo e o caráter instrumental da Administração Pública, Rodríguez-Arana Muñoz afirma que:

O indivíduo real, a pessoa, com o conjunto de circunstâncias que o acompanham em seu entorno social, é o autêntico sujeito dos direitos e liberdades que na Constituição proclamamos. A esse homem, a essa mulher, com sua determinada idade, seu grau de cultura e de formação, maior ou menor, com sua procedência concreta e seus interesses particulares, próprios, legítimos, é a quem a Administração Pública serve. Ao serviço dessa pessoa concreta o aparato administrativo deve promover as condições para que exerça com a maior qualidade e profundidade suas liberdades³⁸.

As políticas públicas concretizam a escolha em relação aos deveres de conduta (de agir) exigidos pela Constituição, o que representa uma maior limitação e restrição na definição das ações administrativas. Consequentemente, o administrador público está vinculado às prioridades constitucionais e, por força do direito fundamental à boa administração, deve-se sempre optar pela ação que melhor proporcione os resultados esperados, dentro das alternativas e do planejamento da política pública que se apresentam no momento da sua decisão. Por isso, a análise das políticas públicas permite ampliar o horizonte em relação ao Estado como uma mera abstração, passando para o exame de suas condições efetivas de funcionamento.

Percebe-se, portanto, que é primordial o conhecimento da política pública como um todo, bem como o seu plano de ações de curto, médio e longo prazo. Para alcançar o programa de desenvolvimento social estabelecido na Carta Constitucional, impõe-se a implementação de ações progressivas, o estabelecimento de metas e de resultados mensuráveis ao longo do tempo. Uma vez estabelecido esse planejamento, deve-se deferência a ele por parte de todos os atores governamentais, tanto pelo próprio administrador responsável por sua elaboração como seu sucessor, os órgãos de controle e o Poder Judiciário.

³⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

2.5 O dever constitucional de planejamento como corolário do direito fundamental à boa administração

A atuação estatal a partir de uma Constituição dirigente deve ser empreendida prospectivamente. De acordo com Eros Grau, o “Estado deve exercer não apenas as atividades de fiscalizar e incentivar, mas também a de planejar”³⁹. O plano da ação estatal consiste no modo de instrumentalizar a Constituição dirigente, o que significa dizer que o Direito já não é apenas a representação da ordem estabelecida – a defesa do presente – mas também a formulação de uma ordem futura – a antecipação do porvir. No Estado das políticas públicas, explica o referido autor, o planejamento confere “consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino”.⁴⁰

Essa transposição do agora para o futuro veio estabelecida por meio da construção do processo orçamentário no modelo constitucional de 1988. Assim, nota-se a diferenciação entre as construções de prazo imediato e o processo de planejamento, de alcance temporal mais amplo e definições mais abrangentes. De acordo com as normas de finanças públicas (art. 165 e seguintes da CF), o chamado processo orçamentário implica a elaboração de três leis, todas de iniciativas do Poder Executivo: o plano plurianual (PPA), de periodicidade quadrienal; a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária (LOA), ambas anuais. A realidade tem mostrado que o processo de planejamento foi reduzido aos instrumentos orçamentários, especialmente ao PPA.

Percebe-se, na verdade, que o tema do planejamento, instituto primordial para formulação e implementação das políticas públicas responsáveis pela concretização dos direitos sociais previstos na Carta, acabou recebendo, nas palavras de Eros Grau, “tratamento paupérrimo” do constituinte de 1988⁴¹. Essa dificuldade em lidar com o tema do planejamento gera uma debilidade e descoordenação dos instrumentos de ação do Estado brasileiro, além de acarretar uma cultura imediatista na sociedade e nas instituições públicas e de impedir o

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 300.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 337-338.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 339.

desenvolvimento social do país. Ela pode ser fruto do processo inflacionário que assolou o país no final do século passado, conforme explica Maria Paula Dallari Bucci:

Com o prolongamento do processo inflacionário por quase três décadas, o país perdeu a condição essencial para a realização do planejamento, em qualquer dimensão da vida nacional. A conjuntura inflacionária gerou hábitos de comportamento reativos e de defesa imediata em face das ameaças da inflação que afetaram a organização produtiva e econômica. O país passou, nos anos 1970 a 1990, a ter dificuldades para produzir projeções críveis sobre a expansão ou evolução de qualquer setor econômico ou social. A estabilização econômica alcançada nos anos 2000 explica, em parte, a retomada do planejamento atada ao processo orçamentário⁴².

No âmbito das políticas públicas, *ex vi* de um constitucionalismo direcionador do agir estatal, as ações planejadas contempladas nos respectivos instrumentos de enunciação dessas políticas devem estar funcionalmente direcionadas à consecução dos resultados eleitos pela Constituição Federal. Nesse contexto, o dever de planejamento é ínsito às políticas públicas, pois somente por meio de um planejamento racional, eficiente, calcado nos consectários do dever de boa administração se propiciará progressivamente a realização do programa constitucional. Diante da escassez de recursos que devem ser distribuídos de maneira responsável e mais igualitária possível, é indispensável uma política pública planejada. Nessa linha sustenta Vanice Regina Lírio do Valle que:

[...] o dever de planejamento, constitucionalmente posto à Administração e instrumentalizado pelas políticas públicas, só se terá por observado a partir de uma explicitação, não só dos valores que se pretende inverter no financiamento da atividade pública (como se dá pelos instrumentos orçamentários); não só da ação em concreto que se cogita desenvolver em um momento determinado no tempo; mas de todo o conjunto de elementos que integram o processo de programação da ação estatal. [...] o planejamento traduzido nas políticas públicas é de compreender as múltiplas expectativas, os diversos recursos, agentes e possibilidades de ação; e sua construção já de se (*sic*) dar numa perspectiva de programa contínuo de ação, interconectado com as demais áreas de atuação da Administração Pública. Essa pluralidade de vetores, claramente, não se terá por presente nos instrumentos orçamentários. Mais ainda; esses mesmos instrumentos revelam um cenário prospectivo claramente incompatível com a temporalidade da ação administrativa atual.⁴³

Ademais, as políticas públicas estão sujeitas à avaliação da eficiência, não na lógica puramente econômica que se restringe em uma análise de custo-benefício, mas em uma racionalidade administrativa, como sendo um atributo da ação estatal orientado à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana. O juízo positivo da eficiência, portanto, deve levar

⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190.

⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 81.

em conta a razão entre a conduta proposta em uma política pública específica e o resultado nela pretendido, além de buscar uma interconexão entre diferentes políticas públicas executadas eventualmente por distintos órgãos da Administração, as quais, muitas vezes, guardam relações entre si, e esta interdependência propicia a otimização dos resultados⁴⁴. Nesta segunda perspectiva (interconexões setoriais), por exemplo, tem-se a relação entre a política de saúde com as políticas de saneamento básico, alimentação, moradia, meio ambiente, etc..

Por isso, em uma perspectiva de boa administração, é relevante que as distintas políticas públicas sejam desenvolvidas de maneira inter-relacionadas, permitindo o diálogo entre elas, para possibilitar a maximização dos resultados. A partir disso, possibilita-se que a avaliação da eficiência não se desenvolva de forma segmentada e fracionária, mas sim de acordo com o contexto da ação estatal avaliada.

2.6 Governança

A governança ganhou força, no setor público, a partir da década de 1980, com as construções teóricas oriundas do Banco Mundial, especialmente no ano de 1992, com o conhecido documento *Governança e Desenvolvimento*, por meio do qual a governança foi definida como sendo “as variadas formas institucionalizadas de coordenação social para a produção e implementação coletiva de normas obrigatórias, ou fornecer bens coletivos”⁴⁵. Essa conceituação foi repetida no ano de 1994 no documento intitulado “*Governance: The World Bank's Experience*”⁴⁶, que ressalta três dimensões da governança: o regime político; o processo no qual a autoridade é exercida na gestão dos recursos econômicos e sociais do país para o desenvolvimento; e a capacidade dos governos em designar, formular e implementar políticas.

O tema da governança no setor público possui forte carga de mudança cultural do modo de exercício da função administrativa pelo Estado. Conforme assinala Jacques Chevallier⁴⁷, “no centro dos modos clássicos de governo – caracterizados pela assimetria, pela desigualdade, pela unilateralidade, a forma jurídica é necessariamente afetada pela promoção de um estilo novo de decisão e de ação, o qual repousa sobre a cooperação e a procura de adesão”.

⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84.

⁴⁵ WORLD BANK. **Governance and development**. Washington: World Bank, 1992.

⁴⁶ WORLD BANK. **Governance: The World Bank's Experience**. Washington: Word Bank, 1994.

⁴⁷ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 3, nº 12, out./dez., 2005, p. 129-130.

A correta compreensão de governança impõe a análise das práticas de governança corporativa originadas na iniciativa privada, as quais pressupõem um conjunto de processos, costumes, políticas, normas e instituições que regulam o modo como uma empresa é administrada. No setor privado, na medida em que os proprietários das empresas passaram a administração dos seus negócios para terceiros (profissionais), perdendo, consequentemente, o efetivo controle sobre o que acontecia na rotina gerencial, surge a necessidade de criação de ferramentas para melhor coordenação e sintonia das ações a fim de resguardar os seus interesses⁴⁸. Ou seja, a governança corporativa no setor privado tem como premissa a separação entre propriedade e gestão da empresa, e pelo fato de que quem administra não o faz sobre coisa sua, devendo manter relação de confiança e lealdade em face de quem seja o dono.

Ademais, para o êxito de um modelo de gestão de governança corporativa, pressupõe-se a adoção de processos que assegurem um adequado fluxo de informações, a transparência das ações administrativas, o dever de prestação de contas dos gestores e sua responsabilização pelo conteúdo e alcance das decisões que adotarem (*accountability*). Também prevê mecanismos de controle da atividade que permitam atestar a regularidade da conduta dos gestores, bem como as metas a serem perseguidas e os resultados alcançados.⁴⁹

A ideia de governança no setor público, considerando a *res* pública, impõe ao administrador público que o exercício da função administrativa sempre esteja voltado aos interesses da população em geral, delegatários originários do poder. Para tanto, é imprescindível a criação de mecanismos para que os cidadãos possam participar do direcionamento das políticas públicas, bem como controlar as ações que a Administração Pública empreende na busca dos resultados pretendidos. Portanto, na Administração Pública, a governança pode ser vista como o conjunto de mecanismos destinados a assegurar o interesse dos cidadãos usuários de serviços públicos e da sociedade de forma geral.

Ademais, a noção de governança, marcada pela adaptabilidade, orienta-se por uma lógica distinta do Direito. Profundamente marcado pela unilateralidade, “o direito apresenta-se classicamente como um ato de autoridade, pelo qual um autor, investido de um poder de comando, impõe certas normas de conduta aos destinatários”⁵⁰; a governança parte da ideia de horizontalidade das relações, pluralidade, interatividade e participação, com o objetivo de obter

⁴⁸ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUMAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública:** o desafio do Brasil. 3^a ed., rev., atual. Belo Horizonte, 2018. p. 142.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60

⁵⁰ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte, n^o 12, out./dez., 2005, p. 141.

compromissos aceitáveis das partes envolvidas. A governança reconhece que a complexidade dos problemas apresentados ao Estado impõe soluções específicas para cada uma delas, o que pode significar, em certa medida, uma erosão do Estado de Direito:

Reducido à imagem estática da hierarquia das normas, o direito público se revelará pouco apto a decodificar o caráter essencialmente dinâmico da governança pública, voltada ostensivamente à ação, à eficácia, às escolhas estratégicas, resumindo um decisionismo herdado diretamente do pensamento de Hobbes. Pela reafirmação do poder original do Estado, a governança lança luz sobre as características que parecem mais próximas do Estado-potência, que do Estado de Direito. Os termos ‘discricionariedade, escolha, mecanismos, ferramentas, ação, negociação’ são reveladores dessa tendência de não mais conceber a figura do bom governo a partir de uma predeterminação jurídica.⁵¹

Assim, a governança aplicada ao setor público vai promover desde as esferas locais, a institucionalização de mecanismos de participação no processo de tomada de decisão dos agentes públicos, bem como a transparência das informações.⁵² Consiste na forma pela qual o poder é exercido, incluindo a escolha e controle dos governos, as condições para formular e executar políticas, a forma como os cidadãos são considerados e a interação institucional para as questões econômicas e sociais.

Governança também é relacionada ao conjunto de reformas ocorridas na esfera pública nas décadas de 1980 e 1990, conhecidas também como a segunda onda de reformas do Estado, com o foco em redes de atuação, parcerias e inclusão, a buscar a participação da sociedade civil organizadas e dos cidadãos individualmente considerados⁵³. Importa salientar que os temas políticos dos anos 1990 estavam centrados na concepção de gestão, orientados a uma nova Gestão Pública, à Administração como negócio, à antiburocracia e ao Estado enxuto e tendo como principais valores a eficiência, o serviço, a orientação para o cliente e a qualidade. Já os temas políticos dos anos 2000 direcionam-se à governança, cujos slogans estão pautados na sociedade civil, capital social, Estado capacitador e Estado ativador, assentando-se nos valores de coesão social, política e administrativa, participação e engajamento cívico⁵⁴.

Neste sentido de governança enquanto modelo de gestão do Estado, essa pode ser compreendida como uma forma de arranjo institucional governamental que, ao articular as

⁵¹ MOCKLE, 2007, p. 9 *apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 112-113.

⁵² MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61-62.

⁵³ CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**, v. 18, nº 1, jan./abr. 2017. p. 168.

⁵⁴ RONCONI, Luciana. Governança pública: um desafio à democracia. **Revista Emancipação**. Ponta Grossa, v. 11, 2011. p. 25

dimensões econômico-financeira, institucional-administrativa e sociopolítica, estabelecendo parcerias com a sociedade civil e o mercado, busca soluções inovadoras para os problemas sociais e o aprofundamento da democracia. Privilegia-se o uso de redes interorganizacionais na implementação de políticas públicas, por meio de um modelo horizontal de coordenação em que os diversos atores atuam de forma interdependente e com grande flexibilidade. Portanto, na governança, a articulação e coordenação dos interesses coletivos ocorrem por meio de padrões negociados de coordenação entre o público e o privado, participação direta e vários arranjos de articulação com o público.

O conceito de governança evoluiu ao longo do tempo, de modo que, atualmente, não se restringe na maneira segundo a qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país. Preocupa-se também com a transparência, a efetividade e a economicidade do emprego dos recursos públicos, ou seja, a governança contempla as estruturas, funções, processos e tradições organizacionais que visam garantir que as ações planejadas sejam executadas de tal maneira que atinjam seus objetivos e resultados de forma transparente.

Esse caráter polissêmico é destacado por diferentes autores. Para Kjaer⁵⁵, governança pode ser analisada em três concepções distintas: a primeira como rede de relações, a segunda em uma perspectiva global, e a terceira como exercício de poder, tanto na construção de regras quanto no exercício e na resolução de conflitos. Já para Punyaratabandhu, a governança encontra-se atrelada a três importantes valores: responsabilização (*accountability*), transparência e participação⁵⁶.

A ideia de governança também está relacionada com a democracia, no sentido de um projeto político democratizante, em que a participação da sociedade civil é tida como imprescindível para a consolidação da democracia. Busca-se construir na esfera pública um espaço para uma democracia que vai além da democracia representativa, participação que é fruto da conquista dos diversos segmentos sociais que almejam novas formas de exercício da cidadania nos espaços e ambientes institucionais, demandando, portanto, uma gestão compartilhada das políticas públicas.⁵⁷

⁵⁵ KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge. Polity Press, 2011. p. 03.

⁵⁶ O autor é membro do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. In: PUNYARATABANDHU, Suchitra. Commitment to good governance, development and poverty reduction: methodological issues in the evaluation of progress at the national and local levels. **CDP Background Paper Nº 4**, 2004. Disponível em: < <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/CDP-bp-2004-4.pdf> >. Acesso em: 12 maio 2019.

⁵⁷ RONCONI, Luciana. Governança pública: um desafio à democracia. **Revista Emancipação**. Ponta Grossa, v. 11, 2011. p. 22

Nesse sentido, a governança enquanto tendência da Administração Pública e de gestão compartilhada de políticas públicas coopera para a consolidação de uma democracia que aponta para a construção de sujeitos políticos e expansão da esfera pública, transcendendo, portanto, a visão do cidadão como mero portador autônomo de direitos.

A governança também contribui para a consolidação dos processos de coprodução e cogestão do social, enfatizando a participação ativa, a ação conjunta e a inclusão dos cidadãos na comunidade política, além de reconhecer os excluídos como cidadãos e criar espaços públicos de participação e controle social. Assim, o Estado tradicional vem se transformando de um Estado de serviço, produtor do bem público em um Estado garantidor da produção do bem público; de um Estado ativo, provedor solitário do bem público em um Estado ativador que aciona e coordena outros atores a produzir o bem público com ele; de um Estado dirigente ou gestor em um Estado cooperativo, que, em parceria com diversos atores, produz o bem público.⁵⁸

Observa-se que a governança permite o rompimento com a noção clássica de Estado, como núcleo exclusivo da formulação e implementação das políticas públicas. Agora, os cidadãos passam a ser coprodutores e parceiros, na perspectiva de compartilhamento de responsabilidades. Melhor esclarecendo, a governança pública não afasta a responsabilidade última do Estado pela produção e entrega dos serviços públicos, mas o permite atuar em parcerias com outros agentes sociais e até mesmo transferir ações para o setor privado.

Os autores estadunidenses Denhardt e Denhardt⁵⁹ defendem a necessidade de concepção de um “novo serviço público” caracterizado por servir aos cidadãos, contribuindo para uma noção compartilhada de interesse público (compartilhamento de interesses e responsabilidades), valorizando a cidadania e as pessoas (e não somente a produtividade) e agindo democraticamente. Por isso, consideram que os valores proeminentes dessa nova gestão pública devem reafirmar os valores da democracia, da cidadania e do interesse público, reconhecendo que a existência de uma cidadania engajada e esclarecida é crítica para a governança democrática.

⁵⁸ KISSSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 40, nº 3. Maio/jun. 2006. p. 482-483.

⁵⁹ DENHARDT, Robert B.; DENHARDT, Janet Vinzant. The New Public Service: Serving Rather than steering. **Public administration Review**. Washington: v.60, nº 6, nov./dez. 2000, p. 549-559. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/227630021_The_New_Public_Service_Serving_Rather_Than_Steering>. Acesso em: 13 maio 2019.

Para Löffler,⁶⁰ a governança pública deve ser entendida como uma nova onda de reformas administrativas e do Estado, de modo a conceber uma ação conjunta entre Estado, mercado e sociedade civil de maneira eficaz, transparente e compartilhada, objetivando a resolução inovadora dos problemas sociais e de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes

Também no sentido de identificar a governança com aspectos de administração, Francis Fukuyama⁶¹ define-se “como a habilidade do governo em fazer e executar regras e prestar serviços, independentemente se o governo é democrático ou não”, o que significa dizer, para ele, que a boa governança restringe-se à capacidade governamental em elaborar e executar políticas públicas, desconsiderando completamente a dimensão democrática.

Aqui, importa destacar alguns pontos de divergências entre a doutrina do NPM e a governança que foram muito bem apontados por PECI, PIERANTI e RODRIGUES, nos seguintes termos:

a) Governança é um conceito essencialmente democrático: a redução do Estado como consequência das reformas neoliberais pode ter diminuído seu peso e transformado seu papel, mas o aumento das parcerias com o setor privado e com o terceiro setor também é impulsionado pela crescente pressão da sociedade.

A *NPM* é ideologicamente marcada pelo neoliberalismo e busca tornar as organizações públicas similares às privadas, reconhecendo apenas a diferença no produto a ser entregue. A governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado.

b) Governança tem foco interorganizacional: diferentemente da *NPM*, cujo principal foco são as práticas intraorganizacionais, a governança estimula as redes interorganizacionais como formas alternativas para o alcance do interesse público. O setor público é responsável pelo controle político e pelo desenvolvimento de estratégias que sustentam a capacidade de ação do governo. A *NPM* busca mudar o setor público, tornando-o próximo ao privado.

c) Governança sustenta-se em bases ideológicas diferenciadas da NPM: a governança é maleável em diferentes contextos ideológicos ou culturais. De fato, redes interorganizacionais, intersetoriais e gestão integrada podem ser implementadas gradativamente, em diversos contextos sócio-culturais, adaptando-se às suas características. Já a *NPM* sustenta-se pela ideologia neoliberal e busca a penetração das forças do mercado no setor público.

d) Não existe um modelo único de governança: diferentemente do modelo burocrático, a governança não pretende ser um modelo organizativo e funcional de validade universal. A governança é multifacetada e plural, busca eficiência adaptativa e exige flexibilidade, experimentação e aprendizagem via prova e erro.⁶²

⁶⁰ LÖFFLER, Elke. Governance: Die neue generation von Staats – und Verwaltungsmodernisierung. **Verwaltung und Management**. v. 7, nº 4, 2001, p. 212-215. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/24226105>>. Acesso em: 17 Maio, 2019.

⁶¹ FUKUYAMA, Francis. **What is governance?** Center for Global Development. Working Paper nº 314. Washington, 2013. p. 3-4. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226592>. Acesso em: 17 Maio, 2019.

⁶² PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. **Revista Organizações e Sociedade**. Salvador, v. 15, nº 46, jul./set. 2008, p. 39-55.

Realçando os aspectos do correto direcionamento e coordenação das ações, da efetiva entrega de resultados ao cidadão e da transparência na aplicação dos recursos públicos, Nardes, Altounian e Vieira definem governança como sendo:

[...] a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão de suas políticas ou serviços para atender às demandas da população, utilizando-se de um conjunto de instrumentos e ferramentas adequadas.

Em outras palavras, governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de: assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais; selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas; articular a ação de todos os agentes públicos e privados; alcançar e controlar os resultados previstos; estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foi alcançado; e divulgar todas essas etapas à sociedade.⁶³

Sob um viés mais voltado para o controle da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União⁶⁴ define a governança essencialmente como sendo “os mecanismos de liderança, estratégica e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Nesse contexto é que se distingue a governança (avaliar, direcionar e monitorar) da gestão (planejar, executar, controlar, agir), a primeira como uma considerável permeabilidade com os cidadãos e a sociedade e a segunda mais adstrita aos fatos internos da administração pública.⁶⁵

Por fim, Alencar propõe os seguintes passos para se estruturar as políticas públicas em consonância com a governança:

- i) *Seleção de objetivo.* O primeiro aspecto da governança – e muitas vezes o mais crucial – é a definição dos objetivos. É fundamental que haja clareza sobre o que se deseja. A fim de legitimar as ações públicas, é um estágio normalmente orientado pelo governo.
- ii) *Tomada de decisão.* Após a definição de objetivos, devem ser tomadas decisões para atingi-los, por meio de planejamento adequado, que defina o objeto a ser entregue e estime custos, prazo e qualidade. Na sociedade em rede, a cooperação dos atores interessados já é fundamental nesta fase.
- iii) *Mobilização de recursos.* Nesse momento, deve haver a mobilização de recursos materiais, financeiros e pessoais, para se atingir os objetivos definidos. Os recursos

⁶³ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública:** o desafio do Brasil. 3^a ed., rev., atual. Belo Horizonte, 2018. p. 149.

⁶⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública.** Versão 2. Brasília, 2014. p. 5-6.

⁶⁵ “Enquanto a gestão é inerente e integrada aos processos organizacionais, sendo responsável pelo planejamento, execução, controle, ação, enfim, pelo manejo dos recursos e poderes colocados à disposição de órgãos e entidades para a consecução de seus objetivos, a governança provê direcionamento, monitora, supervisiona e avalia a atuação da gestão, com vistas ao atendimento das necessidades e expectativas dos cidadãos e demais partes interessadas”. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública.** Versão 2. Brasília, 2014. p. 32)

podem ser públicos ou privados. É essencial convencer os atores privados a terem maior participação, visto que são importantes detentores de recursos.

iv) *Implementação e instrumentos.* Esse estágio deve ser estruturado com adequado monitoramento e controle, para serem obtidos os resultados esperados. Também deve ser possível ação corretiva. Na sociedade em rede, há maior dependência dos atores privados, pois além de recursos, muitas vezes eles são os detentores da *expertise* e da tecnologia.⁶⁶

Como é possível observar dos diferentes conceitos, a governança pode ser compreendida como um agir em conjunto, articulado, interdependente, em rede com os diversos atores interessados, integrantes ou não das espacialidades pública e estatal, ou seja, apresenta a ideia de abertura e flexibilidade, com marcos regulatórios objetivos, sem descurar da necessária responsabilização e transparência⁶⁷. A governança, portanto, remete a aspectos do processo de decisão voltados à incorporação de outros agentes e redes de influência nos resultados das políticas públicas.

2.7 Democratização da função administrativa e os direitos fundamentais

O movimento de “democratização do exercício da atividade administrativa” deve proporcionar abertura e fomento à participação do cidadão nos processos da Administração, não somente na forma plebiscitária, mas também em todo o procedimento de formação da vontade administrativa⁶⁸. A necessidade de revisar a postura da Administração Pública decorre, sobretudo, da valorização do ser humano, reconhecida pela Constituição Federal por meio do prestígio à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/1988).

Com a constitucionalização do Direito Administrativo e a substituição da legalidade em juridicidade administrativa⁶⁹, “a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da

⁶⁶ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública:** responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 105.

⁶⁷ CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**, v. 18, nº 1, jan./abr. 2017. p. 171.

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 77.

⁶⁹ Como ensinava Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício”, o que impunha e restringia a atuação administrativa aos mandamentos da lei em sentido estrito. (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 7^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03). A juridicidade administrativa, por sua vez, não se resume à lei, sendo um conceito mais amplo, por meio do qual o administrador encontra-se também vinculado aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, e, assim, é possível auferir as seguintes conclusões sobre a função administrativa: i) em regra, obedece à lei quando esta for constitucional; ii) mas pode encontrar fundamento direto na CF, independente ou para além da lei; iii) pode, eventualmente, legitimar-se perante o Direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro em uma ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 37-38).

Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”⁷⁰. Portanto, deve-se estudar o Direito Administrativo à luz dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, o qual deixa de ser um Direito do Estado para ser cada vez mais um Direito da Pessoa, desviando o foco de atenção da legalidade da forma para a juridicidade do resultado.

Nessa perspectiva, o Direito Administrativo passa a ser visto como um instrumento de realização da Constituição e de resgate dos direitos fundamentais do cidadão. Por essa razão, a Administração Pública precisa ser melhor contextualizada no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, instituindo-se não como Administração meramente sancionadora, mas, sobretudo, como promovedora e transformadora do *status quo*. Em outras palavras, “é preciso atentar-se para a mudança das relações entre o Estado e a sociedade, devendo o Poder Público passar de autoritário e agressivo para prestador de serviços”.⁷¹

Com a crise do modelo de Estado-Providência, colocando em xeque a figura do Estado-prestador, veio a discussão em torno de uma corresponsabilidade entre Estado, iniciativa privada e sociedade na busca da concretização da extensa gama de direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.

A governança no âmbito da Administração Pública deve ser compreendida a partir de uma perspectiva participativa, inclusiva e procedural, o que permite afirmar, nesse ponto, que há certa afinidade entre governança e a concepção de democratização da função administrativa. O compromisso constitucional com os fundamentos do Estado Democrático e de Direito estabelece a incorporação da governança ao campo do Direito, pelo viés da atualização de sentido do princípio democrático, atualmente compreendendo a democracia política e a incorporação dos atributos de pluralismo.⁷²

Ademais, segundo Oliveira⁷³, “a junção da noção de democracia à de Estado de direito, muito mais do que estabelecer um qualificativo do modo de ser do Estado, é responsável pela atribuição aos cidadãos do direito de participação nas decisões estatais”.

Procedimentos democráticos são necessários para assegurar o apoio ativo dos cidadãos e para obtenção de resultados eficientes às ações estatais. A tendência de alargamento da noção

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 70.

⁷¹ OHLWEILER, Leonel. Administração Pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 143, jul./set., 1999. p. 40.

⁷² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113-114.

⁷³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 5, nº 1, 2008. p. 87.

de democracia foi identificada por Bobbio na década de 1970, segundo o qual a democracia não se concretizaria tão-somente

[...] através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia da esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como um cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status*.

[...]

Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.⁷⁴

Nesse contexto, percebe-se a importância de conciliação entre a democracia representativa com a democracia participativa. Santos e Avritzer apresentam duas formas possíveis de combinação entre a democracia participativa e democracia representativa: “coexistência e complementaridade”⁷⁵. A primeira implicaria na convivência, em diversos níveis, das diferentes formas de proceduralismo, organização administrativa e variação de desenho institucional, de modo a coexistir a democracia representativa em nível nacional com a democracia participativa em nível local.

A segunda forma seria a complementaridade, que expressaria uma articulação mais intensa entre as duas espécies de democracia. Aqui, pressupõe-se que o governo reconheça ser possível a substituição de parte do processo de representação e deliberação típicos da democracia representativa por mecanismos e procedimentos típicos da democracia participativa, como formas públicas de monitoramento e processos de deliberação pública. O objetivo da complementariedade, para os autores, seria “associar ao processo de fortalecimento da democracia local formas de renovação cultural ligadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade de

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14^a ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007. p. 155-156.

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [Org.]. **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 75.

inclusão social”⁷⁶. Continuam esclarecendo que a complementariedade seria diferente da coexistência, pois “implica uma decisão da sociedade política de ampliar a participação em nível local através da transferência ou devolução para formas participativas de deliberação de prerrogativas decisórias a princípio detidas pelos governantes”⁷⁷.

Já Paulo Bonavides em sua teoria constitucional da democracia participativa afirma que ela “segue a trilha renovadora que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome privando-o de governar-se por si mesmo”; por isso, propõe o direito como espaço de resistência⁷⁸. Similar é a concepção de democracia participativa compreendida por Canotilho como sendo “a formação da vontade política de baixo para cima, num processo de estrutura de decisões com a participação de todos os cidadãos”⁷⁹.

A participação administrativa configura um instrumento da denominada Administração Pública democrática, configurando como um instrumento de redução do distanciamento entre a organização administrativa e o cidadão. Trata-se, na verdade, de uma maior concretização do princípio democrático. Uma das principais consequências da aproximação da Administração Pública com a democracia é a abertura para a participação popular, colocando no centro da relação o cidadão.⁸⁰

Nesse sentido, é esclarecedora a síntese de Oliveira:

A estruturação e a consolidação de uma Administração Pública Democrática, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.⁸¹

Para Odete Medauar, participação administrativa refere-se (i) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, (ii) ao decréscimo da

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [Org.]. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 76.

⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [Org.]. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 76.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5^a ed. 2^a reimp., 1992. p. 413.

⁸⁰ MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração Pública democrática. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2006. p. 228.

⁸¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 5, nº 1, 2008. p. 101.

discricionariedade, (iii) à atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e (iv) às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação e na conciliação de interesses.⁸²

Gustavo Justino de Oliveira define a participação administrativa como sendo “a intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”.⁸³

Segundo Moreira Neto⁸⁴, o princípio da participação tem íntima relação com a expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses. Nesse sentido, alterase o modelo simples de democracia representativa em modelos mais complexos de democracias participativas, permitindo aos cidadãos não apenas escolherem quem os governará, mas como querem ser governados.

Ressaltando que a participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui elemento essencial do Estado de Direito Democrático, Di Pietro⁸⁵ afirma que ela “corresponde às aspirações do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, na defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger”. Portanto, a participação dos cidadãos é crucial à promoção do Estado Democrático de Direito, não sendo suficiente a mera confirmação jurídica formal de direitos. Tal participação deve ser efetivada das mais variadas formas possíveis, não podendo ficar limitada apenas ao voto, ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa de projeto de lei.

Por isso, a função administrativa contemporânea, sob o signo de Administração Pública democrática, legitima-se pela pulverização e descentralização do poder, por uma atuação mais ampla, participativa, com o controle do interesse público realizado por diversos atores, especialmente pelo controle social, pela necessidade de eficiência e resultado e, sobretudo, pelo respeito aos direitos fundamentais.⁸⁶

Assim, os indivíduos e as organizações da sociedade civil têm o direito de buscar a efetivação dos seus direitos fundamentais frente à Administração Pública. A função

⁸² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2003. p. 230.

⁸³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 5, nº 1, 2008. p. 92.

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, nº 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte, 2003. p. 32.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

⁸⁶ MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração Pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2006. p. 228.

administrativa deverá ser desempenhada no sentido de que as decisões tomadas pelos agentes, órgãos e entidades administrativas estejam o mais próximo possível dos anseios da coletividade. Isso demanda a obrigatoriedade disponibilização de canais participativos aos cidadãos, gerando soluções concertadas, tornando possível a concretização do ideal constitucional da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Com isso, solidifica-se cada vez mais a noção de Administração Pública a serviço do cidadão, caracterizando-se em verdadeiro instrumento garantidor dos direitos fundamentais, expressos e implícitos, previstos na Carta Constitucional. À Administração Pública cabe o papel de principal agente de realização do interesse público primário, pois a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e de todos os demais direitos consagrados constitucionalmente dependem, rigorosamente, de uma conduta administrativa.

Nesse sentido, a concepção de democratização da função administrativa e do papel promocional dos direitos fundamentais dessa nova Administração Pública coincide com a noção de governança que trabalha com uma maior abertura e flexibilidade dos espaços públicos, pregando a introdução de outros agentes e redes de influências nos resultados das políticas públicas, com a necessária responsabilização e transparência.

2.8 Governança, Governabilidade e *Accountability*

Como visto acima, a governança assenta-se na ideia de uma gestão pública mais profissional e eficiente. Abarca, portanto, a estrutura da Administração Pública que incorpore adequados meios de liderança, estratégia e controle, para que se possa exercer a gestão pública de maneira eficiente, com objetivos claros a serem avaliados, monitorados e direcionados, segundo os interesses da coletividade expressos na Constituição.

Na lição de Canotilho⁸⁸, governança é a condução responsável dos assuntos do Estado em todas as esferas, que coloca os assuntos de governo de forma multilateral e insiste em questões como governabilidade, *accountability* e legitimação.

Portanto, a governança diz respeito à forma como os diferentes atores organizam-se para obter uma boa gestão das atividades públicas, ou seja, a governança procura um consenso sobre

⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 5, nº 1, 2008. p. 99.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 326-329.

as prioridades e os objetivos públicos envolvendo o Estado, a iniciativa privada e a sociedade civil.

Por essa razão, governança não pode ser confundida com governabilidade, pois esta última diz respeito “às condições para o exercício do poder e da autoridade, a englobar a política e as relações entre os poderes”⁸⁹, ou seja, a governabilidade refere-se à existência de ambiente político propício à efetivação das ações governamentais, inclusive as atividades administrativas.⁹⁰

Em outros termos, a governabilidade refere-se às condições do exercício de poder por parte do governo em função da legitimidade e da criação de estruturas de apoio político. Ademais, pode ser compreendida também como as condições do ambiente político em que se concretizam as ações administrativas, à base de legitimidade dos governos, credibilidade e imagem públicos da burocracia.

Observa-se que a governabilidade refere-se mais à dimensão estatal do exercício do poder, ou seja, relaciona-se com as “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses”⁹¹.

Nesse sentido, em suma, a governabilidade assenta-se em dois aspectos: i) situa-se no plano estatal, na espacialidade pública; ii) representa um conjunto de atributos essencial ao exercício do governo, sem os quais nenhum poder será exercido.

Outro termo muito utilizado atualmente e relacionado com a governança, é a *accountability*, a qual corresponde ao dever de prestar contas associado a mecanismos de responsabilização. É inerente ao princípio republicano, pois o administrador público enquanto delegatário dos poderes que a sociedade lhe confere, deve prestar contas de sua gestão. Ou seja, a *accountability* relaciona-se com o uso do poder público, tendo em vista que o titular da coisa é o cidadão e não os gestores públicos.

Já dispunha a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. 15 que “a sociedade possui o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração”. Por isso, aqueles que representam o poder público devem se sujeitar ao escrutínio público de suas decisões, inclusive as omissões, com suas respectivas consequências.

⁸⁹ CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**, v. 18, nº 1, jan./abr. 2017. p. 171.

⁹⁰ NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. 3^a ed., rev., atual. Belo Horizonte, 2018. p. 159.

⁹¹ SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós- Constituinte. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, nº 3, 1997. p. 342.

De acordo com Alencar⁹², a *accountability* envolve a identificação e a responsabilização de quem tenha poder, na seguinte ordem: “i) prestação de contas; ii) controle e; iii) responsabilização (eventualmente)”.

Todavia, o desafio que aparece à *accountability*, nos tempos atuais, consiste na comunhão dos seus preceitos com os de governança, ou seja, quando se pensa em uma concepção mais legítima e inclusiva da *res publica* há uma vastidão de atores, públicos e privados, que cooperam entre si mutuamente.

Tradicionalmente, havia uma burocracia hierarquizada, com as competências pré-estabelecidas para cada agente. Com isso, havia um responsável por trás de cada ato, que decidia e poderia ser localizado por meio de uma simples análise de causa e efeito. Porém, hoje, com a entrada de vários atores na tomada de decisão, a responsabilidade é diluída entre várias pessoas.

Por isso, é importante estabelecer um equilíbrio entre a autonomia dos atores que executam suas tarefas tecnicamente e, ao mesmo tempo, o controle adequado por meio de requisitos objetivos que permitam aferir a eficiência das ações. Portanto, a *accountability* não deve se prender à aplicação de sanções punitivas; pelo contrário, “deve focar na análise da qualidade das atividades de interesse público e apresentar as melhores opções para se atingir bons resultados, inclusive com o oferecimento de incentivos e benefícios”⁹³.

Além disso, defendendo a necessidade de adoção de meios mais flexíveis e difusos de controle, a partir da governança, sustenta Alencar o seguinte:

O Estado não é naturalmente eficiente, nem possui mais recursos para sua ampliação, e jamais poderia controlar tudo. Além dos tradicionais modelos de controle de cima para baixo (dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público), é imprescindível que sejam modelados outros instrumentos de controle em rede; e controles por outros atores. Então, são necessárias alternativas transversais, inteligentes e baratas, em esferas interdisciplinares públicas e privadas (e talvez semipúblicas). Dentro desse espectro, enquadram-se governança, *soft law* (inclusive *guidance*) [...].⁹⁴

Classifica-se ainda a *accountability* em vertical, horizontal e societal, como importantes instrumentos de controle e responsabilização do Poder Público e alcance da boa governança. A

⁹² ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública:** responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 83-84.

⁹³ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública:** responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84.

⁹⁴ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública:** responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84-85.

accountability vertical seria responsável por garantir a dimensão democrática da *accountability*, principalmente por meio da realização de eleições livres e do voto, os quais, entretanto, por si só, são insuficientes para o controle da ação governamental. Já a *accountability* horizontal é caracterizada pela existência de agências e órgãos de controle incumbidos de supervisionar e punir as ações de outros órgãos e agências do Estado. Dentro da concepção horizontal estão, também, órgãos externos aos poderes executivo, legislativo e judiciário, que são encarregados da fiscalização das ações governamentais, como é o caso do Ministério Público. Todavia, a noção de *accountability* horizontal, embora essencial para o tema da governança, também é insuficiente para garantir a legitimidade necessária ao exercício da democracia. Com isso, surge a concepção de *accountability* societal.⁹⁵

O conceito de soberania popular implícito na concepção da democracia exige uma base de legitimidade que vai além da existência de mecanismos de *checks and balances* entre os órgãos governamentais e também dos tradicionais meios de controle por meio das eleições, razão pela qual surge o conceito de *accountability* societal. Nesse sentido, a *accountability* societal vem ampliar o conceito vertical, sendo caracterizada como uma forma de atuação da sociedade no controle das ações governamentais.

Ante o exposto, verifica-se que a gestão pública hodiernamente é uma tríade, composta por governança, governabilidade e *accountability*. Na Administração Pública enquanto responsável pela satisfação das demandas coletivas, a governança apresenta-se como um instrumento de abertura, flexibilidade, legitimidade e inclusão na tomada de decisão e escolhas das prioridades das políticas públicas, por meio do compartilhamento entre diversos atores. A governabilidade, como visto, corresponde às condições necessárias e à capacidade para que sejam implementadas as políticas públicas. E, por fim, a *accountability* está relacionada ao uso do poder e dos recursos públicos, exigindo-se prestação de contas, transparência e responsabilidade na condução da coisa pública.

2.9 Administração Pública Digital

Em tempos hodiernos, quando se fala em boa governança, atraindo, consequentemente, as ideias de abertura, participação, inclusão, cooperação, impõe-se a modernização da Administração Pública para que se torne efetivamente digital. A utilização de tecnologias

⁹⁵ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**. São Paulo, nº 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso&tlang=pt>. Acesso em: 29 maio de 2019.

digitais como estratégia de modernização para melhorar a oferta de serviços públicos à sociedade e para ampliar a participação e o controle social sobre os atos governamentais deve ser pauta da agenda da Administração Pública da Era Digital.⁹⁶

A tecnologia da informação evoluiu exponencialmente, e informações que anteriormente levariam dias ou meses para serem conseguidas hoje podem ser acessadas de forma momentânea a partir de qualquer dispositivo com acesso à internet. Por isso, nada justifica, em tempos atuais, exigir do cidadão submeter-se a longas filas de espera, deslocamento a uma repartição pública, pagamento de custas e taxas para se obter simples certidão, para um mero cadastro, entre outros serviços e/ou informações que poderiam ser disponibilizados na rede. Com isso, surge a necessidade de se utilizar, no âmbito público, tecnologias e plataformas digitais a fim de melhorar a prestação dos serviços públicos, transpondo barreiras geográficas e burocráticas, bem como disponibilizando, de maneira simplificada e otimizada, informações de interesse da coletividade.

Entretanto, um dos entraves para o avanço digital da Administração Pública ainda paira na tradição da vetusta legalidade, no sentido de que o gestor público só pode agir em estrita conformidade com a lei. É justamente no caráter pouco mutável do arcabouço normativo, frente a um mundo e a necessidades cada vez mais voláteis, aliado a uma tradição positivista de possibilidades jurídicas, um obstáculo à Administração Pública em desempenhar, com eficiência, com seus deveres constitucionais. Em outros termos, ao mesmo tempo em que se vive uma transformação cultural na agilidade de obtenção de informações; na universalização, em tempo real, do conhecimento, na massificação das relações digitais; no aparecimento repentino de tecnologias influentes em cada fatia do dever da Administração (segurança, educação, transportes, saúde, etc.)⁹⁷, os administradores públicos esbarram em rígidos sistemas normativos, regulatórios e legislativos, como balizadores de suas condutas.⁹⁸

⁹⁶ Fazendo um crítica ao perfil burocrático e rígido da Administração Pública, Carlos Ari Sundfeld denomina-o de “direito administrativo do clipe”, para o qual seria o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. Em contraponto, o mesmo autor apresenta o chamado “direito administrativo dos negócios”, que seria aquele focado em resultados, e, para obtê-los, fixa prioridades, e, com base nelas, gerencia a escassez de tempo e de recursos. (In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2^a ed. 2^a tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 147-148)

⁹⁷ Nos últimos tempos, presenciamos a polêmica, em nível nacional, envolvendo a questão dos aplicativos de transportes, como o Uber, 99POP e Cabify. A comodidade, simplicidade e eficiência dessa modalidade inovadora de transporte individual de passageiros fizeram com que tais aplicativos tivessem grande aceitação da população. Porém, apesar da recepção dos usuários, tais aplicativos foram muito contestados sobretudo por pessoas, entidades e forças políticas ligadas aos taxistas e aos proprietários de frotas de táxi. Diante desse imbróglio, o Estado viu-se obrigado a dar uma resposta à sociedade, o que aconteceu, ou pelo menos foi uma tentativa, por meio da Lei nº 13.640/2018, que alterou a Lei 12.587/12 (Lei de Mobilidade Urbana).

⁹⁸ CAVALCANTE, Rafael Jardim. Transformações da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 70.

Ademais, enfrenta-se o desafio da denominada “inovação disruptiva”, segundo a qual novas tecnologias rompem com o modo de se prestar e oferecer um bem ou serviço, pressionando a competição e contestando aqueles prestadores até então líderes do mercado. As inovações disruptivas são, portanto, aquelas que permitem a entrada de novos participantes no mercado, a partir de soluções relativamente simples. Todavia, quando a inovação disruptiva tem lugar em setores regulados (serviços públicos tradicionais, por exemplo), a questão apresenta-se mais complexa, como foram os casos do Uber e o seu impacto sobre os serviços de táxis; do WhatsApp e o seu impacto sobre os serviços de telecomunicações; e da Netflix e o seu impacto nos serviços públicos de radiodifusão e nos serviços de acesso condicionado. Assim, a Administração Pública deve estar preparada cada vez mais para lidar com essas situações e buscar a regulação que melhor atenda ao interesse público primário.⁹⁹

Nessa linha, a concepção de Administração Pública digital deve ser compreendida como o meio pelo qual o Estado deve estruturar-se para cumprir com suas obrigações e ter capacidade de, mais eficientemente, atender aos novos anseios da população. Com a utilização de ferramentas tecnológicas adequadas, é possível melhorar não só a alocação dos recursos públicos, mas também a comunicabilidade entre a Administração Pública e a sociedade civil, ampliando a acessibilidade aos serviços públicos, além de, paralelamente, reforçar os pilares da cidadania e do controle social.¹⁰⁰

Com a disseminação e adoção intensivas de novas tecnologias, como as redes sociais e os dispositivos móveis, bem como o surgimento de novos modelos de negócios baseados nessa realidade, impulsionou mudanças nas expectativas dos indivíduos em relação ao Estado, exigindo-se destas novas possibilidades de participação e de produção de serviços digitais. Nesse sentido, merece destaque a definição dada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE sobre governo digital, segundo a qual:

Governo Digital se refere ao uso de tecnologias digitais, como parte integrante das estratégicas de modernização dos governos, para criar valor público.

Ele se baseia em um ecossistema, composto por atores governamentais, organizações não governamentais, empresas, associações de cidadãos e indivíduos, que apoia a

⁹⁹ Para melhor aprofundar sobre os desafios da Administração face às inovações disruptivas, cf.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicação e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Nair Maria Gaston. Administração pública e sociedade digital: panorama evolutivo. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61.

produção e o acesso a dados, serviços e conteúdos através de interações com o governo.¹⁰¹

Diante disso, verifica-se a necessidade de mudança de perfil por parte do Estado, o qual, em vez de tentar de maneira unilateral antecipar todas as demandas da sociedade, abra as portas para que a própria sociedade participe efetivamente da identificação e do atendimento de suas necessidades, em parceria com o Estado. Muito além das questões tecnológicas, pode-se afirmar que essa mudança de postura é a principal característica do chamado Governo Digital.¹⁰²

Ademais, importa salientar que a OCDE, em suas recomendações para adequação do setor público às exigências da sociedade na Era Digital, orienta o desenvolvimento e a implementação de estratégicas que: i) assegurem maior transparência, abertura e inclusão de processos e operações governamentais; ii) incentivem envolvimento e participação de partes interessadas públicas, privadas e da sociedade civil na elaboração de políticas públicas e no desenho e na implementação de serviços públicos; iii) criem uma cultura orientada a dados no setor público; iv) reflitam uma abordagem de gerenciamento de risco para lidar com as questões de segurança e privacidade digital, incluindo a adoção de medidas eficazes e adequadas de segurança para aumentar a confiança nos serviços governamentais.¹⁰³

Nesse diapasão, no âmbito federal foi instituída a política de governança digital por meio do Decreto Federal nº 8.638/2016, com o objetivo de gerar benefícios à sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos; estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; e assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legais (art. 1º).

O referido Decreto Federal define governança digital como sendo a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia e comunicação com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos, incentivar a participação da sociedade no

¹⁰¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Recommendation of the Council on Digital Government Strategies.** 2014. p. 06. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁰² COSTA, Gledson Pompeu Correa da. Governo digital, controle digital e participação social. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital.** 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 143.

¹⁰³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Recommendation of the Council on Digital Government Strategies.** 2014. p. 06. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade do governo (art. 2º, IV).

Ademais, a política de governança digital assenta-se nos seguintes princípios (art. 3º): foco nas necessidades da sociedade; abertura e transparência; compartilhamento da capacidade de serviço; simplicidade; priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital; segurança e privacidade; participação e controle social; governo como plataforma; e inovação.

Comentando sobre a política de governança digital instituída no âmbito federal, Jessé Torres¹⁰⁴ afirma que ela se coaduna com a orientação do Estado Democrático de Direito para que a gestão pública faça uso crescente de ferramentas de administração consensual, esta essencial para a emancipação sócio-econômica-cultural da sociedade, que passa a participar das decisões que importam à gestão dos recursos aplicados em programas de interesse público e de efetivação dos direitos sociais fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Portanto, os novos recursos tecnológicos são uma oportunidade de otimização da governança, uma vez que melhoram a interação e participação com o Estado, aprimoram a prestação dos serviços públicos, além de reduzir significativamente os custos transacionais, tornando, consequentemente, os serviços mais acessíveis. A utilização desses recursos é uma forma de aproximar os governos dos cidadãos e das entidades privadas, o que torna a Administração Pública mais transparente, inovadora e participativa.

2.10 A contratualização administrativa e a governança

Quando se fala em boa administração e em novo perfil da função administrativa, impõem-se, consequentemente, novos modelos de contratação pública. Ora, um Estado-Providência não consegue, diante da crescente escassez de recursos e das limitações das despesas públicas, atender aos mais variados anseios da população (saúde, educação, moradia, saneamento, etc.), além das necessidades de infraestrutura. Desta feita, as parcerias com a iniciativa privada surgem como um caminho para o atendimento dessas demandas de forma satisfatória.

As parcerias público-privadas, como qualquer outra contratação pública, não são um fim em si mesmo, mas um meio de atendimento das necessidades públicas. E, nesta perspectiva de Administração Pública mais centrada no indivíduo, na pessoa humana, as contratações públicas constituem verdadeiros instrumentos de concretização dos direitos fundamentais,

¹⁰⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, nº 101, jan./fev. 2017. p. 83.

imprescindíveis ao atingimento do programa de desenvolvimento social previsto na Carta Constitucional de 1988.

Com isso, diante de uma enorme e variada demanda pública (saúde, educação, saneamento) e da realidade de limitação fiscal, o bom gestor público deve sempre buscar a maximização dos meios disponíveis, o que lhe impõe a prévia ponderação e a escolha da forma de contratação que propiciará o melhor proveito ao interesse público primário de fundo. A liberdade, assim, é conferida para que o bom administrador desempenhe satisfatoriamente as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade, sem excessos e, tampouco, com “omissão procrastinatória”¹⁰⁵.

A Administração Pública em tempos hodiernos vem empregando, cada vez mais, métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das suas atividades. Vem ganhando prestígio a discussão acerca de uma cultura do diálogo entre o Poder Público e quem com ele se relaciona.

Com isso, aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, contrapondo com a vetusta Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade. Há uma tendência de a Administração Pública privilegiar uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação, ou seja, valorizar a utilização de métodos e instrumentos consensuais, contrariamente àquela Administração por via impositiva ou autoritária. Nesse sentido, a contratualização administrativa, decorrente do fenômeno do consensualismo administrativo, retrata a substituição das relações administrativas calcadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. Essa ideia engloba todas as formas de ajustes passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins, e não somente o contrato administrativo.¹⁰⁶

Esse fenômeno da contratualização administrativa vem se destacando desde meados da década de 1990, com a multiplicação dos módulos convencionais no exercício das atividades administrativas. Tal movimento atinge tanto a gestão de serviços públicos e atividades

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues [Coords.]. **Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto.** 1^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 258.

econômicas quanto a gestão de serviços administrativos e o exercício da atividade de polícia e de regulação.

Para Chevallier, a contratualização caracteriza um instrumento privilegiado de formalização da governança, a qual “traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública – que figura entre os fundamentos da governança”, implicando em “relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades”¹⁰⁷.

Esse fenômeno acaba forçando uma mudança de postura por parte da Administração Pública para que se adapte a uma nova realidade. Entretanto, a recalcitrância em deixar uma posição confortável de superioridade na relação com os particulares, somada à inabilidade em atuar com os instrumentos consensuais, bem como a dificuldade de detectar o melhor momento de oportunizar a todos a possibilidade de intervir e influenciar na decisão administrativa, faz com que a consensualidade seja utilizada apenas quando há expressa imposição legal. Essa situação tende a se modificar, e a nova Administração Pública, enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais, não pode ficar alheia à consensualidade.¹⁰⁸

Neste contexto, surgem os chamados contratos de resultado, de *performance* ou gestão administrativa orientada para resultados. São fundamentais a existência de objetivos claros, estratégias eficazes, monitoramento das atividades e informação sobre o desempenho. O foco na atividade final garante maior autonomia na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, permitindo à Administração Pública decidir aonde quer chegar e a forma de verificação de tais metas. Por isso, a negociação por metas resulta em eficiência, as quais, uma vez estabelecidas, servem de mensuração do desempenho e de cobrança dos gestores públicos. Importante frisar que a *performance* não se refere apenas à economia de custos ou à qualidade dos serviços, como também à adequada perseguição de metas, à resolução de conflitos, à produção de consenso, à atenção ao cidadão comum, etc.¹⁰⁹.

Além disso, quando se trata de contratos de resultados, metas e *performance*, institui-se uma importante ferramenta de controle social, possibilitando ao cidadão avaliar, mensurar e controlar os resultados. O cidadão passa a “acompanhar a implementação dos programas,

¹⁰⁷ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, nº 12, out/dez, 2005, p. 139.

¹⁰⁸ APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O Leviatã revisitado – o procurador do município e o novo paradigma da consensualidade administrativa. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. **Direito municipal em debate**. v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 85.

¹⁰⁹ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 90-93.

projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como a satisfação de metas e indicadores”¹¹⁰.

As normas de governança impõem o respeito não somente aos aspectos econômicos, técnicos e à atualização tecnológica permanente, como também aos princípios da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais, ao interesse público primário e à transparência.

2.11 Boa governança: direito fundamental autônomo ou conteúdo do direito fundamental à boa Administração Pública?

Uma questão interessante que merece ser abordada trata-se da análise de ser a ideia de boa governança como direito fundamental autônomo ou apenas uma parcela do conteúdo do direito fundamental à boa Administração Pública.

Antes, contudo, é necessária uma melhor compreensão dos direitos fundamentais.

2.11.1 Os direitos fundamentais na ordem constitucional de 1988

Os direitos fundamentais assemelham-se com os direitos do homem, por mais que se trate de diferentes categorias, enquanto direitos históricos. Os direitos humanos são inerentes ao homem, à sua dignidade, à sua natureza, a imbricar uma reflexão jurídica e axiológica, independentemente da sua positivação em uma determinada ordem jurídica.

Contudo, predomina-se o entendimento sobre a universalidade dos direitos humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), em contraposição aos direitos fundamentais, que são considerados nada mais do que os direitos humanos vigentes em uma determinada ordem constitucional¹¹¹. Para Alexy¹¹², os direitos fundamentais são aqueles que se encontram positivados na ordem constitucional de determinado ordenamento jurídico.

As normas de direitos fundamentais encontram-se no centro dos atuais sistemas jurídico-constitucionais, a vincular todos os poderes e a própria iniciativa privada. Tais normas correspondem àqueles direitos indispensáveis ao desenvolvimento humano, impondo ao Estado

¹¹⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 15, nº 79, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntr=96029>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹¹¹ Neste sentido, cf.: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. 2^a reimpr. Coimbra: Almedina, 1997. p. 393.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 280.

a obrigação de garanti-los. São elas que possibilitam a concretização da dignidade da pessoa humana no mundo real.

No sentido clássico, os direitos fundamentais tinham a função de tutelar os indivíduos contra as violações estatais, como direitos de defesa, repousando-se na ideia nuclear de que o Estado deveria deixar o cidadão em paz. Entretanto, a partir do reconhecimento de novas, sucessivas e complementares funções, os direitos fundamentais passaram a tutelar o indivíduo, independentemente do tipo de relação jurídica por ele praticada, seja com entes públicos, seja com entes privados¹¹³.

Os direitos fundamentais desempenham a chamada função negativa, segundo a qual é vedada aos poderes estatais a prática de intervenções na esfera de liberdade do particular. Trata-se dos direitos de defesa, ou seja, os direitos oponíveis pelo seu titular contra o Estado. Por outro lado, tem-se a função positiva dos direitos fundamentais, na qual o particular pode exigir do Estado a prática de prestações positivas, o que impõe ao Estado a obrigação jurídica de se tornar ativo no interesse do particular. São os denominados direitos prestacionais.¹¹⁴

Destaca-se, também, a função contramajoritária dos direitos fundamentais, os quais configuram trunfos das minorias ou lei dos mais fracos. Isso implica dizer que a regência do princípio da decisão majoritária deve respeitar o limite dos direitos fundamentais. Assim, a maior garantia que se pode outorgar aos direitos fundamentais é a de que não serão anulados pelas maiorias.

No sentido de que os direitos fundamentais representam uma limitação ao exercício do poder estatal, protegendo a liberdade dos cidadãos, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹¹⁵ consideram os direitos fundamentais como sendo os “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Destaca-se, entre os elementos básicos do conceito de direitos fundamentais, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal, por isso,

¹¹³ Para melhor aprofundar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência do STF, cf.: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang [coords.]. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131-165.

¹¹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 29.

¹¹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2^a ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

os autores consideram como sinônimos “direito fundamental” e o termo “direito que possui força jurídica constitucional”.¹¹⁶

Importante trazer à tona a definição de direitos fundamentais apresentada por Ingo Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹¹⁷

Um ponto relevante do conceito apresentado acima corresponde ao fato de que nem todo direito fundamental encontra previsão expressa na ordem constitucional positiva. Em razão da “abertura material do Catálogo”, prevista no art. 5º, §2º da CRFB, têm-se aqueles direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, assim como direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados, como é o caso do direito fundamental à boa administração pública, conforme desenvolvido acima em tópico específico.

Para Canotilho¹¹⁸, ao lado dos direitos fundamentais descritos expressamente em determinada parte da Constituição, tem-se os direitos fundamentais sem assento constitucionais – extraconstitucionais e materialmente fundamentais – e os direitos fundamentais dispersos, localizados em outras partes do texto constitucional. Dessa forma, a ordem constitucional é considerada um sistema aberto de princípios e regras, os primeiros com uma função normogenética e sistêmica enquanto fundamentos das regras e sustentação da ordem jurídica¹¹⁹. De qualquer modo, princípios e regras entrelaçam-se a dar a forma ao sistema normativo.

Em uma visão mais universal, Ferrajoli¹²⁰ considera os direitos fundamentais como sendo “aqueles direitos subjetivos que dizem respeito a todos os seres humanos dotados do status de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir”, para o qual os direitos

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2^a ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1071-1079.

¹¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 374-380.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim [et. al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

fundamentais englobam tanto uma imposição ao Estado de prestações positivas, em âmbito social, quanto prestações negativas à atuação estatal, para permitir a liberdade dos indivíduos.

Uma questão que se apresenta nos dias atuais, a partir do neoconstitucionalismo e da forma de se interpretar os variados ramos do Direito a partir da Constituição Federal, trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais no sentido de hipertrofia desses direitos. Com isso, o intérprete constitucional deve buscar um equilíbrio, o que é possível a partir da existência de uma pré-compreensão em torno do significado e alcance dos direitos fundamentais isoladamente considerados.¹²¹

Por isso, deve-se interpretar adequadamente as disposições constitucionais de direitos fundamentais, compreendendo-as na sua interdependência e entrelaçamento:

Faz-se irretorquível o mandamento segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida, sendo que todos os princípios constitucionais devem ser respeitados ao máximo e de modo harmonioso, sem se render o intérprete às seduções de privilegiar uma só das gerações de direitos fundamentais, qualquer que seja.¹²²

Cumpre salientar que o sistema jurídico constitucional brasileiro assegura um rol de direitos e garantias fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, princípio e valor fundamental-constitucional, a qual, em razão da sua magnitude, exerce a função de conferir “unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”¹²³.

Ademais, importa salientar que um dos grandes desafios que surge quando se trata de direitos fundamentais implícitos é justamente o de identificar e justificar os critérios que poderão servir de fundamento para a sua localização como posições jurídico-fundamentais. Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha a função na construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional, ou seja, a dignidade da pessoa humana serve “como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional), e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição”¹²⁴. Além do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e positivados ao longo do texto constitucional (aqueles fora do Título II da CRFB), a dignidade da pessoa humana serve também como critério de justificação de direitos

¹²¹ Sobre o problema da hipertrofia de direitos fundamentais, cf.: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59-62.

¹²² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 207.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101.

fundamentais autônomos, sem qualquer outro referencial adicional¹²⁵. Com isso, eventual ofensa a determinado direito fundamental constitui também, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, é possível deduzir posições jurídico-subjetivas fundamentais, sem referência direta a qualquer outro direito fundamental. Nesse sentido é que a boa governança e os aspectos a ela inerentes devem ser analisados para, ao final, concluir-se sobre sua fundamentalidade ou não. Seria a boa governança um direito fundamental?

2.11.2 Boa governança

Retomando a noção de governança trabalhada pelos estudiosos e organismos internacionais, como visto acima, encontra-se atrelada à ideia de abertura à sociedade e aos cidadãos, o agir em rede de forma articulada, o empoderamento social por meio de uma maior participação nas tomadas de decisões.

A governança pode ser compreendida como um modelo alternativo a estruturas governamentais hierarquizadas, exigindo-se que os governos sejam mais eficazes, não apenas com capacidade máxima de gestão, mas também garantindo e respeitando as normas e os valores próprios de uma sociedade democrática. Por isso, a relevância de se desenvolver as práticas de governança no âmbito público, pois estão fundadas em elevados padrões éticos e voltadas à promoção da transparência das ações governamentais. Além disso, caracterizam-se como instrumentos para alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e da sociedade civil, por meio da adoção e da propagação de um pluralismo de dimensões múltiplas, em todas as áreas do Estado.¹²⁶

Em meados da década de 1990, o Banco Mundial resumiu a boa governança como “previsível, aberta e esclarecida política (isto é, processos transparentes); uma burocracia imbuída com uma ética profissional; um Poder Executivo responsável pelas suas ações; e uma forte participação civil nos assuntos públicos; e tudo sob o Estado de Direito”¹²⁷.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4^a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

¹²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues [Coords.]. **Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto.** 1^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 256

¹²⁷ WORD BANK. **Governance: The Bank's Experience.** Washington: Word Bank, 1992. p. 7.

Na mesma linha, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento apresentou as seguintes características da boa governança:

[...] participativo; sustentável; legitimado e aceito pelo povo; transparente; promotor da justiça e igualdade; capaz de desenvolver os recursos e métodos da governança; promotor do equilíbrio de gêneros; tolerante e receptivo às diferenças; hábil na mobilização de recursos para fins sociais; atuação conforme o Estado de Direito; eficiência e efetividade no uso dos recursos; geração e comandos respeitosos e verdadeiros; responsável; capaz de definir e conduzir às soluções nacionais; hábil e facilitador; mais regulador do que controlador; capaz de negociar com questões temporais; serviços focados”.¹²⁸

Verifica-se que a boa governança é caracterizada principalmente pela participação, pelo Estado de Direito, pela transparência, responsividade, justiça, inclusão, efetividade, eficiência e responsabilização. Assim, a boa governança relaciona-se com a forma como o governo acontece ou deveria acontecer, abarcando uma valoração acerca dos procedimentos, da transparência e da qualidade dos processos de tomada de decisões.

Portanto, a boa governança possui a marca da descentralização da tomada de decisão, possibilitando a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada e dos agentes econômicos privados, o que faz da participação e da responsividade elementos nucleares de uma boa governança.

Nesse diapasão, há quem defenda a existência de um direito fundamental à boa governança, decorrente do direito fundamental à boa administração:

A boa governança, conforme delineamentos conceituais já efetivados, remete a elementos nucleares daquilo que pode ser considerado uma boa administração, especialmente quando se tem por base a participação, a responsabilização e a transparência em um Estado Democrático de Direito. A boa governança denota a observância e o cumprimento dos preceitos constitucionais vinculantes à administração pública. Naturalmente, não seria possível cogitar a existência de uma boa governança sem considerar a legalidade, a moralidade, a publicidade, a impessoalidade, a motivação, a participação e o controle da administração e respectivos gestores.

A boa governança, entrelaçada às normas constitucionais norteadoras das atividades administrativas, constitui-se em norma de direito fundamental, enquanto fim a ser buscado pelas administrações públicas, em todos os níveis, na concretização dos deveres postos pela ordem jurídica cogente, a resguardar, elementarmente, a autonomia dos entes que integram o pacto federativo nacional.¹²⁹

¹²⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Reconceptualizing Governance*. 1997. p. 19.

¹²⁹ CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, v. 18, nº 1, jan./abr. 2017. p. 179.

Pelo entendimento acima, observa-se que a boa governança, mesmo sendo reconhecido como sendo um elemento de outro conceito mais amplo, qual seja, o da boa administração, é considerado um direito fundamental implícito.

Por outro lado, Vanice do Valle¹³⁰ identifica o mesmo sentido para governança e o direito fundamental à boa administração, considerando a primeira como sendo um instituto desenvolvido pela ciência da Administração e o segundo pelo Direito, razão pela qual propõe uma conciliação entre essas duas disciplinas científicas por meio do “reconhecimento da governança como parcela do conteúdo (em construção) do direito fundamental à boa administração”¹³¹. O discurso é o mesmo, embora cada qual utilize o código de fala que lhe é próprio. Defendendo a incorporação da governança como conteúdo do direito fundamental à boa administração, conclui a autora:

Governança se afigura, portanto, como conteúdo possível do direito fundamental à boa administração, que, a par de contribuir para o aprimoramento da atividade administrativa, presta reverência à democracia de funcionamento. Afirmar-se, de outro lado, que a governança como conteúdo do direito fundamental à boa administração decorre do princípio democrático implica atrair em favor dessa característica da administração as garantias que são próprias à democracia no campo da eficácia imediata e à irreversibilidade dessa opção constitucional, posto que alcançada pela proteção própria às cláusulas pétreas. Reconciliam-se assim as propostas teóricas no campo da administração com a estrutura constitucional reconhecida pelo Direito.¹³²

Portanto, desenvolver o conceito da boa governança no Direito significa juridicizar o modo de desenvolvimento da Administração Pública, que corresponde, em tempos atuais, ao movimento de democratização da função administrativa, a partir de uma perspectiva participativa, inclusiva e procedural. Em outros termos, a proposta por meio da governança de incorporação de atores externos à estrutura formal de poder ao processo de decisão democratiza e desenvolve a função administrativa, contribuindo para a concepção de uma Administração Pública promotora dos direitos e garantias fundamentais entabuladas na ordem Constitucional.

Por isso a relevância de se desenvolver as práticas de governança no âmbito público, pois estão fundadas em elevados padrões éticos e voltadas à promoção da transparência das ações governamentais. Além disso, configuram-se instrumentos para alcançar a estabilidade

¹³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 83-85.

¹³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 128.

¹³² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 115

das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e da sociedade civil, por meio da adoção e da propagação de um pluralismo de dimensões múltiplas, em todas as áreas do Estado.

3 O SISTEMA JURÍDICO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

3.1 Contextualização das Parcerias Público-Privada (PPP) no Brasil

O desenvolvimento das PPPs no Brasil ocorreu a partir das reformas do Estado na década de 1990, por meio das quais se buscou introduzir no seio da Administração Pública técnicas gerenciais e de gestão próprias da iniciativa privada, além da tão desejada eficiência¹³³ como objetivo a ser perseguido na promoção da atividade administrativa.

As PPPs, no contexto da progressiva transformação das relações entre o Estado e os privados no domínio da atuação econômica, consubstanciam mais uma forma de colaboração entre os dois universos para a prossecução de fins de interesse coletivo. Essa evolução corresponde a uma alternativa para reduzir a unilateralidade da atuação do Estado, passando, preferencialmente, pelo estabelecimento de consensos entre o Estado e os parceiros econômicos e sociais.¹³⁴

A privatização de atividades implica uma reestruturação da própria Administração Pública, no sentido da descentralização, da contratualização e da associação entre o público e o privado, em um movimento denominado de “fuga para o direito privado”.¹³⁵

Diante desse cenário de redução do Estado e da abrangência de sua atuação direta, focou-se em três aspectos: i) o incentivo dos meios de colaboração entre o Estado e os particulares; ii) a valorização e implementação de técnicas de gestão próprias da iniciativa privada; e iii) a contenção dos gastos públicos, estimulando novas formas de obtenção de investimento privado para obras em infraestrutura e atividades de interesse público.¹³⁶

Nesse contexto, surge então a Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), que instituiu normas gerais para a contratação de parcerias público-privada no âmbito da Administração Pública. Na realidade, as PPPs são concessões (ao lado das concessões comuns regidas pela Lei

¹³³ Não obstante as controvérsias, o princípio da eficiência foi literalmente incorporado ao sistema constitucional pátrio, preconizando à Administração uma ação rápida, precisa e apta a produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população. Reconhecendo a origem economicista do princípio. A doutrina sublinhou, todavia, a diferenciação entre a eficiência econômica e a administrativa, destacando, ainda, o imperativo de uma postura ativa da Administração, na busca desse mesmo resultado ideal, teleologicamente orientado à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana. [...] Afinal, se o tipo ideal da economia traz em si uma racionalidade que privilegia as relações de custo-benefício, o tipo ideal do direito, nem sempre encontra sentido nessa mesma equação econômica. [In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2^a ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, 2016. p. 83-84.]

¹³⁴ FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** Belo Horizonte, Ano 1, nº 4, out./dez., 2003. p. 64.

¹³⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado.** Coimbra: Editora Almedina, 1996.

¹³⁶ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126.

nº 8.987/95), mas com a inovação de algumas garantias ou, nas palavras de Juarez Freitas, de “blindagem”¹³⁷, com o propósito de atrair investidores a aceitarem ajustes de longo prazo de amortização em empreendimentos de maior monta. E também, as PPPs diferenciam em termos de alocação de riscos, distribuição de responsabilidade e de formas de contrapartida financeira do risco de longo prazo assumido pelo privado, reconduzindo à noção de *project finance*.

O *project finance* pode ser concebido como uma modalidade de financiamento garantido pelas receitas, ativos e direitos de um projeto específico. Trata-se de uma forma de financiamento baseada na atratividade do próprio projeto, e não na análise de crédito da entidade privada, como acontece com o *corporate finance*. Em outros termos, o *project finance* fundamenta-se na capacidade do próprio projeto em gerar recursos que garantam o pagamento e a remuneração do capital investido.

O *project finance* originou-se nos mercados financeiros privados e foi trazida para o setor público a partir da década de 1970, sob o impacto da crise petrolífera de 1973, ocasião em que as finanças públicas mundiais foram arrastadas para um processo de crescimento exponencial da dívida pública, levando à busca de alternativas menos onerosas para os contribuintes no seu conjunto.¹³⁸

Noutro giro, a relação jurídica oriunda do contrato de PPP é plurilateral, envolvendo o Poder Concedente, concessionário, usuário e o agente regulador¹³⁹. Nessa relação, por óbvio, o parceiro privado visa à lucratividade do negócio, afastando-se desse regime as parcerias voluntárias firmadas com o chamado Terceiro Setor, tais como as regidas pela Lei nº 13.019/14, as celebradas com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (Lei nº 9.790/99) e os contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98).

A distinção básica entre as PPPs e as concessões comuns reguladas pela Lei nº 8.987/95 refere-se a dois aspectos principais: i) a contraprestação do Poder Concedente como obrigação do parceiro público estabelecida no contrato de concessão; ii) a previsão de novas formas de garantia (blindagem) do investimento do parceiro privado, com a repartição dos riscos negociais, de modo a oferecer maior segurança sobre o retorno dos valores empregados. Há, ainda, a previsão de constituição de fundo garantidor de obrigações do Poder Público em relação ao parceiro privado e da obrigatoriedade de operação da concessão por intermédio de

¹³⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 290.

¹³⁸ FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** Belo Horizonte, Ano 1, nº 4, out./dez., 2003. p. 67.

¹³⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 292-293.

pessoa jurídica especialmente criada para esse fim, a denominada Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade é justamente a de obter uma correta delimitação dos riscos do empreendimento, bem como de possibilitar melhores técnicas de gestão e transparência das obrigações relativas à concessão.

As PPPs também se diferenciam do regime de contratação administrativa tradicional calcado na Lei nº 8.666/93, caracterizado por um controle marcante exercido pela Administração, desde a elaboração do projeto básico até o acompanhamento da obra. Há uma grande disparidade de forças entre as partes, favorecendo a Administração Pública em relação ao contratado, sobretudo em face das cláusulas exorbitantes e da previsão de garantias em mão única. Nas contratações tradicionais, os instrumentos de controle e fiscalização estão direcionados diretamente ao detalhe da execução, por meio de medições periódicas realizadas pela Administração com vistas a apurar o avanço e a qualidade da execução. Nesse regime, o projeto executivo acaba servindo como o principal instrumento a serviço da Administração para fiscalizar e manter o controle sobre a execução da obra, assegurando o cumprimento das premissas da contratação, em especial quanto a sua eficiência e economicidade.

Já no regime das PPPs, muitas questões são solucionadas por institutos próprios, como a preocupação com o sobrepreço da obra praticamente inexiste em razão dos seguintes fatores: i) a estipulação prévia de um preço global pela Administração, já na fase de licitação; ii) a alocação de riscos do contrato; iii) a responsabilidade da concessionária em elaborar, com maior liberdade, o projeto executivo, podendo inclusive oferecer alternativas aos elementos do projeto básico apresentados pela Administração. Ademais, a garantia quanto à segurança e solidez da obra é alcançada principalmente pelo fato de que, ao contrário do que ocorre na contratação regida pela Lei nº 8.666/93, na PPP o particular assume a operação e manutenção da obra até o encerramento do prazo contratual. Por essa razão, será o maior interessado em executar corretamente a obra, pois, senão, caberá a si próprio arcar com os custos de eventuais reparos ou de uma manutenção mais dispendiosa, comprometendo os indicadores de desempenho e, consequentemente, a sua remuneração integral.¹⁴⁰

O regime das PPPs também possibilita uma maior flexibilidade no acompanhamento da execução das obras, sem que isso represente qualquer risco à Administração. A ausência de um controle rígido na execução da obra permite que o particular adote soluções alternativas, que podem representar um incremento na qualidade geral da obra.

¹⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, Ano 11, nº 42, abr./jun., 2013. p. 99-101.

Por essa razão, Cristiana Fortini¹⁴¹ chama a atenção no sentido de que não se pode compreender o contrato de PPP com os mesmos olhos com que se examinam os contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, pois seria ignorar o cenário que conduziu à criação das PPPs, bem como o corte normativo que se pretendia e se fez em relação à Lei nº 8.666/1993.

Com isso, surge mais uma alternativa a ser avaliada e ponderada pelo administrador público, principalmente diante daqueles projetos cujas características demonstrem a possibilidade de sua transferência à gestão privada, mediante compartilhamento dos riscos.

3.2 O regime jurídico da parceria público-privada (PPP) no direito brasileiro

A parceria público-privada de que trata a Lei nº 11.079/2004 enquadra-se como espécie de negócio jurídico administrativo, contrato administrativo de concessão, sob o regime de direito público, celebrado entre os órgãos da Administração Direta ou Indireta no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e a iniciativa privada, voltada para a realização, por esta última, de serviços públicos ou de obras públicas.

O art. 2º da Lei das PPPs estabelece duas modalidades de concessão. A primeira, denominada de concessão patrocinada, consiste na concessão de serviços públicos ou de obra pública de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§1º). E a segunda, chamada de concessão administrativa, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (§2º).

A PPP, enquanto espécie de concessão administrativa, distingue-se dos demais modelos de concessão em razão da obrigação de contraprestação do Poder Público ao parceiro privado, além da previsão contratual de repartição de riscos e de garantia de cumprimento do contrato pelos parceiros mediante constituição de garantias especiais¹⁴². Do ponto de vista da estrutura econômica da concessão, na PPP o parceiro privado tem direito à exploração econômica do empreendimento, por sua conta e risco, como meio de amortização do investimento. Como dito acima, nas concessões patrocinadas, o regime das PPPs admite que o parceiro privado seja remunerado por meio de duas fontes de recursos, ou seja, admite a coexistência da remuneração

¹⁴¹ FORTINI, Cristiana. O novo (futuro) marco legal das parcerias público-privadas. **Revista Consultor Jurídico**, 19 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/interesse-publico-futuro-marco-legal-parcerias-publico-privadas>>. Acesso em: 09 out. 2019.

¹⁴² MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

direta pelo serviço ou obra por parte dos usuários, além da contraprestação direta do Poder Público.

E as concessões administrativas regidas pela Lei das PPPs caracterizam-se pelo fato de a Administração Pública constituir-se como usuária direta ou indireta da prestação de serviços, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. O parceiro privado antecipa os investimentos necessários às obras, instalações e equipamentos, viabilizando a prestação de determinado serviço de interesse público, sendo que a sua remuneração não fica adstrita à mera execução de parcelas da obra, mas sim à performance na satisfação das necessidades da Administração, como usuária direta ou indireta do serviço prestado.

Nesse sentido, é cabível o pagamento variável vinculado ao desempenho, conforme metas, padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, permitindo ao Poder Público o emprego de mecanismos de incentivo para premiar a boa prestação dos serviços contratados. Ou seja, transforma-se o Concessionário em autêntico parceiro da Administração, mantendo-se corresponsável pelo resultado obtido a partir da utilização da infraestrutura por ele construída.¹⁴³

A concessão administrativa serve, principalmente, para os serviços públicos de demanda universal, tais como iluminação pública, saneamento básico e limpeza urbana, para os quais se mostra inviável a exploração econômica pelas regras de mercado, mediante cobrança de tarifas dos usuários.

A prestação desses serviços de interesse coletivo permite a instituição de taxas ou contribuições, como a taxa de esgoto e a Contribuição para Custo da Iluminação Pública (CIP), de modo a garantir fonte de custeio para pagamento da remuneração do parceiro privado. A arrecadação desses tributos é prerrogativa do Poder Público, com base no uso efetivo ou potencial do serviço disponibilizado, mas os recursos arrecadados podem ser destinados a fundo específico com vinculação ao contrato da PPP.

De igual modo, pode ser considerado como concessão administrativa o fornecimento de utilidades à própria Administração, tais como a construção e manutenção de centros administrativos, hospitalares, escolas, implementação de projetos na área da tecnologia da informação, entre outras.

De acordo com o art. 2º, §4º, a celebração de contratos de concessão sob o regime da Lei das PPPs foi restringida para determinadas situações, exigindo-se, com isso, investimentos

¹⁴³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4, nº 13, jan./mar. 2006. p. 194.

de maior monta, no mínimo de 10 milhões de reais¹⁴⁴, o período de prestação de serviço não inferior a cinco anos, e que não tenham como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Com isso, nas hipóteses excluídas pela Lei das PPPs, havendo concessão, esta será regulada exclusivamente pelas normas da Lei 8.987/1995 que tratam das concessões comuns.

Outra distinção entre o regime das PPPs e o das concessões comuns refere-se ao prazo do contrato. Enquanto a lei das PPPs estipulou o prazo de no mínimo cinco e no máximo 35 anos, incluindo eventual prorrogação (art. 5º, I), o regime das concessões comuns deixou o prazo em aberto, a ser definido no caso concreto, sem limitações mínimas ou máximas.

Observa-se que o regime das PPPs, diferentemente do regime das concessões comuns, traz institutos que consagram maior estabilidade ao empreendimento. Isso é importante, pois, infelizmente, ainda perdura uma aguda desconfiança quanto ao adimplemento tempestivo das prestações, parciais ou totais, pelo parceiro público, principalmente em contratos de longo prazo, nos quais incidem os conhecidos riscos políticos. E, quanto menores os riscos de quebra da confiança legítima¹⁴⁵, menor a necessidade de garantias ou de blindagens especiais. Ou seja, privilegiar uma maior estabilidade e segurança jurídica aos investimentos de amortização de longo prazo, propicia terreno para a modicidade tarifária, essencial aos usuários dos serviços públicos.

Ademais, por força do art. 4º da Lei nº 11.079/2004, nas contratações de PPPs deverão ser observadas as seguintes diretrizes: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (inc. I); respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução (inc. II); indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (inc. III); responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias (inc. IV); transparência dos procedimentos e das decisões (inc. V); repartição objetiva de riscos entre as partes (VI); sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (VII). Destarte, na fase de planejamento e definição final do projeto, esses requisitos deverão estar evidenciados no processo.

¹⁴⁴ Inicialmente o valor mínimo de investimento era de 20 milhões de reais, porém, foi reduzido para 10 milhões de reais, com a edição da Lei nº 13.529/2017.

¹⁴⁵ Sobre a proteção da confiança enquanto princípio de Direito Administrativo, o que impõe a redefinição de uma série de limites à atuação administrativa, em especial, ao exigir da Administração Pública o respeito às situações constituídas regularmente e às expectativas legítimas daqueles que com ela se relacionam, não sendo suficiente a mera invocação das razões de interesse público para afastá-las, cf.: MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 243-277.

3.3 O sistema de garantias nos contratos de PPPs

A segurança jurídica é imprescindível aos investimentos de amortização de longo prazo, de modo a preparar terreno para modicidade tarifária e, simultaneamente, para a manutenção do intangível equilíbrio econômico-financeiro.

Um sistema eficiente de garantias, de segurança jurídica e de pleno respeito aos interesses legítimos de quem contrata com o Poder Público, torna mais atrativo o investimento privado com amortização no longo prazo, sendo crucial para o êxito de um projeto de PPP. A credibilidade do Poder Público no cumprimento de suas obrigações propicia um ambiente de maior interesse e competitividade nas contratações públicas, inclusive de bons prestadores e/ou investidores que até então não se dispuseram a contratar com o setor público. Portanto, quanto mais sólido e eficaz for o sistema de garantias de adimplemento, melhores serão as contratações públicas e, consequentemente, reduzirão os custos suportados pela sociedade.

Nesse contexto, a Lei nº 11.079/2004 trouxe um regime de garantias especiais para o parceiro privado com o propósito de tornar mais atrativo ao particular os investimentos com amortização de longo prazo em empreendimentos de maior monta, até então inexistentes nas contratações públicas e nas concessões comuns regidas pela Lei nº 8.987/1995. Esse novo sistema de garantias constitui-se em um importante avanço para um ambiente mais confiável de contratações públicas, em que o adimplemento seja a regra e não a exceção. É um mecanismo de assegurar a adimplência por parte do Poder Público nos contratos em que figura como parte.

Na realidade, ainda perduram inúmeros riscos e dúvidas de quem almeja contratar com a Administração Pública brasileira, como os riscos regulatórios, políticos e de inadimplência contratual. Nas PPPs, a depender da modalidade escolhida, a contraprestação pública é a única, ou, às vezes, a principal fonte de receita do parceiro privado, ou seja, o inadimplemento do Poder Público constitui-se no principal risco desse modelo de contratação. Diferentemente do que acontece com as contratações tradicionais com base na Lei nº 8.666/1993, contratos de curto prazo e com remuneração na medida em que o projeto vai sendo executado, e, também, das concessões comuns previstas na Lei nº 8.987/1995, em que a remuneração é feita na integralidade pelos usuários dos serviços públicos, mediante o pagamento de tarifa.

Já as PPPs são contratos de longo prazo que geralmente impõem vultosos investimentos no início de sua vigência, antes mesmo de iniciar qualquer pagamento pelo Poder Público, distribuindo a amortização ao longo da exploração e operação do projeto. Por isso, a relevância do parceiro privado ter garantias de que irá reaver os seus investimentos.

Conhecendo o histórico de inadimplemento contumaz da Administração Pública, nos diferentes âmbitos federativos, da sua rigidez burocrática interna, da morosidade do Poder Judiciário e das limitações do sistema constitucional de precatórios, a implementação de PPPs no Brasil sempre dependeu do oferecimento de garantias em favor do investidor privado.

Além disso, a realidade contemporânea tem demonstrado que geralmente os aportes de investimentos nos projetos de PPPs dependem do capital de terceiros. E o financiador sempre exige garantias robustas e idôneas do adimplemento do Poder Público nos moldes e na tempestividade previstos no contrato.

Diante disso, como veremos em detalhes, o art. 8º da Lei nº 11.079/2004 trouxe expressamente algumas modalidades de garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, tais como a vinculação de receitas (exceto quando se tratar de impostos e nas demais hipóteses previstas no art. 167, IV, da CRFB), utilização de fundos especiais, contratação de seguro-garantia junto a seguradoras não controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

3.3.1 Vinculação de receitas

A primeira modalidade de garantia prevista no art. 8º da Lei nº 11.079/2004 é a possibilidade de vinculação de receitas públicas, condicionando, porém, à observância da regra constitucional prevista no art. 167, IV da CRFB.

O referido dispositivo constitucional trata do princípio da não vinculação de receita de impostos, segundo o qual é vedada a vinculação de receita oriunda de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

Assim, como garantia do adimplemento das obrigações assumidas pelo Poder Público nos contratos de PPPs poderão ser vinculadas quaisquer receitas que ingressarem nos cofres

públicos, com exceção daquelas oriundas de impostos¹⁴⁶. Poderão ter sua destinação vinculada à prestação de garantia em favor do parceiro privado as receitas provenientes, por exemplo, de contribuições e taxas, espécies de tributos geradores de receitas públicas, desde que o objeto da PPP seja vinculado à atuação estatal para a qual a contribuição ou a taxa foi instituída. No caso das contribuições, um exemplo elucidativo é a vinculação da receita proveniente da Contribuição para o Custo da Iluminação Pública (CIP), instituída com fundamento no art. 149-A da Constituição Federal, como forma de garantia nos contratos de PPPs que têm por objeto os serviços de manutenção, expansão, modernização e eficientização da rede de iluminação pública¹⁴⁷.

A noção de receita pública, segundo a clássica definição de Aliomar Baleeiro, é compreendida como “a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”¹⁴⁸. Portanto, quando da decisão administrativa sobre a vinculação de uma determinada receita pública, será necessário verificar a não incidência da vedação constitucional supracitada ou outra legal aplicável, bem como se a receita almejada encontra-se disponível para a destinação a um contrato específico.

A vinculação de receitas trata-se de uma forma de pagamento a partir de receitas previamente afetadas para uma finalidade específica, ou seja, funciona como um meio originário de pagamento de obrigações do Poder Público. Por isso, mesmo não se revestindo da natureza civilista de garantia, no sentido de obrigação acessória¹⁴⁹, a vinculação de receitas oferece certa segurança ao particular (acepção mais ampla de garantia) na medida em que

¹⁴⁶ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias nas parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

¹⁴⁷ Sobre a possibilidade de utilização da CIP em PPPs, conferir o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

“[...] A contribuição especial para o custeio da iluminação pública (CIP ou COSIP) – e não a taxa de iluminação pública – pode ser utilizada pelo parceiro público como contraprestação ao parceiro privado responsável pela modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública, devendo o Município projetar sua receita de modo a estimar se ela seria suficiente para o pagamento da contraprestação, acrescentando-se que, na eventualidade de excesso de arrecadação, o valor da contribuição cobrado dos cidadãos seja reduzido. Além disso, o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.079/04)”. In: SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. **Decisão nº 536/2018**. Processo nº @CON 17/00651975. Relator Cesar Filomeno Fontes. Florianópolis, sessão em 30.jul. 2018.

¹⁴⁸ BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 130.

¹⁴⁹ Venosa explica que nas garantias, enquanto espécie de direito real sobre coisa alheia, “o respectivo titular extrai modalidade de segurança para o cumprimento de obrigação. A garantia está relacionada com uma obrigação, que fica colocada como direito principal. A garantia é acessória”. In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 11.ed. V. 5. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

assegura a utilização de determinada receita, previamente reservada pelo orçamento, para o adimplemento das obrigações do Poder Público.

Portanto, a presente modalidade consiste em uma “garantia orçamentária de que as receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP”¹⁵⁰. Em outras palavras, traduz-se em uma forma de obrigar o administrador público a endereçar parcela de receita ao pagamento de determinada despesa oriunda de contrato de PPP, se configurada a hipótese de inadimplemento.

As receitas públicas devem ser analisadas em dois momentos distintos. O primeiro, enquanto não realizadas, como simples direito de crédito em favor do Poder Público. No segundo, quando realizadas, em regra, passarão a compor o patrimônio público, imbuindo-se das características do regime jurídico de direito público, tornando-se inalienável, imprescritível e impenhorável.¹⁵¹

Há, também, quem defende que a vinculação de receitas possa ser outorgada em favor do parceiro privado no sentido de garantia real (“vinculação-garantia”), em garantia do cumprimento de obrigações contraídas pelo Poder Público no âmbito de PPPs, tendo em vista que a mera garantia orçamentária traz pouca proteção ao particular, na medida em que apenas assegura o destacamento de certas receitas.¹⁵²

Todavia, em sentido contrário, calcado nos aspectos da inalienabilidade (salvo os bens dominicais) e da impenhorabilidade dos bens públicos, as rendas públicas, enquanto espécie do gênero bens públicos, no entendimento de Mauricio Portugal e Lucas Navarro, não podem ser objeto de garantia real.¹⁵³

3.3.1.1 Constitucionalidade da vinculação de receitas

¹⁵⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada:** fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.

¹⁵¹ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; et al. [Coords.]. **Parcerias Público-Privadas:** teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 193-194.

¹⁵² Para justificar a necessidade de trabalhar a vinculação de receitas como garantia real, elenca a doutrina algumas situações de fragilidade da simples garantia orçamentária, por não assegurar: “i) dotação orçamentária suficiente para atendimento das obrigações apuradas em determinado exercício; ii) empenho e liquidação das dotações efetivamente realizadas; iii) não contingenciamento das obrigações empenhadas em razão de não concretização das receitas projetadas ou de limites financeiros de pagamento não suficientes para cobrir os restos a pagar de exercícios anteriores cumulados com as obrigações empenhadas e liquidadas no próprio exercício”. In: ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018. p. 142-143.

¹⁵³ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada:** fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.

A hipótese de vinculação de receitas públicas como garantia de obrigações contraídas pelo Poder Público em contratos de PPPs é um tema controvertido. Há uma corrente que manifesta pela inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Kioshi Harada, por exemplo, sustenta a inconstitucionalidade da hipótese prevista no art. 8º, I, da Lei nº 11.079/2004, entendendo que viola os princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal, e o regime constitucional de precatórios.¹⁵⁴

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que “há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I”, segundo o qual a “receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular”¹⁵⁵.

Ademais, Fernando Vernalha Guimarães ressalta também a existência da “tese que sustenta a inconstitucionalidade do art. 8º, por usurpação da competência do legislador complementar para legislar sobre a concessão de garantias”¹⁵⁶, conforme determina o art. 163, III da Constituição Federal.

Não obstante seja salutar o debate doutrinário, cuja preocupação é o respeito ao sistema jurídico constitucional, a incerteza que dele decorre e a falta de posicionamento concreto do Poder Judiciário sobre a questão acabam impactando negativamente no desenvolvimento de projetos de PPPs, inclusive naqueles em execução, pois intensificam a insegurança e a imprevisibilidade das partes envolvidas, tanto do Poder Público quanto dos particulares, empreendedores ou financiadores.¹⁵⁷

Portanto, sobre a questão, seria relevante um posicionamento definitivo do Poder Judiciário e dos órgãos de controle sobre a constitucionalidade da vinculação de receitas, o que certamente contribuiria para o desenvolvimento de novos projetos de PPPs, cujos riscos do empreendimento poderiam ser mitigados diante de uma maior segurança jurídica, o que acarretaria, consequentemente, a redução dos custos à sociedade.

3.3.1.2 A vinculação de receitas na visão do Poder Público e do particular

¹⁵⁴ HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18939-18940-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. rev. e atual. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 803.

¹⁵⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 353.

¹⁵⁷ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; et al. [Coords.]. **Parcerias Público-Privadas**: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 188-189.

Importa salientar que a previsão contemplada no art. 8º, I da Lei nº 11.079/2004 tem natureza de norma geral, o que significa dizer que, em cada caso concreto, será necessária a aprovação de lei específica do respectivo ente federativo autorizando a vinculação de receita pública devidamente identificada e dispondo sobre os limites e percentuais correspondentes.

A vinculação de receitas tal qual a hipótese de fundos especiais, como será visto adiante, constitui-se em via originária de pagamento ao parceiro privado. Por isso, como dito acima, a vinculação de receitas não se enquadra na noção de garantia específica, no sentido de obrigação acessória, mas, no sentido *lato*, o que não deixa de conferir certa segurança ao adimplemento da contraprestação pública.¹⁵⁸

Assim, na etapa de planejamento e estruturação da viabilidade do projeto de PPP, a Administração Pública, dentro do seu juízo de discricionariedade, deve considerar a viabilidade de vinculação de receitas como forma de mitigação dos riscos do particular. Na situação concreta, verificando que o mercado encontra-se disposto a trabalhar com essa “garantia”, entendemos que o administrador público deve preferi-la em relação às demais modalidades, tendo em vista a ausência de custos ao Poder Público. Enquanto outras modalidades de garantias geram despesas, como a contratação de fiança bancária ou de seguro-garantia no mercado financeiro ou securitário, a vinculação de receitas não acarreta nenhum custo aos cofres públicos.

Sob a perspectiva do parceiro privado, garantido pela vinculação de receitas, ele contará com uma parcela de receita pública “carimbada” em seu favor, assegurando o adimplemento de prestação pecuniária a cargo do Poder Público em contratos de PPPs.

No caso de inadimplemento, impende ressaltar, entretanto, que o particular deverá lançar mão dos meios de cobrança e de execução previstas no regime de direito público. Por essa razão, Bruno Aurélio¹⁵⁹ chama a atenção para o fato de que a mera vinculação de uma determinada receita pública equipara-se à ausência de garantia quando realizada “(i) pela Administração direta ou entidade da Administração indireta prestadora de serviço público; (ii) mediante apenas disposições contratuais; ou (iii) de receita cujo histórico não permita previsibilidade suficiente”. Por essa razão, para fins de diminuição do risco ao particular e do afastamento do regime dos bens públicos, orienta o autor para que seja dada preferência à “vinculação de valores provenientes de ente da Administração indireta exercente de atividade

¹⁵⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 366-367.

¹⁵⁹ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; et al. [Coords.]. **Parcerias Público-Privadas**: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 194.

econômica, cujas receitas, especialmente os dividendos, não atraem, ao menos previamente, ao ingresso no orçamento geral do ente controlador, o regime dos bens públicos”¹⁶⁰.

3.3.2 Utilização de fundos especiais

A instituição ou utilização de fundos especiais é a segunda modalidade de garantia passível de ser prestada nas contratações de PPPs, conforme disposto no art. 8º, II da Lei nº 11.079/2004. Esses fundos têm assento constitucional nos arts. 165, § 9º, II e 167, IX da Constituição Federal. São conceituados pelo art. 71 da Lei nº 4.320/1964 como sendo “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços”. Além disso, os fundos especiais estão regulados pelo Decreto-Lei nº 200/1967 (art. 172, §2º) e Decreto nº 93.872/1986 (Seção IX do Capítulo III).

Sobre essa modalidade de garantia recaem as mesmas críticas de constitucionalidade dirigidas à vinculação de receitas, conforme apresentadas acima.

De acordo com o art. 72 da Lei nº 4.320/1964, “a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais”, ou seja, consiste em uma forma de segregação de recursos orçamentários, operada dentro do próprio orçamento público. Note-se que, por meio da criação desses fundos, o Poder Público estabelece que determinadas receitas orçamentárias sejam apartadas das demais e destinadas a finalidades específicas.

Nesse aspecto de reserva de parcela do orçamento para uma atividade específica, a utilização de recursos de fundos especiais assemelha-se com a vinculação de receitas. Entretanto, diferenciam-se quanto à função de cada instituto. A vinculação de receitas serve para garantir a existência de recursos suficientes para o pagamento corriqueiro das contraprestações a cargo do Poder Público nos contratos de PPP. A utilização de fundos especiais, por sua vez, tem por finalidade garantir em favor do parceiro privado a existência de reserva de recursos para a realização dos pagamentos devidos, na hipótese de inadimplência do parceiro público. Por essa razão, é perfeitamente possível visualizar em um mesmo contrato de PPP a utilização tanto da vinculação de receitas quanto da instituição de fundos especiais.¹⁶¹

¹⁶⁰ AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; et al. [Coords.]. **Parcerias Público-Privadas**: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 194.

¹⁶¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: 2011. p. 153.

A operacionalização por parte da Administração Pública para a instituição de fundos orçamentários especiais depende de prévia autorização legislativa, por força dos dispositivos constitucionais e legais supracitados (art. 167, IX da Constituição Federal e art. 71 da Lei nº 4.320/1964). Cabe mencionar, no caso de utilização de fundos já existentes, a possível necessidade de autorização legislativa, com vistas à adequação da finalidade do fundo para a garantia de contratos de PPPs, ou seja, para que conste, entre as despesas autorizadas àquele fundo, a prestação de garantia em contratos de PPPs.¹⁶²

Cabe ressaltar, outrossim, como os recursos provenientes de tais fundos têm natureza vinculada à execução de determinadas atividades e serviços públicos, como os fundos municipais de saúde, educação, trânsito e transportes, habitação de interesse social e cultura, o objeto dos contratos de PPPs que serão por eles garantidos deverão ter pertinência com a finalidade dos respectivos fundos. É perfeitamente possível, assim, a reserva de recursos do fundo municipal de saúde para um contrato de PPP envolvendo a construção e gestão de determinado hospital. O que não seria admissível, por outro lado, a utilização de recursos do fundo de trânsito e transportes para a garantia de um contrato de PPP na área de educação, pois as suas finalidades são completamente distintas.

Em razão da natureza dos fundos especiais, de mera reserva orçamentária de recursos, não constituem garantia real em favor do parceiro privado e, consequentemente, não é possível qualquer pleito em face do fundo orçamentário, nem tampouco a execução, penhora ou o sequestro dos recursos nele contidos. Qualquer forma de excussão do crédito deverá obedecer ao regime de direito público e de precatórios. É o que ocorre também com a vinculação de receitas. A segurança conferida ao particular consiste, portanto, no conforto adicional de que determinada parcela de receita pública não poderá ser destinada a qualquer outra finalidade que não seja a realização dos pagamentos devidos pelo Poder Público.

Sobre os possíveis riscos de inadimplemento ao longo do contrato de PPP, Vitor Rhein Schirato pondera os seguintes pontos que devem ser levados em consideração pelo parceiro privado:

- (i) da manutenção da existência do fundo durante toda a vigência do contrato de PPP (risco político); (ii) da efetiva existência de recursos no fundo (risco de realização das receitas alocadas ao fundo); (iii) da efetiva utilização, pela Administração Pública,

¹⁶² VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella [org.]. **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 281.

dos recursos existentes no fundo para o saldo de suas obrigações decorrentes do contrato de PPP (novamente, risco político).¹⁶³

Verifica-se, destarte, que os riscos oriundos da utilização de fundos especiais estão ligados praticamente ao cenário político do ente concedente. Do mesmo modo como acontece com a vinculação de receitas, uma das formas de mitigação desses riscos, mormente para escapar do regime constitucional de precatórios em uma futura ação de cobrança, seria buscar garantias prestadas por entes integrantes da Administração indireta exploradores de atividade econômica. Por essa razão, alguns entes públicos têm optado por constituir empresas privadas para o desenvolvimento de projetos de parcerias e concessões, como foi o caso dos municípios de São Paulo e Belo Horizonte, que criaram, respectivamente, as sociedades de economia mista denominadas de SP Parcerias S/A e PBH Ativos S/A.

Por fim, a depender da aceitabilidade do mercado em relação à instituição de fundos especiais verificada na fase de planejamento da PPP, entendemos que a Administração Pública deve preferi-la, ao lado da vinculação de receitas, em relação às demais modalidades de garantias, em razão da ausência de custos ao erário.

3.3.3 Seguro-garantia contratado junto a seguradoras não controladas pelo Poder Público

O inc. III do art. 8º, da Lei nº 11.079/2004, dispõe que a Administração Pública poderá garantir as obrigações pecuniárias por ela contraídas em contrato de PPP mediante a contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público.

Além de figurar como hipótese de garantia do cumprimento integral das obrigações assumidas por aqueles que contratam com a Administração Pública¹⁶⁴, o seguro-garantia ou *performance bond*, como também é conhecido, passa, com o advento da Lei nº. 11.079/04, a ser admitido como instrumento jurídico garantidor das obrigações assumidas pelo Poder Público nos contratos de PPP.

Trata-se de garantia contratada em favor do beneficiário indicado na apólice, cujo objeto não é um bem material, mas sim o adimplemento da obrigação contratual por parte do segurado,

¹⁶³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Públco-Privadas**. Belo Horizonte: 2011. p. 154.

¹⁶⁴ Dispõe o art. 56, §1º, II da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:
Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:
[...]
II - seguro-garantia;

ou seja, o pagamento das contraprestações pelo parceiro público ao privado. Consequentemente, a eventual inadimplência da obrigação segurada gera o sinistro e o respectivo dever de pagamento pela seguradora ao parceiro privado beneficiário.

Do ponto de vista do parceiro privado, a contratação de seguro-garantia é bastante atrativa e eficaz, haja vista a baixa complexidade de sua instituição, bem como a possibilidade de recebimento do crédito de forma célere e integral. Outro aspecto vantajoso dessa modalidade de garantia é a possibilidade de se designar diretamente como beneficiários na apólice os entes financiadores dos parceiros privados.

Todavia, a contratação dessa modalidade de garantia junto à companhia seguradora certamente estará atrelada à apresentação, pelo Poder Concedente, de contragarantia apta a mitigar os riscos da seguradora. Considerando-se os problemas de reputação da Administração Pública como sujeito contratante, não há por que supor que a contragarantia a ser exigida venha a ser menos robusta ou onerosa que uma garantia aceitável diretamente pelo próprio concessionário. Tal cenário pode inviabilizar a utilização dessa modalidade de garantia, mormente se for contratada para abranger todas as espécies de riscos em que incorre o particular ao contratar com o Poder Público.

Nessa esteira de raciocínio, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹⁶⁵ defendem que o seguro seja contratado apenas nos casos em que: “(i) a contraprestação pública constitua parcela pouco significativa, de maneira que o risco a ser segurado seja de pequeno montante, ou (ii) o prazo do seguro-garantia seja diminuto, o que também permitiria minimizar grandemente o risco”.

Atente-se para o fato de que a Lei nº 11.079/2004 determinou expressamente que a companhia seguradora ou a instituição financeira prestadoras da garantia não poderão ser controladas pelo Poder Público, devendo-se entender por controle a definição contida no art. 116 da Lei nº 6.404/1976^{166,167}.

¹⁶⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada:** fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 230.

¹⁶⁶Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

¹⁶⁷ Schirato entende que a noção de controle não abrange apenas o controle acionário direto, mas também o controle indireto e a existência de instituições sob controle comum da mesma pessoa. [SCHIRATO, Vitor Rhein. Os

Não obstante a disposição normativa, em sua literalidade, vede o controle da instituição contratada por quaisquer entes da Administração Pública, seja direta ou indireta, há entendimento no sentido de que a ressalva feita pelo inciso III do art. 8º da Lei nº 11.079/2004 somente se aplica às instituições financeiras controladas pelo mesmo ente que figura como parceiro público no contrato de concessão oriundo da parceria público-privada, podendo haver a contratação do seguro com instituições controladas por outros entes federativos que não o Poder Concedente.¹⁶⁸

Importante destacar que a contratação do seguro-garantia pelo Poder Público deve, necessariamente, ser precedida de procedimento licitatório, em atenção ao mandamento constitucional previsto no inc. XXI do art. 37 da CRFB, segundo o qual, em regra, toda e qualquer contratação pública depende do prévio processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Caso o ente público opte por essa modalidade de garantia, recomenda-se sua contratação em conformidade com as normas editadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, juntamente à seguradora sólida, com patrimônio compatível com o valor segurado, e que esteja adimplente com suas obrigações para contratar com o Poder Público.

Fernando Vernalha Guimarães¹⁶⁹ defende que o seguro-garantia, mesmo com as eventuais dificuldades de contratação pelo Poder Público, pode ser utilizado como forma de acautelar as obrigações assumidas pelo parceiro público no contrato de PPP, principalmente quando se considera que algumas instituições internacionais, como o MIGA – *Multilateral Investment Guarantee Agency* e o OPIC – *Overseas Private Investment Corporation*, especializaram-se na concessão de seguro contra risco político (*political risk insurance*), que têm como beneficiários financiadores em *project finance* no Brasil, havendo, inclusive, cobertura contra risco de quebra contratual (*breach of contract/ contract frustration*).

sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Públíco-Privadas**. Belo Horizonte: 2011. p. 155].

¹⁶⁸ Nesse sentido, Schirato afirma que tal hipótese mostra-se possível em razão de analogia com o disposto no art. 36 da Lei Complementar nº 101/00, que veda a contratação de operação de crédito entre a Administração Pública e instituição financeira por ela controlada, não havendo vedação quanto à contratação de operações de crédito com instituições financeiras controladas por outros entes da federação. Dessa forma, se a operação de crédito, que é operação mais complexa e demanda maior atenção por parte dos operadores do Direito, pode ser contratada junto a instituições financeiras controladas por ente federativo distinto daquele que toma os recursos, o referido autor não vê razões para impedir que instituições seguradoras controladas por ente federativo distinto do parceiro público possam fornecer seguro-garantia em contrato de PPP, desde que a contratação se dê em bases de mercado para contratos do mesmo gênero. In: SCHIRATO, Vitor Rhein. SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Públíco-Privadas**. Belo Horizonte: 2011. p. 156.

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 375

Portanto, em suma, a modalidade de garantia analisada detém considerável nível de segurança e mitigação dos riscos à luz do parceiro privado; porém, sob a perspectiva do parceiro público, certamente os custos transacionais influenciarão na sua escolha. Desta feita, sua utilização pela Administração Pública dependerá de considerações de ordem econômica a serem avaliadas no caso concreto.

3.3.4 Garantias prestadas por organismos internacionais ou por instituições financeiras não controladas pelo Poder Público

A quarta modalidade de constituição de garantia em favor do parceiro privado nos contratos de concessão oriundos de parcerias público-privadas, prevista no inciso IV do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, é a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público.

Note-se que o referido inciso traz a previsão de dois tipos de garantia: (i) a prestada por organismos internacionais¹⁷⁰ e aquela (ii) prestada por instituições financeiras não controladas pelo Poder Público.

Em ambos os casos, o instrumento de garantia a ser prestado assumirá a forma jurídica de fiança, típica garantia fidejussória, por meio da qual um terceiro, o fiador, oferece seu patrimônio como garantia de uma obrigação assumida pelo devedor.

Por meio do contrato de fiança, estabelece-se obrigação acessória de garantia do cumprimento de outra obrigação. Assim, caso o devedor original falhe no cumprimento da obrigação, o credor poderá reclamar a reparação ao terceiro que prestou a garantia, havendo para o credor da obrigação dois patrimônios assegurando seu cumprimento.

Sendo a fiança modalidade de obrigação acessória, os termos e as condições da obrigação do fiador para com o afiançado serão exatamente os mesmos daqueles insertos no contrato de concessão administrativa oriundo da PPP.

Nos casos em que a fiança for prestada por instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, ela assumirá a forma de fiança bancária, que funciona exatamente como a fiança disciplinada pelo Código Civil.

¹⁷⁰ Dentre os organismos internacionais, incluem-se os organismos multilaterais e os singulares. Como exemplo de organismos multilaterais que têm muita experiência em operações de *Project Finance* em outros países podemos citar o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Mundial e sua instituição *International Finance Corporation* - IFC, a *Corporación Andina de Fomento* – CAF.

A diferença reside no fato de que, em sendo o fiador instituição financeira, essa fará jus a uma remuneração pela concessão da fiança, tornando-a contrato oneroso também em relação ao afiançado, e não apenas com relação ao fiador, como normalmente ocorre nos contratos ordinários de fiança.

Cabe dizer ainda que, consoante determina o dispositivo legal em estudo, a instituição financeira fiadora não pode ser controlada pelo Poder Público, devendo, também nesse caso, entender-se por controle a definição contida no art. 116 da Lei nº 6.404/1976, conforme desenvolvido no tópico 2.3.3 acima.

Importa salientar, não obstante a disposição normativa, em sua literalidade, vede o controle da instituição contratada por quaisquer entes da Administração Pública, seja direta ou indireta, Schirato¹⁷¹ sustenta a possibilidade da contratação da garantia com instituição controlada por ente público diverso daquele que figura como Poder Concedente.

Trata-se de modalidade de garantia altamente atrativa do ponto de vista do parceiro privado, por ser sólida, líquida e disponível. Em outras palavras, o risco de inadimplência dos entes garantidores é praticamente nulo e, no caso de inadimplemento do Poder Público, a garantia prestada é facilmente levantada pelo parceiro privado.

Pelos mesmos motivos elencados no tópico anterior, caso o Poder Público opte pela contratação de fiança junto a instituições financeiras ou organismos internacionais, esta deve, necessariamente, ser precedida de procedimento licitatório.

Caso o ente público decida por essa modalidade de garantia, é recomendada a sua contratação juntamente à instituição com autorização de funcionamento emitida pelo Banco Central, nos casos em que a entidade estiver submetida à legislação brasileira que esteja adimplente com suas obrigações para contratar com o Poder Público, e que possua patrimônio comprovadamente capaz de honrar com eventual inadimplemento.

No que tange ao ponto de vista do parceiro público, José Virgílio Lopes Enei¹⁷², ao tratar da fiança concedida por instituições financeiras, aponta a existência de dois grandes óbices para sua utilização nos projetos de PPPs, a Resolução nº 4.589/17 e a necessidade de prestação de contragarantia.

¹⁷¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: 2011. p. 156.

¹⁷² ENEI, José Virgílio Lopes. *Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 154-158.

O primeiro óbice decorre da normatização advinda da Resolução nº 4.589/17, do Conselho Monetário Nacional, que limita o montante das operações de crédito celebradas com órgãos e entidades do setor público por instituições financeiras.

Conforme dispõem os arts. 1º e 5º da Resolução, instituições financeiras não podem realizar operações de crédito com órgãos e entidades do setor público em percentual superior a 45% (quarenta e cinco por cento) de seu patrimônio de referência, e as novas operações de crédito contratadas pelas instituições financeiras com órgãos e entidades do setor público deverão observar um limite global anual estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional.

A referida Resolução esclarece ainda, no inciso I, do §1º do seu art. 1º que se entende por operação de crédito, dentre outros, os empréstimos e financiamentos, a concessão de garantias de qualquer natureza, e toda e qualquer operação que resulte, direta ou indiretamente, em concessão de crédito e/ou captação de recursos de qualquer natureza, inclusive com uso de derivativos financeiros.

Tal resolução inviabiliza a contratação da garantia bancária pelo setor público no âmbito de projetos de PPP, na medida em que os limites por ela estabelecidos para realização de operações de crédito com os Entes Públicos serão consumidos com operações de financiamento propriamente ditas, concedidas diretamente ao setor público, sem que haja espaço para meras operações de garantia.

O segundo óbice advém da necessidade de o ente público, para contratar a fiança bancária em favor do parceiro privado, ter de prestar uma contragarantia idônea, em valor igual ou superior ao da fiança. Assim, a contratação da fiança bancária não supre a incapacidade ou indisponibilidade de o poder público prestar garantia própria, na medida em que aquela pressupõe a oferta de contragarantia equivalente à instituição fiadora.

Por tais razões, José Virgílio Lopes Enei¹⁷³ afirma que a contratação da fiança bancária será modalidade de garantia pouco utilizada nos projetos de PPPs, entendendo que a contratação de garantias junto a organismos internacionais ou multilaterais é muito mais vantajoso para o Poder Público.

Isso porque, não estando tais organismos sujeitos às limitações impostas pela Resolução nº 4.589/17 do Conselho Monetário Nacional, considerando-se sua maior aptidão para assumir riscos políticos e governamentais, bem como seu grande interesse na celebração de PPPs, é perfeitamente concebível que tais organismos atuem como fiadores dos entes públicos

¹⁷³ ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018. p. 154-158.

brasileiros, “aceitando contragarantia com menor cobertura ou exequibilidade, em condições que provavelmente não seriam aceitas pelo concessionário privado e seus financiadores”¹⁷⁴.

3.3.5. Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade

Consoante dispõe o inciso V do art. 8º da Lei das PPPs, a Administração Pública poderá oferecer ao parceiro privado garantias outorgadas por empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) ou fundo criados para essa finalidade.

A criação/instituição dessas pessoas jurídicas dá-se mediante edição de lei¹⁷⁵. Note-se que a empresa estatal deverá ter entre suas atribuições a de garantir as obrigações assumidas pelo Poder Concedente em contratos de concessão oriundos de PPPs. Da mesma forma, o fundo garantidor deverá ser criado com a finalidade específica de conceder garantias ao cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Concedente em contratos de concessão oriundos de PPPs.

Tanto a empresa estatal como o fundo garantidor criados para essa finalidade específica serão constituídos sob as normas do direito privado, de modo que não se submeterão ao regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Assim, eventual cobrança ou execução recairia diretamente sob seus respectivos patrimônios. Esse expediente facilita consideravelmente a aceitabilidade pelo parceiro privado do sistema de garantias constituídas por empresa estatal ou fundo garantidor, na medida em que aumentam a certeza do recebimento dos recursos.

É importante mencionar, quanto aos fundos garantidores, que estes não se confundem com os fundos especiais previstos no inciso II do art. 8º da Lei nº 11.079/2004. Os fundos garantidores possuem natureza de fundos de investimento, com personalidade jurídica de Direito Privado, patrimônio próprio e capacidade de prestar garantias sem impactar o orçamento do Ente Público que o criou¹⁷⁶.

Esse é o caso do Fundo Garantidor de PPPs Federal – FGP, previsto no art. 16 e seguintes da Lei nº 11.079/2004, e do Fundo de PPPs criado pelo Estado de Minas Gerais por meio da Lei Estadual nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003.

¹⁷⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018. p. 157.

¹⁷⁵ Com relação aos fundos, o art. 167, IX, da CRFB veda sua instituição sem prévia autorização legislativa. No que tange às empresas estatais, o art. 37, XIX, da CRFB dispõe que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista.

¹⁷⁶ Para melhor aprofundamento sobre o tema, conf.: ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018. p. 201-202.

A garantia prestada por empresa estatal é a mais ampla das formas de garantia previstas na Lei das PPPs. Isso porque, ao permitir que uma entidade da Administração Indireta assegure obrigações advindas de um contrato de PPP, a lei concede a tal entidade o direito de escolher, dentre as diversas formas de garantia legalmente admitidas, a que melhor se adeque ao caso concreto e aos interesses do parceiro público.

É o caso da Companhia Paulista de Parcerias – CPP, criada pelo Estado de São Paulo por meio da Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004, que, dentre outros objetivos, pode prestar garantias reais, fidejussórias e contratar seguros (inciso VI, do art. 15).

Para melhor compreensão, abordaremos separadamente algumas questões acerca dos fundos garantidores e das empresas estatais.

3.3.5.1 Fundos Garantidores

Da mesma forma que recaem dúvidas quanto à constitucionalidade de determinadas modalidades de garantia, conforme desenvolvido em tópicos anteriores, as garantias prestadas por Fundos Garantidores criados para tal fim, segundo parte da doutrina, padecem de vícios de inconstitucionalidade tanto formais quanto materiais.

No aspecto formal, o questionamento advém do cotejo entre a criação do fundo pela Lei nº 11.079/2004 e a determinação contida no art. 165, §9º, da Constituição Federal, segundo o qual a instituição e a forma de funcionamento dos fundos devem ser estabelecidas por lei complementar.

Nesse sentido são as lições de Kioshi Harada¹⁷⁷:

Por outro lado, condicionou a criação de novos fundos à prévia disciplinação pela lei complementar quanto às condições para a sua instituição e funcionamento (art. 165, § 9º, II da CF).

[...]

Ora, se a Constituição Federal extinguiu todos os fundos até então existentes, com exceção dos fundos resultantes de isenções fiscais e subordinou a criação de novos fundos à prévia regulamentação, por lei complementar, das ‘condições para a instituição e funcionamento de fundos’, como é possível ao legislador ordinário autorizar a instituição de um fundo específico em que a União ingressa com a bagatela de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais)?

[...]

Em que pese o esforço da camuflagem legislativa, que se refere à autorização para a União participar do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada, a violação do art. 165, § 9º, II da CF exsurge com lapidar clareza.

¹⁷⁷ HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Públco-Privadas**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18939-18940-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019

Em sentido oposto, Alexandre Santos de Aragão¹⁷⁸ defende que, na verdade, o art. 165, §9º, II, da Constituição Federal impõe que as condições para instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar, e não que a criação de cada fundo específico dependa da edição dessa modalidade legislativa. E essa lei complementar que trata da instituição e do funcionamento de fundos já existe; é a Lei Complementar nº 4.320/1964, cujos arts. 71 a 74 referem-se apenas à “lei”, portanto, lei ordinária para instituir o fundo.

Com relação ao aspecto material, a primeira grande celeuma a ser enfrentada reside na questão se a constituição de entidade privada para atuar como fundo garantidor estaria ou não em consonância com os ditames do art. 173 da Constituição Federal.

Segundo o entendimento de Gustavo Binenbojm¹⁷⁹, não há qualquer impedimento para que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista com a finalidade de garantir projetos concebidos no formato de PPP, segundo o qual a prestação de garantias é considerada atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado.

Afigura-se, pois, claro que, ao prestar garantias por meio do Fundo Garantidor, configura exploração de atividade econômica pelo Estado.

Outra dúvida que surge ainda em relação ao art. 173 da Constituição Federal é saber se a atividade econômica explorada é necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Ora, em razão da constante necessidade de investimentos em infraestrutura e por conta da relevância que assumem as garantias nos contratos de PPPs, é possível concluir que, ao criar o Fundo Garantidor, o Estado age em nome de relevante interesse coletivo, não havendo, pois, que se falar em violação ao art. 173 da Constituição Federal.

Outro óbice que tem sido oposto ao instituto do Fundo Garantidor decorre do sistema de precatórios disposto no art. 100 da Carta Magna. Aqueles que defendem a inconstitucionalidade do Fundo Garantidor entendem que se estaria criando uma espécie de credores privilegiados em detrimento daqueles que se sujeitam ao regime dos precatórios.

¹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas: PPP's no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. p. 130.

¹⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 241, jul/set 2005. p. 172

Contudo, tal argumento não se sustenta. Consoante já dito, a lei que criar o fundo garantidor dará a ele personalidade jurídica de Direito Privado, não estando sujeito, portanto, à execução nos moldes previstos no art. 100 da Constituição Federal. O fundo poderá ser executado no regime de Direito Privado, com penhora de bens e direitos.

Assim, se é legítima a constituição de pessoa estatal de direito privado com a finalidade de prestar garantias aos projetos de PPPs, as quais, sem sombra de dúvida, sujeitar-se-ão ao regime de execução e acionamento de garantias próprias das empresas privadas, impõe-se reconhecer como válido o expediente de constituição de um fundo privado para lastrear os contratos de PPP.

Ademais, ao tratar das disposições aplicáveis à União, a Lei nº 11.079/2004 autorizou a participação da União, suas autarquias e fundações públicas como cotistas, até o limite global de seis bilhões de reais, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), cuja finalidade é prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos em virtude das PPPs.

Consoante dispõe a referida Lei, o Fundo Garantidor tem personalidade jurídica e patrimônio próprios, bem como natureza de direito privado, de modo que eventual descumprimento das obrigações assumidas pelo Contratante confere ao parceiro privado o direito de executá-lo em juízo, requerendo a penhora e excussão de bens, fora do regime dos precatórios.

Nos termos do §4º do art. 16 da Lei nº 11.079/2004, o patrimônio do Fundo poderá ser formado por diferentes bens, não havendo necessidade de licitação para sua integralização. Exige-se, todavia, sua prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda. Para serem aportados no FGP, os bens de uso especial ou de uso comum deverão ser previamente desafetados.

A fim de impedir que o FGP preste garantias em valor superior ao seu patrimônio, o §3º do dispositivo supracitado determina que os bens e direitos transferidos ao FGP sejam avaliados por empresa especializada, que apresentará laudo fundamentado indicando os critérios de avaliação adotados e será acompanhado dos documentos relativos aos bens avaliados, a fim de evitar sua supervalorização.

As garantias do FGP serão prestadas na forma aprovada pela assembleia dos cotistas, nas seguintes modalidades: (i) fiança, sem benefício de ordem para o fiador; (ii) penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia; (iii) hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; (iv) alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente

fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; (v) outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; (vi) garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Note-se que ao FGP foi conferida a possibilidade de emitir não somente fianças ou garantias pessoais, mas também garantias reais sobre bens ou recursos integrantes de seu patrimônio, conferindo assim, no tocante ao objeto da garantia, prioridade ao credor beneficiário dessas modalidades de garantia em face dos demais credores do fundo.

Por fim, o art. 21 da referida lei permitiu a constituição de patrimônio de afetação, que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído. O patrimônio afetado não poderá ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão e qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

O FGP poderá ainda prestar contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de PPP.

À medida que o parceiro público for quitando as parcelas do débito garantido pelo FGP, haverá exoneração proporcional da garantia.

Em caso de inadimplemento, a garantia poderá ser açãoada pelo parceiro privado a partir do 45º dia do seu vencimento, no caso de crédito líquido e certo, representado por título exigível aceito e não pago pelo parceiro privado. No caso de débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, o parceiro privado poderá açãoar a garantia, desde que, decorridos mais de 90 dias de seu vencimento, o débito não tenha sido rejeitado expressamente por ato motivado.

A quitação de débito pelo FGP importará em sua subrogação nos direitos do parceiro privado. Se houver inadimplemento, os bens e direitos do FGP poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

O FGP somente poderá ser dissolvido depois de efetuada a quitação da totalidade dos débitos garantidos ou a efetiva liberação das garantias pelos credores e sempre mediante deliberação da assembleia dos cotistas. Após a dissolução do FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas. Esse rateio será feito com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Questão relevante consiste em saber se Estados e Municípios possuem competência para criar seus próprios fundos garantidores.

Caso se adote a interpretação literal das disposições contidas na lei de PPPs em conjunto com a previsão do art. 22, I, da Constituição Federal, que confere competência privativa à União para legislar acerca de matéria de Direito Comercial, poder-se-ia concluir que a autorização para constituição de fundo garantidor foi conferida única e exclusivamente à União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes.

Há, todavia, aqueles que defendem a possibilidade de se interpretar conjuntamente as disposições dos arts. 8º e 16 da Lei nº 11.079/2004, com as demais legislações sobre fundos em geral, admitindo-se a criação de fundos garantidores pelos Estados e Municípios, desde que à semelhança do FGP federal.¹⁸⁰

Não obstante, desde 2012, com a alteração da redação original do art. 16 da Lei nº 11.079/2004, o FGP está autorizado a garantir obrigações pecuniárias assumidas não apenas por entes públicos federais, mas também das esferas estaduais, distritais e municipais, pressupondo-se, para tanto, a celebração de acordo entre a União e o respectivo ente público.

Apesar de ainda não existir parceria público-privada estadual, distrital ou municipal com garantia prestada pelo FGP, trata-se de uma hipótese viável e bastante interessante tanto para o parceiro público como para o parceiro privado.

3.3.5.2. Empresas Estatais

Importante destacar que as empresas criadas com a finalidade de prestar garantias aos parceiros-privados devem reger-se preponderantemente pelas normas do Direito Privado, adotando-se a forma de Sociedades Anônimas (S/A). Tanto a lei autorizativa quanto o estatuto da estatal devem estabelecer os bens ou as modalidades passíveis de serem dados em garantia, evidenciando o objetivo de que sejam dados em garantia a obrigações assumidas pelo parceiro público em contratos de PPP.

Fossem elas estruturadas como entidades regidas pelo direito público, sua capacidade de prestação de garantias seria questionável, haja vista a prevalência do regime de precatórios.

É também fundamental que referidas empresas mantenham-se qualificadas como estatais não dependentes, ou seja, que tenham fonte de receita própria e constituam patrimônio inicial suficiente a partir da capitalização de seus acionistas.

Tal se faz necessário para que as empresas estatais não se sujeitem aos limites e às vedações impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal ou pelas resoluções do Senado Federal,

¹⁸⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018. p. 164-165.

que acabariam por inviabilizar a prestação de garantias na proporção demandada por um projeto de PPP. Além do mais, fossem tais normas aplicadas, as garantias prestadas pela sociedade garantidora seriam tratadas como operação de crédito atribuíveis a seus entes controladores.

Deve-se ressaltar ainda que consoante dispõe o §2º do art. 28 da Lei 11.079/2004, não se inserem no limite previsto no *caput* do referido artigo as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pelas empresas estatais não dependentes, hipótese em que as próprias estatais são a parceira pública contratante, e não a mera garantidora.¹⁸¹

Outro ponto interessante a se destacar quanto às empresas estatais é que essas, diferentemente do FGP, podem funcionar também como entidades especializadas do Poder Público no processo de formulação de um projeto de PPP.¹⁸²

Consigne-se, por fim, que os Estados e Municípios, em razão dos questionamentos direcionados à constituição de fundos garantidores estaduais e municipais e com o fim de agregar outras atribuições que não seriam cabíveis dentro das finalidades de um fundo garantidor, preferiram constituir estatais garantidoras como principal instrumento garantidor de suas PPPs.

3.3.6 Outras garantias

Por fim, cumpre atentar para a autorização final contida no inciso VI do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, para que possam ser adotadas como formas de garantia quaisquer outros mecanismos admitidos em lei.

Nota-se que o legislador conferiu ao Ente Público a possibilidade de adotar qualquer um dos mecanismos de garantia regidos pelas regras do direito privado, desde que inexista vedação expressa do seu uso pela Administração Pública.

¹⁸¹ Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§1º [...]

§2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes.

¹⁸² É o que ocorre, por exemplo, na cidade de Belo Horizonte/MG, que, por meio da Lei Municipal nº 10.003/10, conferiu à PBH Ativos S.A. competência para participar do processo de formulação de projetos de PPP e constituir garantias conforme necessário.

Trata-se de preciosa margem de discricionariedade conferida ao parceiro público, que poderá adotar qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 8º da Lei nº 11.079/2004, havendo, inclusive, a possibilidade de que as garantias sejam combinadas entre si.

Todavia, caso este constatado que a utilização das garantias previstas na Lei de PPPs não atende às especificidades do caso concreto, mormente no que tange aos riscos de inadimplemento do parceiro público, esse poderá utilizar-se dos mecanismos acautelatórios admitidos no direito privado ou até mesmo criar novos mecanismos preventivos.

Apesar de não aparecer diretamente no rol de garantias do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, na estruturação de garantias públicas tem-se visto amplo uso do penhor, ora em conjunto e complementariedade com outras modalidades, ora isoladamente.

Cita-se como exemplo o projeto do Complexo Penal de Minas Gerais, no qual o Poder Concedente constituiu penhor sobre direitos creditórios oriundos de contratos de financiamento celebrados entre o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais e a Fiat Automóveis S.A no âmbito do Fundo de Incentivo ao Desenvolvimento, debêntures simples, da espécie quirografária não conversíveis em ações, subscritas e integralizadas pelo Estado de Minas Gerais e emitidas pela Telemig Celular S.A e BCP S.A. e a serem subscritas e integralizadas pelo Estado de Minas Gerais de emissão da Telemar Norte Leste S.A. e títulos da dívida pública federal.

Da mesma forma, no projeto do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, o Poder Concedente segregou recursos em uma conta reserva garantidora do pagamento de contraprestações pecuniárias e deu em penhor essa conta, seu saldo, aplicações e rendimentos¹⁸³.

Quanto a essa modalidade de garantia, considerando-se que os bens dados em penhor integram o patrimônio público, faz-se necessária a edição de lei que autorize a desafetação de tais bens para que possam ser livremente alienados.

Ressalte-se ainda que a venda dos referidos bens, em caso de inadimplemento, deverá dar-se mediante alienação pública, de forma a cumprir com os princípios norteadores da Lei Federal nº 8.666/1993 e de se evitar a prática de alienações fraudulentas.

Dentre os mecanismos alternativos de garantia, pode-se citar ainda a celebração de contrato de empréstimo entre o Ente Público e o Banco Nacional de Desenvolvimento

¹⁸³ DIETERICH BOPP, Frederico. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas.** 2017. 76 f. Monografia – Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. Disponível em: <<http://abde.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

Econômico e Social (BNDES). Confirmada a inadimplência do parceiro público, o BNDES desembolsaria o empréstimo, já com autorização de empregar os respectivos recursos no pagamento da prestação inadimplida ao parceiro privado. O crédito do parceiro privado seria integralmente pago, sendo substituído por uma dívida do Ente Público para com o BNDES.

Frederico Dieterich Bopp, ao tratar da utilização de mecanismos preventivos inovadores na estruturação das PPPs, elencou as seguintes propostas como passíveis de adoção:

Uma proposta de modelagem bastante interessante propõe a utilização do FGIE [Fundo Garantidor de Infraestrutura] como provedor de garantias públicas em PPPs estaduais e municipais, tendo como contragarantia dos entes subnacionais uma obrigação de aporte de recursos ao FGIE. Caso esse aporte fosse inadimplido, a União utilizaria a prerrogativa de reter as receitas vinculadas para se ressarcir, similarmente aos contratos de contragarantia de operações de crédito garantidas pela União.

[...]

Uma opção aventada foi o uso do estoque de bens públicos imóveis. Muitos entes públicos possuem uma vasta malha imobiliária, que é subutilizada, tanto em termos de monetização (ou seja, possibilidade de venda), como de geração de receitas (via locação ou negócio jurídico similar). A estruturação de um fundo com imóveis diversos, desafetados, e com gestão profissional poderia gerar o volume de recursos necessários para viabilizar garantias públicas em determinados projetos de PPP.

[...]

Outra modelagem que se aventa é a capitalização de fundos garantidores estaduais ou municipais com recursos oriundos de linhas de crédito do BNDES, tendo FPE/FPM como contragarantia ao crédito concedido. Alternativamente, poderia haver uma linha de crédito contingente, cuja liberação de recursos para o fundo garantidor dependeria que o beneficiário da garantia (ou seja, a concessionária) notificasse o fundo garantidor e o BNDES da inadimplência do poder concedente, ocasião em que, automaticamente, a linha de crédito seria sacada e o valor devido creditado à concessionária, por conta e ordem do fundo garantidor. Quem sabe até mesmo organismos multilaterais poderiam fornecer essa linha de crédito contingente, considerando as limitações operacionais atuais do BNDES. Nesse caso, a União seria a contragarantidora do organismo multilateral e, se instada a pagar, poderia se ressarcir na forma do § 4º, Art. 167 da Constituição da República.

Portanto, a cláusula aberta prevista no último inciso do art. 8º da Lei 11.079/2004 permite a utilização de diversos instrumentos de garantias em contratos de PPPs, devendo ser adotado (ou até mesmo criado) aquele que melhor atenda às especificidades do caso concreto, melhor acautele o parceiro privado e importe em menor dispêndio aos cofres públicos.

Como visto, a Lei nº 11.079/2004 inovou o sistema jurídico administrativo brasileiro ao criar uma nova sistemática de contratação entre o Poder Público e o particular, priorizando a igualdade de condições entre os contratantes e trazendo mecanismos capazes de minorar os riscos assumidos pelo parceiro privado. Demonstra um rompimento aos paradigmas de superioridade e verticalidade da Administração Pública.

3.4 O processo licitatório para celebração de PPP

De acordo com o art. 10 da Lei nº 11.079/2004, a modalidade licitatória a ser adotada para a seleção do parceiro privado visando à celebração do contrato de PPP é a concorrência pública. O conceito de concorrência deve ser buscado da Lei Geral de Licitações.

O art. 22, §1º, da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a concorrência é a modalidade licitatória entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. É voltada às contratações de grande vulto, razão pela qual possui maiores exigências, mostrando-se, também, mais detalhista e morosa.

Entretanto, a Lei nº 11.079/2004 inovou em alguns aspectos em relação ao procedimento ditado pela Lei Geral de Licitações e aos contratos de concessão comum, regidos pela Lei nº 8.987/1995, trazendo algumas particularidades para o processo licitatório de PPP. Nota-se uma verdadeira preocupação com os aspectos da celeridade, transparência, economicidade e competitividade, como a possibilidade de inversão das fases de habilitação e classificação de propostas e a realização de uma fase de lances orais, o que, nesse aspecto, aproxima-se do procedimento do pregão, regido pela Lei nº 10.520/2002.

Com essas inovações, a licitação da PPP tende a ser mais eficiente em relação ao modelo convencional da concorrência, tanto em relação à celeridade e aos custos materiais de processamento do certame (abreviando, por exemplo, custos com a análise de documentos de habilitação de todos os ofertantes), como em relação à escolha da proposta mais vantajosa. Além disso, a introdução de uma fase de lances orais propicia não apenas maior transparência no processamento da licitação, como preserva o estímulo dos interessados em reduzir suas propostas comerciais a partir da pressão que a disputa livre pode gerar.¹⁸⁴

Importa salientar que o processo licitatório de uma PPP deve ser precedido de uma etapa interna, caracterizada pela realização de atos e estudos prévios à divulgação da licitação, a qual pode ser denominada de fase de estruturação ou modelagem do projeto. É nessa etapa que a Administração realiza todos os estudos aptos a demonstrar a viabilidade técnica, econômica e fiscal de uma PPP, bem como formaliza a documentação necessária ao desenvolvimento do processo licitatório. É também o momento que se estabelece a interlocução com a iniciativa privada, que pode acontecer tanto por meio de consulta e audiência pública quanto de procedimento de manifestação de interesse – PMI.

¹⁸⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412.

A etapa interna pode iniciar por impulso da própria Administração, a qual produzirá internamente todos os estudos, levantamentos e documentos para o futuro processo licitatório, como acontece com os procedimentos internos próprios da contratação convencional. Por outro lado, o procedimento também poderá ter início mediante chamamento público de estudos e projetos da iniciativa privada, sendo que a Administração promoverá as análises necessárias a diagnosticar seu interesse em impulsionar ou não a PPP, podendo valer-se ou não dos estudos e projetos apresentados.

Nos casos de os estudos serem apresentados pela iniciativa privada, é necessário garantir a participação de outros interessados, promovendo um chamamento público de estudos e projetos equivalentes para se estabelecerem as análises comparativas e determinar a seleção técnica do melhor projeto. Frise-se, nessa hipótese, que não haverá impedimento ao particular autor dos estudos e/ou projetos aprovados e do qual originou a licitação em disputar o certame.

Como fruto das providências relativas à etapa interna da licitação da PPP, o art. 10 da Lei nº 11.079/2004 estabelece que a abertura do processo licitatório de PPP está sujeito a algumas condicionantes.

Inicialmente, exige-se autorização da Autoridade Competente, fundada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada. Com isso, o processo licitatório deve ser instruído com a demonstração e identificação das razões justificadoras da opção pela parceria. Trata-se de evidenciar que as razões motivadoras da decisão em contratar no modelo da PPP estão amparadas em premissas técnicas, consubstanciado no resultado de estudos e verificações concretas.

É imperioso demonstrar o cotejo entre o modelo da PPP e outros modelos de contratação ou outras vias de satisfação da necessidade buscada pela Administração, de modo a evidenciar que a opção concreta pela PPP traduz a melhor formatação à valorização dos recursos públicos. A escolha do meio mais adequado para satisfação do interesse público depende da ponderação de uma série de fatores, tais como: risco do negócio, necessidade de financiamento público, capacidade de endividamento público, potencial interesse de investidores privados na execução do projeto, etc.. Além disso, as razões que justificam a utilização da PPP, em detrimento de outras formas de parcerias, especialmente a concessão comum, pode ser explicada pelo fato de que a parceria envolve contribuições pecuniárias por parte do Poder Público, o que não ocorre, em regra, no modelo tradicional de concessão.

Além disso, o ato de autorização deve estar lastreado com justificativa, em face das obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao contrato, sobre a observância dos

limites e condições decorrente da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/2000.

O art. 10 da Lei nº 11.079/2004 também exige que o processo licitatório da PPP, além do ato de autorização, esteja instruído com outras demonstrações fiscais e financeiras. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade de o Poder Concedente providenciar a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP; a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração; a previsão do objeto no plano plurianual em vigor no exercício em que o contrato será celebrado.

Essas regras asseguram um controle sobre o emprego de recursos públicos em programas de PPP, a partir do monitoramento de seus efeitos colaterais na gestão fiscal mais abrangente da Administração. Por isso, envolve várias análises prospectivas, a serem demonstradas por ocasião da abertura do processo de licitação da PPP.¹⁸⁵

Ademais, o processo licitatório da PPP está condicionado à licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, VII da Lei nº 11.079/2004). A licença ambiental prévia é uma fase preliminar do processo de licenciamento, que é regulado pela Resolução nº 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

O ato de licença ambiental decorre do exercício do poder de polícia do Estado, cujo objetivo é licenciar a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou degradantes do meio ambiente.

Nos termos do art. 8º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA, a licença prévia será concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou da atividade, para o fim de aprovar sua localização e concepção, atestar a viabilidade ambiental e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

Ressalte-se que a Lei nº 11.079/2004 exige a licença prévia ou, pelo menos, a expedição das diretrizes para o licenciamento. A concessão de licença prévia não exige o conhecimento

¹⁸⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 419-420.

do projeto básico, contentando-se com estudos e demonstrações menos exigentes. Portanto, o projeto básico deverá seguir-se à licença prévia e deverá contemplar também as recomendações e medidas mitigadoras definidas na licença ambiental prévia.

Outro ponto importante nas licitações de PPPs é a ausência da necessidade de apresentação de projeto básico pela Administração¹⁸⁶, tal como acontece nas licitações tradicionais, conforme exige o art. 7º, §2º, I, c/c art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993. De acordo com o §4º do art. 10 da Lei nº 11.079/2004, com a redação dada pela Lei nº 12.766/2012, os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado, considerando-se o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

Até o advento da Lei nº 12.766/2012, exigia-se para a licitação de PPPs que envolviam a execução de obra pública apenas a disponibilização dos elementos do projeto básico, com fulcro no art. 18, XV, da Lei nº 8.987/1995. Com a nova regra, passou-se a exigir que os estudos de engenharia para a definição do valor da PPP possuam um nível de detalhamento de anteprojeto.

O conceito de anteprojeto pode ser buscado na legislação do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, segundo a qual o anteprojeto de engenharia, para fins de contratação integrada, deve contemplar os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: i) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; ii) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; iii) a estética do projeto arquitetônico; e iv) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade (art. 9º, §2º da Lei nº 12.462/2011). Já o art. 74, §1º do Decreto Federal nº 7.581/2011 acrescenta que deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos: i) concepção da obra ou serviço de engenharia; ii) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a

¹⁸⁶ As principais críticas ao projeto de lei nesse ponto, veiculadas amplamente pela imprensa, eram dirigidas à possibilidade de realização do certame sem a existência de projeto básico do empreendimento licitado, que antecipadamente definisse seu objeto com o grau de detalhamento imposto pela Lei Geral de Licitações, e de classificação de propostas por critérios técnicos conjugados com critérios econômicos. Segundo os críticos, essas normas abririam as portas para direcionamento de resultados nos certames [PORTO NETO, Benedito. Licitação para contratação de Parceria Público-Privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138].

concepção adotada; iii) levantamento topográfico e cadastral; iv) pareceres de sondagem; e v) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

Assim, o anteprojeto deve ser orientado com base em todos esses parâmetros, a partir dos quais a Administração elaborará o orçamento sintético, calcado em metodologia paramétrica ou expedita, para fins de determinar o valor estimado da contratação.

Nesse aspecto, é importante observar que o regime de PPPs quebrou o paradigma clássico consagrado na Lei nº 8.666/1993, segundo o qual a parte privada nada planeja ou define sobre o objeto contratual, cabendo-lhe apenas executar a prestação conforme as especificações impostas unilateralmente pela parte pública. Em outras palavras, o contratado não tem motivos para se preocupar com a eficiência metodológica ou a utilidade do produto final, pois a sua responsabilidade exaure-se com a entrega da obra, prestação do serviço ou o fornecimento do bem, independentemente do resultado proporcionado à coletividade.

A lógica contratual e econômica de um contrato de PPP baseia-se em premissas bastante diferentes. A Concessionária deixa de ser tratada como mera executora de tarefas previamente encomendadas pelo Poder Público para se transformar em verdadeiro parceiro sujeito aos riscos do negócio, de acordo com a alocação dos riscos feita no projeto. Há uma liberdade do parceiro privado em conceber o projeto e assegurar os meios para sua execução, assumindo os riscos correlatos.

Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁸⁷, segundo o qual, nas parcerias, cabe ao privado empreender (conceber, projetar, viabilizar os recursos necessários, construir, organizar, prover meios, etc.), manter funcionando ou concorrer para o adequado funcionamento do empreendimento (operação). Eis aqui um elemento característico essencial. Em uma parceria, o Poder Público define o que quer (especialmente a utilidade alvitrada e as finalidades pretendidas), deixando ao particular a concepção do modo com o qual proverá o demandado, nos níveis de qualidade estipulados. Na parceria, cumpre ao Poder Público definir o que quer e ao particular, propor como conseguir (responsabilizando-se pelos riscos do caminho, da solução oferecida. Na parceria, remete-se margem de liberdade para o particular conceber a solução que se apresenta mais adequada para o resultado definido pela Administração, sabendo que lhe serão exigidos padrões de desempenho e níveis de serviço. Daí porquê, por exemplo, não faz qualquer sentido, em sede de licitação para contratação de parcerias, exigir que a Administração ofereça aos particulares o projeto básico do

¹⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286/287.

empreendimento. O que se haverá de ser definido e estipulado são os resultados e as especificações da utilidade almejada (inclusive níveis de serviço), bem como os critérios para sua aferição e as sanções pelo não atendimento destes.

Sob o ponto de vista da alocação de riscos, a legislação de PPP transfere ao Concessionário, que se encarregará de executar e gerir a obra por longo tempo, os riscos decorrentes de sua concepção. Cabe à Administração fornecer os elementos essenciais do projeto a fim de atender aos objetivos, parâmetros e resultados almejados, cabendo, por outro lado, ao Concessionário customizar o projeto, que assumirá os riscos de exploração e administração do empreendimento. Com isso, a má execução do projeto implicará em maiores ônus de manutenção da obra e vice-versa. Assim, o deslocamento do risco do projeto ao parceiro privado serve para eximir a Administração Pública dos custos de modificação de contrato por erros e inadequações de projeto. Dessa forma, quanto maior for a liberdade do parceiro privado no tocante às definições de projeto, menor será a responsabilidade da Administração, adstrita às parcelas fundamentais disponibilizadas no âmbito da licitação.¹⁸⁸

Ainda na fase interna do processo de contratação de PPP, o art. 10, VI, da Lei 11.079/2004 exige a prévia realização de consulta pública. Impõe-se a submissão das minutas do edital e do contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo final ocorrerá pelo menos 7 dias antes da data prevista para a publicação do edital.

É importante destacar que a legislação tradicional já estabelecia a exigência de audiência pública para as contratações de grande vulto, consistente no valor de 100 (cem) vezes ao limite para a modalidade de concorrência para obras e serviços de engenharia. Ou seja, sempre que a licitação tiver preço estimado em quantia superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), por força do art. 39 da Lei nº 8.666/1993, o processo licitatório está condicionado à prévia realização de audiência pública, permitindo acesso às informações e manifestação de qualquer interessado. Essa regra aplica-se, subsidiariamente, às licitações de PPPs, ou seja, quando uma contratação de PPP envolver valor acima de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), estará condicionada à realização tanto de prévia consulta quanto de audiência pública¹⁸⁹.

¹⁸⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426-427.

¹⁸⁹ Em sentido contrário: “Parece-me, no entanto, excessivo pretender aplicar o conteúdo do referido art. 39 às PPPs. O legislador condicionou a licitação de PPP ao procedimento de consulta pública, que não apenas se afigura

Cumpre salientar, contudo, que, para as PPPs, sempre será exigível a realização de consulta pública, nos termos do art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004, qualquer que seja o vulto da contratação. Em caso de ausência ou deficiência da consulta pública, a licitação será nula e, por consequência, o respectivo contrato de PPP. É possível, excepcionalmente, quando o vício for constatado no curso do contrato, que a irregularidade no procedimento não acarrete necessariamente a declaração de nulidade do contrato de PPP, garantindo-se a continuidade da prestação do serviço público, sem olvidar a possibilidade, em qualquer caso, de responsabilização dos agentes públicos pelo vício formal.

A exigência de submissão do edital à consulta pública advém da necessidade de maior transparência e abertura à participação social nas decisões administrativas, corolário do direito fundamental à boa Administração Pública trabalhado no capítulo 1. Entretanto, a consulta pública não pode desenvolver-se apenas com vistas ao cumprimento de um rito meramente formal e destituído de significação para a Administração, tendo em vista a complexidade e longevidade que constituem os projetos de PPPs, com o envolvimento de diversos setores e segmentos da sociedade. Por isso, a Administração tem o dever de apresentar respostas, fundamentadamente, a todas as contribuições, sugestões e críticas oriundas dessa etapa, com a devida publicação do resultado da consulta.

Nota-se que a regra sobre a consulta pública encontra-se em perfeita harmonia com a diretriz de transparência nos procedimentos e decisões administrativas relativas às PPPs, prevista no art. 4º, V da Lei nº 11.079/2004. Em contratações com a complexidade e expressividade de recursos públicos envolvidos, como é o caso de PPP, é necessário garantir uma adequada transparência prévia à sua celebração. Não se compatibiliza com contratos dessa relevância procedimentos desprovidos de ampla transparência e publicidade.

Por essa razão, é de fundamental importância que os projetos de PPPs sejam submetidos à ampla discussão para buscar um maior aprimoramento, a partir da contribuição dos interessados. É um expediente de suma relevância, servindo de interlocução entre o setor público e a sociedade, com vistas à legitimação e ao aperfeiçoamento de projetos de interesse coletivo.

Outra novidade no tocante à contratação de PPPs refere-se à exigência de autorização legislativa específica para realização de licitação e celebração de contrato de PPP patrocinada,

um expediente substitutivo da audiência, mas, inclusive, de âmbito mais abrangente. Seria ineficiente a submissão obrigatória da contratação de PPP a providências equivalentes e vocacionadas ao mesmo fim, em vista da repetição dos custos incidentes”. *In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parceria público-privada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 424.

quando mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública, nos termos do art. 10, §3º da Lei nº 11.079/2004.

Apesar do silêncio da lei, aplica-se também às PPPs administrativas a necessidade de prévia autorização legislativa, uma vez que a contraprestação, a princípio, será custeada integralmente pelo Poder Concedente, não havendo cobrança de tarifa dos usuários.

Além dos pontos acima levantados, a Lei nº 11.079/2004 traz outras particularidades aplicáveis à fase externa do processo licitatório de PPP, que se inicia com a publicação do edital de licitação.

Conforme explanado acima, o art. 10 da Lei nº 11.079/2004 determinou a adoção da modalidade de concorrência para a licitação de PPP, porém ao seu processamento foram incorporadas algumas especificidades, tais como a possibilidade de inversão de fases e de uma etapa de lances orais. A escolha pela concorrência é compreensível, uma vez que as PPPs são contratos complexos e longevos, o que demanda um procedimento minucioso e exauriente para a seleção do parceiro privado. A concorrência outorga a mais ampla legitimidade aos interessados, bem como se dirige a licitações de maior valor e intensas exigências técnicas.¹⁹⁰

Pelo regime tradicional de licitações, a concorrência tem a habilitação dos interessados como o pressuposto para a possibilidade da oferta de preços. Entretanto, para a licitação de PPP, foi admitida a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas comerciais, nos termos do art. 13 da Lei nº 11.079/2004. Frise-se que a Lei das PPPs trouxe a faculdade de inversão de fases, diferentemente do que ocorre no regime do pregão (Lei nº 10.520/2004) e do regime diferenciado de contratações (Lei nº 12.462/2011), os quais trabalham a inversão de fases como regra.

Nessa hipótese, encerrada a fase de classificação de propostas, analisam-se os documentos de habilitação somente do licitante que ofertou a melhor proposta financeira. Caso seja inabilitado, examinam-se os documentos do licitante cuja proposta foi classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital. Com a proclamação do resultado final, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (art. 13, IV da Lei nº 11.079/2004).

É certo que a inversão de fases propicia vantagens diversas. Por um lado, acarreta maior celeridade no certame, em razão da redução da fase de habilitação ao julgamento da documentação do licitante titular da proposta mais bem classificada. Com isso, eliminam-se trabalhos e custos associados à aferição e avaliação da habilitação dos demais licitantes.

¹⁹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 428-429.

Ademais, como a etapa de habilitação circunscreve-se aos documentos do vencedor, não se abre a oportunidade para interposição de recurso administrativo contra inabilitação dos demais licitantes.

Outra peculiaridade da concorrência nas PPPs é a hipótese prevista no art. 12, III e §1º, da Lei nº 11.079/2004, segundo a qual é possível a previsão de lances em viva voz, após a apresentação de propostas escritas. Existe, aqui, discricionariedade por parte da Administração Pública que deve definir no edital a melhor forma de apresentação das propostas, podendo ser: i) propostas escritas, apresentadas em envelopes lacrados, chamado de modo de disputa fechado, ou ii) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz, chamado de modo de disputa fechado-aberto.

Admitidas as propostas verbais, os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances. No entanto, o edital pode restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta (art. 12, § 1º, I e II, da Lei nº 11.079/2004).

A fase de julgamento, nas licitações de PPPs, poderá ser precedida de etapa de qualificação técnica das propostas, admitindo-se a desclassificação dos licitantes que não alcançarem a pontuação mínima estabelecida no edital, nos termos do art. 12, I, da Lei nº 11.079/2004. Essa etapa serve apenas como uma avaliação eliminatória, cujo julgamento excluirá da disputa propostas que não atingirem pontuação mínima, ressaltando que os licitantes não carregarão essa pontuação para outros fins no certame. Os critérios objetivos de avaliação deverão estar previstos detalhadamente no edital de licitação, de modo a evitar juízos excessivamente discricionários pela Administração.

A implementação de uma fase de qualificação de propostas em licitações de PPP faz sentido nos casos em que a Administração Pública tem compreensão exata sobre os contornos tecnológicos mais específicos do objeto, desejando apenas verificar a suficiência da metodologia proposta pelos interessados para a execução do contrato. Situação diversa acontece nos casos em que a execução do objeto admite uma pluralidade de alternativas tecnológicas para a execução do objeto, cabendo à Administração optar por uma entre as diferentes soluções a ela apresentadas.

O art. 12, IV, da Lei nº 11.079/2004 prevê outra particularidade do processo licitatório de PPP, possibilitando uma etapa de saneamento de falhas de natureza formal na documentação dos licitantes. A hipótese abrange a correção de defeitos relativos tanto à documentação de

habilitação como à de proposta. Trata-se da incorporação, nas licitações de PPPs, do princípio do formalismo moderado.

Na seara das licitações tradicionais sempre vigorou o princípio do procedimento formal, também chamado de princípio do formalismo, que impõe a observância fiel das normas e dos procedimentos previstos na legislação, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.666/1993. Todavia, é oportuno ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo.

Conforme exposto no capítulo 1, a interpretação e aplicação do Direito Administrativo na contemporaneidade não podem afastar-se das consequências geradas pelas escolhas efetuadas pelas Autoridades Administrativas, de modo a flexibilizar a concepção de formalismo exegético oitocentista. O processo licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um instrumento para viabilizar o atendimento das necessidades públicas, razão pela qual o formalismo moderado nos processos licitatórios representa uma preocupação com a contratação mais vantajosa e econômica à Administração, em vez de primar por um rigorismo exacerbado.¹⁹¹

Para Odete Medauar¹⁹², o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, traduz-se na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

O princípio do formalismo moderado impede que a forma sobreponha-se à essência do ato administrativo, de sorte que, no processo administrativo, os atos dos particulares não podem ser rejeitados por motivos que não prejudicam o conteúdo substancial do processo, ou seja, bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedural.

Nessa esteira, é de se afirmar que a aplicação do princípio do formalismo moderado, assim como dos demais princípios do regime jurídico administrativo, não pode ser feita isoladamente, sob pena de se comprometer o conteúdo e o alcance desse preceito normativo.

¹⁹¹ Nesse sentido, o TCU entende que “no curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados” [BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 357/2015** - Plenário, 04 mar. 2015].

¹⁹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p. 172

Dessa forma, só é possível obter a dimensão adequada desse princípio quando esse, diante da situação concreta, é sopesado com outros do ordenamento jurídico, tais como razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a explícita previsão da possibilidade de saneamento de falhas nas licitações para contratação de PPPs confirma que o formalismo deve ser moderado, de modo a não prejudicar a contratação de propostas mais vantajosas por equívocos formais que não contaminam substancialmente o certame. Com isso, a autoridade responsável pela licitação tem o dever de acolher a documentação contaminada de defeitos formais ou sanáveis mediante diligências que não prejudiquem a tramitação do processo. Surgindo dúvida acerca do teor da documentação apresentada pelo licitante, não deverá a Administração recusá-la desde logo, mas apenas após a produção suplementar de informações.

Portanto, o licitante somente pode ser apenado com a desclassificação caso haja evidência, para além de qualquer dúvida razoável, de que os documentos da sua proposta são inconvalidáveis, recaindo o ônus da prova sobre a Administração, a ser produzida mediante diligências e respeito ao contraditório.

São essas, portanto, as particularidades aplicáveis ao processo licitatório para contratação de PPPs. Ressalte-se, contudo, que a licitação da PPP será orientada pela aplicação subsidiária das Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995, considerando que não houve pela legislação própria o estabelecimento de um rito completo e exaustivo para o processamento do certame.

4 AS PPPS NOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

4.1 Aspectos históricos dos serviços de iluminação pública

Desde a pré-história, o desenvolvimento da humanidade confunde-se com a iluminação natural e artificial. Há indícios de uso da iluminação artificial por meio da utilização de óleo pelos povos antigos. Séculos mais tarde, o óleo de baleia passou a ser empregado em diversos países.

A iluminação pública teve sua origem na Inglaterra, no ano de 1417, quando comerciantes reivindicaram providências para o combate da criminalidade, o que resultou na colocação de lanternas em alguns pontos da cidade de Londres. Já no século XVII, em Paris, foi ordenada a colocação de luzes nas janelas das casas em direção à rua, como forma de diminuir a criminalidade¹⁹³.

Em 1762, a administração da cidade de Nova York instituiu um tributo para que a população pudesse contribuir com os serviços de instalação de lampiões, pagamento dos empregados de manutenção e do consumo de óleo. Nos Estados Unidos da América, em 1879, instalaram-se as primeiras luminárias com lâmpadas elétricas para atendimento da iluminação pública; os sistemas elétricos eram utilizados em conjunto com os lampiões em virtude de que estes tornaram-se confiáveis apenas a partir do século XX.¹⁹⁴

Na Inglaterra, em 1881, na cidade de Godalming, iniciou-se a contratação, pelo Conselho das Cidades, de empresas privadas que assumiam a execução das obras e a manutenção de rede de iluminação pública, tendo sido verificada a primeira experiência na contratação de empresa privada por órgão público. O objetivo dessa contratação era o oferecimento de energia elétrica a quem desejasse, mas, devido à baixa procura, em pouco tempo a empresa encerrou suas atividades. Após essa experiência malsucedida, surgiram nas cidades de Londres e Brighton outras empresas prestadoras dos serviços de distribuição de energia elétrica, contratadas pelos Conselhos das Cidades por meio de contratos de concessão. Outros países do continente europeu, tais como a França, Itália e Alemanha, aderiram às

¹⁹³ GOMES, Tiago André Fernandes Gomes. **Plano diretor da iluminação pública do município de Matosinhos.** 2012. 118f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Integrado em Engenharia Electrotécnica e de Computadores Major Energia, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto. Porto, 2012. p. 02.

¹⁹⁴ SANTANA, Rosa Maria Bomfim. **Iluminação pública:** uma abordagem gerencial. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador – UNIFACS, Salvador, 2010. p. 23.

atividades de produção, distribuição e fornecimento de energia elétrica, visando o desenvolvimento de suas cidades.¹⁹⁵

Durante o século XIX e início do século XX, foram utilizadas as lâmpadas a gás em larga escala. Porém, com o advento da eletricidade, a iluminação pública a gás foi paulatinamente substituída pela iluminação elétrica.

No Brasil, antes da chegada dos portugueses, os povos indígenas utilizavam a luz do fogo e a claridade natural como forma de iluminar suas noites. Com a vinda dos portugueses, foram trazidas as formas de iluminação utilizadas na Europa, como a lamparina à base de óleos vegetais ou animal. O início da iluminação pública no Brasil remonta ao século XVIII, mesmo que de forma precária, com luminárias de iluminação externa, com aspecto decorativo, as quais eram instaladas ao lado das ombreiras das portas de edifícios públicos, de residências de pessoas com maior poder aquisitivo ou em pequenas armações metálicas de baixa altura. Mais ao final do século XVIII, em 1794, foram instaladas cerca de 100 luminárias à base de óleos vegetais e animais na cidade do Rio de Janeiro¹⁹⁶.

Em São Paulo, a utilização de óleos como iluminação pública chegou somente no ano de 1830, sendo necessários funcionários para acender diariamente as luzes nas ruas da cidade. Em 1854, São Paulo foi a primeira cidade brasileira a implantar a iluminação a gás, sendo mantido esse serviço até meados de 1936, quando foram apagados os derradeiros lampiões.

A cidade de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, foi a primeira cidade a ter luz elétrica nas ruas, em virtude da presença de uma usina termoelétrica desde 1883. A cidade de Rio Claro, em São Paulo, foi a segunda cidade a ter luz elétrica nas ruas, também em razão da presença de uma termoelétrica. A cidade do Rio de Janeiro implantou o serviço de luz elétrica nas ruas no ano de 1904 e a cidade de São Paulo, em 1905.

Com a utilização da luz elétrica, intensificada a partir do século XX no Brasil, as lâmpadas de descarga e a melhoria da eficiência dos equipamentos de iluminação propiciaram um grande avanço nos serviços de iluminação pública. Com isso, foi possível a substituição paulatina dos lampiões a gás pela luz elétrica.

A partir da metade do século XX, com o crescimento das cidades, o aumento das instalações de iluminação pública e da necessidade de gerenciamento e manutenção

¹⁹⁵ SANTANA, Rosa Maria Bomfim. **Iluminação pública:** uma abordagem gerencial. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador – UNIFACS, Salvador, 2010. p. 23-24.

¹⁹⁶ FERREIRA, Milton Martins. **A evolução da iluminação na cidade do Rio de Janeiro:** contribuições tecnológicas. São Paulo: Synergia, 2009.

intensificaram a criação de departamentos e divisões de iluminação pública, até então geridos pelos Municípios ou por setores das concessionárias de energia elétrica.¹⁹⁷

4.2 A natureza jurídica dos serviços de iluminação pública

De acordo com a NBR ABNT nº 5101, a iluminação pública consiste no “serviço que tem por objetivo prover de luz, ou claridade artificial, os logradouros públicos no período noturno ou nos escurecimentos diurnos ocasionais, inclusive aqueles que necessitam de iluminação permanente no período diurno”¹⁹⁸. A iluminação pública tem como principal objetivo proporcionar maior segurança do tráfego de veículos e pedestres, de forma rápida, precisa e confortável, o que garante benefícios econômicos e sociais para os cidadãos.

Além disso, a iluminação pública encontra-se diretamente ligada à prevenção da criminalidade, à segurança viária, ao embelezamento das áreas urbanas e à valorização dos monumentos, paisagens, praças e parques, potencializando o uso recreativo das áreas de lazer, o que contribui para uma melhor qualidade de vida das pessoas. Relaciona-se, portanto, diretamente com a segurança pública, e, por essa razão, além de necessária e em pleno funcionamento, torna-se indispensável que o seja em qualidade e quantidade, de forma a estar disponível em todos os bairros e regiões das cidades, onde haja a circulação de pessoas ou a existência de patrimônio a ser protegido.¹⁹⁹

Por isso, a relevância de um bom planejamento e uma adequada gestão dos serviços de iluminação pública, os quais podem contribuir também para uma redução dos impactos ambientais com a utilização de tecnologias menos ofensivas ao meio ambiente e mais sustentáveis, além de resultar em uma economia no consumo de energia elétrica.

A iluminação pública, portanto, é um serviço público, periódico e contínuo, além de ser indispensável à vida moderna e à qualidade de vida das pessoas, caracterizando-se como instrumento de cidadania, pois possibilita que elas desfrutem plenamente dos espaços públicos no período noturno. Permite também a exploração de atividades lícitas à noite, fomenta o

¹⁹⁷ ROSITO, Luciano Haas. Desenvolvimento da iluminação pública no Brasil. *Revista O setor elétrico*. São Paulo, jan., 2009. p. 32.

¹⁹⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 5101: Iluminação pública – procedimento**. Rio de Janeiro, 2012. p. 3.

¹⁹⁹ PELEGRI, Luciana Tomiko Fijimoto. A constitucionalidade da EC 39/2002: contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 92, São Paulo, jun., 2010. p. 168-187.

comércio e o turismo, enfim, é um instrumento de concretização do direito fundamental à cidade.²⁰⁰

O art. 2º, II, da Lei nº 13.460/2017 conceitua serviço público como sendo a “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

A iluminação pública enquadra-se também no conceito de serviço público essencial, que são aqueles serviços ou aquelas atividades indispensáveis ao atendimento das necessidades da vida em sociedade, assim entendidas aquelas cuja ausência pode colocar em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da sociedade.²⁰¹

Além disso, a iluminação pública harmoniza-se no conceito de serviço de utilidade pública, assim considerados aqueles que se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta, como se encaixam também os serviços de fornecimento de gás, de atendimento em postos de saúde, escolas, etc.²⁰².

Enquadra-se, outrossim, no conceito de serviços *uti universi* ou de fruição geral, que são aqueles remunerados por tributos, não possuem usuários definidos, os quais não são passíveis de suspensão ou interrupção na sua prestação. Segundo Carrazza, os serviços públicos gerais, prestados indistintamente a todos os cidadãos, “alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do país, etc.”²⁰³.

Pela natureza dos serviços de iluminação pública, na sua prestação deverão ser observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia, nos termos do art. 4º da Lei nº 13.460/2017.

Pelo princípio da regularidade, o serviço público deve observar as condições e os horários adequados diante dos interesses da coletividade, sem atrasos ou intermitências, bem

²⁰⁰ Para aprofundar mais sobre desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade como instrumentos de concretização de outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida digna, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer e à segurança, cf.: COSTALDELLO, Angela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo:** novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85-92.

²⁰¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 544.

²⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.328.

²⁰³ CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 327.

como sem apresentar variação apreciável das características técnicas de sua prestação aos usuários.

Pelo princípio da continuidade, entende-se que os serviços de iluminação pública não podem ser descontinuados ou interrompidos, até mesmo pela essencialidade da sua natureza. Com isso, os serviços de iluminação pública não podem sofrer solução de continuidade até mesmo no caso de inadimplemento por parte do Poder Público Municipal. Quanto aos serviços de iluminação pública, uma das possibilidades cogitadas é a de responsabilização dos prefeitos municipais, na hipótese de o ente municipal dar causa à falta de pagamento, em crime de responsabilidade, nos termos do Decreto-lei 201/1967²⁰⁴.

O princípio da efetividade impõe que os serviços públicos sejam prestados de modo a proporcionar o maior resultado e utilidade possível aos usuários.

Já o princípio da segurança estabelece que a prestação do serviço não pode colocar em risco a integridade dos usuários ou a segurança da coletividade.

Quanto ao princípio da atualidade, esse “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”²⁰⁵. No caso dos serviços de iluminação pública, isso impõe a constante atualização dos ativos de iluminação pública, com investimentos em tecnologias mais modernas que proporcionam uma melhoria na qualidade dos serviços com redução dos custos de manutenção e no consumo de energia.

O princípio da generalidade, também denominado de princípio da universalidade ou de igualdade dos usuários, dispõe que os serviços devem ser prestados com a maior amplitude possível, de modo a beneficiar o maior número possível de indivíduos. Também significa que os serviços devem ser prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição.²⁰⁶

O art. 13 da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuário, como a isenção de tarifas para idosos. No caso

²⁰⁴ FERRAZ FILHO, Raul Luiz; PATELLO DE MORAES, Maria do Socorro. **Energia elétrica. Suspensão do fornecimento.** São Paulo: Editora LTr, 2002. p. 84-88.

²⁰⁵ Art. 6º, §2º da Lei 8.987/1995.

²⁰⁶ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 334-335; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 113.

da iluminação pública, alguns municípios têm optado por um valor escalonado proporcionalmente ao consumo mensal de energia elétrica²⁰⁷.

Pelo princípio da transparência, o prestador deve trazer ao conhecimento público e geral dos usuários tudo o que se refere ao serviço e à sua prestação, incluindo o dever de motivação das decisões atinentes ao serviço.²⁰⁸

Por fim, o princípio da cortesia refere-se ao dever do prestador de ser cortês e educado em sua prestação ao tratar com o usuário do serviço público, devendo-se atentar para o bom trato com os particulares que usufruirão dos serviços executados.

4.2 A responsabilidade pela prestação dos serviços de iluminação pública

No Brasil, a infraestrutura de iluminação pública das grandes cidades tem sido historicamente operada e mantida pelas concessionárias de energia elétrica, que desenvolveram as redes e a prestação do serviço de distribuição de energia ao longo da primeira metade do século XX. Essas atividades estiveram atribuídas a tais empresas em função, sobretudo, da proximidade das infraestruturas físicas necessárias para a execução de ambas.

Com a Constituição Federal de 1988, a responsabilidade pela prestação dos serviços de iluminação passou a ser encarada como de responsabilidade dos municípios, com base no seu art. 30, V, que estabelece a competência desses entes federativos para organizar e prestar os serviços de interesse local.

A operação e manutenção dos parques de iluminação pública não se confundem com o fornecimento de energia elétrica, que é de responsabilidade da concessionária local, competindo aos municípios o pagamento referente ao consumo da energia. A operação e manutenção do serviço de iluminação pública pode ser feito direta ou indiretamente, a depender da conveniência e oportunidade da Administração Pública, sendo que, usualmente, terceiriza-se a prestação desse serviço.

Com a edição da Portaria nº 158 de 1989 pelo então Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), muitos municípios, principalmente os de pequeno porte,

²⁰⁷ Esse valor proporcional calculado sobre o consumo mensal de energia foi o adotado no município de Uberlândia, conforme a Lei Complementar Municipal nº 387/2004.

²⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. rev. e atual. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 696.

transferiram seus ativos relacionados à iluminação pública às concessionárias, sendo que, àquela época, era de interesse das concessionárias prestar tais serviços.²⁰⁹

Entretanto, a partir da criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)²¹⁰ pela Lei nº 9.427/1996 e das privatizações do setor elétrico ocorridas na década de 90, houve um desinteresse por parte das concessionárias de energia elétrica na continuidade dos serviços de operação e manutenção de iluminação pública, o que acabou gerando a obrigatoriedade de recepção dos ativos da infraestrutura e dos respectivos serviços pelos municípios.

De acordo com o art. 21 da Resolução nº 414 da ANEEL, a elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do poder público municipal ou distrital, ou ainda, de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços. Não significa dizer que as distribuidoras de energia elétrica estejam vedadas de executar tais serviços; pelo contrário, nos termos do §1º do referido dispositivo, é possível a sua prestação desde que celebrado contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

Importante destacar que estão enquadrados nos serviços de iluminação pública as unidades consumidoras que têm por objetivo iluminar as vias públicas destinadas ao trânsito de pessoas ou veículos, tais como ruas, avenidas, logradouros, caminhos, passagens, passarelas, túneis, estradas e rodovias, bem como os bens públicos destinados ao uso comum do povo, tais como abrigos de usuários de transportes coletivos, praças, parques e jardins, ainda que o uso esteja sujeito a condições restritivas de uso, como cercamento, restrição de horários e a cobrança (art. 53-O da resolução nº 414 da ANEEL). Por outro lado, não se inclui na classe de iluminação pública o fornecimento que tenha por objetivo qualquer forma de publicidade e propaganda, a realização de atividades que visem a interesses econômicos, a iluminação das vias internas de condomínios e o atendimento a semáforos, radares e câmeras de monitoramento de trânsito (art. 53-O, §1º da resolução nº 414 da ANEEL).

Inicialmente, algumas cidades assumiram os serviços de iluminação pública, até chegar ao ponto de se tornar obrigatória a transferência para os municípios (e o Distrito Federal, no

²⁰⁹ FILIPPO FILHO, Guilherme. A iluminação pública no Brasil. **Revista Lumière – Eletricidade & Iluminação**. Ano 3, nº 31, nov. 2000. p. 65.

²¹⁰ Em especial a Resolução nº 456 de 29/11/2000, posteriormente substituída pela Resolução nº 414 de 15/09/2010.

exercício das competências municipais) de todos os ativos relacionados à iluminação pública²¹¹. O prazo final para a transferência dos ativos encerrou-se em 31 de dezembro de 2014²¹².

Com isso, a partir de primeiro de janeiro de 2015, os Municípios tornaram-se responsáveis pelos ativos dos serviços de iluminação pública. Todavia, em virtude da falta de *expertise* na gestão dos referidos serviços pelos Municípios, a partir daí ganhou força o modelo da concessão do serviço à iniciativa privada com o objetivo de modernizar, expandir e otimizar as infraestruturas existentes.

Por isso, o segmento da iluminação pública lidera os projetos e contratos de concessão no país. De acordo com as informações da empresa Radar PPP, dos 1.888 projetos e contratos atualmente em andamento no país, 16% são de iluminação pública²¹³.

A transferência dos serviços à iniciativa privada também tem por objetivo a renovação das redes de iluminação pública mediante a substituição dos equipamentos que utilizam lâmpadas de vapor de mercúrio e vapor de sódio, ainda predominantes na maioria das cidades brasileiras, por tecnologia LED (*Light Emitting Diode* ou diodos emissores de luz) ou superior²¹⁴, que permita operar com um maior grau de eficiência, além de agregar outras funcionalidades inexistentes nos sistemas atuais²¹⁵.

Por isso a importância de um bom planejamento e de uma adequada gestão dos serviços de iluminação pública, pois os mesmos, direta ou indiretamente, propiciam inúmeros benefícios à população, dentre os quais podemos destacar: i) Melhoria na percepção de segurança, atuando como fator de inibição e prevenção à criminalidade; ii) Melhoria na mobilidade urbana, em especial no período noturno, com visibilidade adequada para permitir uma circulação de veículos com maior fluidez e segurança, sobretudo em vias de maior tráfego e velocidade; iii) Redução de impactos ambientais com utilização de tecnologias menos ofensivas ao meio

²¹¹ Art. 218 da Resolução nº 414, de 15/09/2010 (com a redação dada pela Resolução nº 479, de 03/04/2012): A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

²¹² Art. 218, §3º: A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014.

²¹³ Disponível em: <<https://www.radardeprojetos.com/dados/graficos/categorias>>. Acesso em 21 jul. 2019.

²¹⁴ Entre os principais benefícios, encontram-se: i) Eficiência energética; ii) Economia de custos; iii) Controlabilidade; iv) Segurança; v) Tempo de vida; vi) Rapidez para ligar/desligar; vii) Proteção ao meio ambiente. Disponível em: <<https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/iluminacao-led>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

²¹⁵ Ao se modernizar o parque de iluminação pública, possibilita-se a telegestão e o controle à distância do sistema. Além disso, abre-se espaço para iniciativas das chamadas cidades inteligentes, tais como instalação de câmeras para melhorar a segurança pública, fornecimento de serviço de internet, monitoramento da qualidade do ar, controle de trânsito inteligente, controle de estacionamento, sensores de bueiros e lixeiras, entre outros.

ambiente e mais sustentáveis, tanto na fabricação quanto no descarte²¹⁶; iv) Melhoria na qualidade e na eficiência da rede de iluminação pública, resultando em economia no consumo de energia elétrica, aumento da vida útil com uso de novas tecnologias e eficiência no gasto público.

4.3 A celebração de parcerias público-privadas do serviço de iluminação pública pelos Municípios

Conforme desenvolvido em tópico anterior, o serviço de iluminação pública não é passível de individualização, enquadrando-se na clássica definição de serviços públicos *uti universi*²¹⁷, ou seja, aqueles serviços destinados ao atendimento da coletividade em geral, de acordo com as opções e prioridades da Administração e em conformidade com os recursos disponíveis. Diferentemente são os serviços *uti singuli*, destinados para pessoas individualizadas, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos.

Nos serviços de iluminação pública, há uma parcela identificável dos beneficiários finais formada pelos moradores dos imóveis localizados nas vias públicas guarnecididas pela rede, porém, não é possível conhecer aqueles outros beneficiários diretos que apenas trafegam por essas mesmas vias ou demais logradouros públicos. Portanto, é irrealizável individualizar a prestação de maneira suficientemente precisa, pois a maioria dos beneficiários diretos é composta por usuários anônimos²¹⁸.

Não obstante seja inquestionável que as melhorias na rede de iluminação pública afetam diretamente a população dos municípios, não é possível a individualização da prestação do serviço e, consequentemente, a definição de uma tarifa, tal como acontece, por exemplo, com os serviços de transporte coletivo urbano.

Em virtude do caráter *uti universi* dos serviços de iluminação pública, foi editada a súmula 670 do STF, segundo a qual “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante tarifa”. Motivou também a edição da Emenda Constitucional nº 39/2002, que incluiu

²¹⁶ Note-se que a Lei nº 12.305/2010 (Resíduos Sólidos) consagra o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 6º, IV) e estabelece a prioridade (art. 7º, XI) nas aquisições e contratações administrativas para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono.

²¹⁷ Por todos, cf.: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 328-329.

²¹⁸ NESTER, Alexandre Wagner. Iluminação Pública e Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 661-662.

o art. 149-A na Constituição Federal de 1988, permitindo a criação de uma contribuição especial para o custeio da iluminação pública pelos Municípios e o Distrito Federal.

Assim, permite-se concluir que a prestação dos serviços de iluminação pública pode ser delegada pelo Poder Público Municipal à iniciativa privada, mediante contrato de concessão precedido de licitação pública, nos termos do art. 30, V²¹⁹, e 175²²⁰, ambos da CRFB/88. A modalidade mais adequada para a celebração de PPP envolvendo os serviços de iluminação pública é a concessão administrativa, prevista no art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079/2004.

A responsabilidade pelo pagamento da contraprestação ao concessionário, decorrente da sua condição de usuária indireta, é plenamente possível para os serviços de iluminação pública, mormente em razão do ordenamento jurídico expressamente permitir a instituição de contribuição específica para o custeio da iluminação pública (art. 149-A da CRFB/88). E, uma vez instituído o referido tributo, a sua receita possui destinação específica vinculada ao custeio da infraestrutura e do serviço de iluminação pública.

Ressalte-se que o Município, ao definir o projeto de PPP dos serviços de iluminação pública, deverá atentar-se aos requisitos exigidos pela Lei nº 11.079/2004, quais sejam:

- i) Valor mínimo de 10 milhões de reais;
- ii) Prestação dos serviços por no mínimo cinco e no máximo 35 anos;
- iii) Impossibilidade de limitação do objeto ao fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Os atuais contratos de PPPs envolvendo os serviços de iluminação pública estão relacionados com a necessidade de modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública dos municípios. Não se trata de mera substituição de lâmpadas de vapor de mercúrio e vapor de sódio por tecnologia de LED ou superior. A modernização ensejará um exponencial ganho de eficiência em termos de luminosidade e da elevação do Índice de Reprodução de Cor (IRC) nas áreas públicas das cidades, além dos benefícios ambientais decorrentes da redução do consumo de energia elétrica e da utilização de tecnologias mais limpas. Entretanto, para isso, exige-se um investimento inicial elevado.

Diante de um cenário de escassez de recursos públicos para o investimento inicial, a PPP surge como alternativa para que os municípios utilizem-se do capital privado, do *know-*

²¹⁹ 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;

²²⁰ 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.

how e da lógica econômica inerentes a este setor, para melhorar de imediato a prestação dos serviços da iluminação pública à população. O modelo pressupõe que o concessionário privado faça um investimento inicial de monta, porém terá a garantia de exclusividade na exploração da infraestrutura e do respectivo serviço por período suficiente para possibilitar a amortização do investimento e a obtenção de lucro.²²¹

Além disso, influencia na escolha pela modalidade de PPP o aspecto do compartilhamento de riscos, ou seja, a assunção de um determinado risco é absorvida pelo parceiro que puder melhor administrá-lo. Nos projetos de iluminação pública, normalmente o parceiro privado assume os riscos de projeto, financiamento, construção, eventual atraso na implantação, operação, manutenção e conservação, enquanto o parceiro público encarrega-se mais dos riscos políticos. Os riscos de acréscimo do valor do projeto estimado inicialmente²²² e seus impactos financeiros, como o risco cambial, também são assumidos pelo parceiro privado. Em contrapartida, ao optar pelo modelo tradicional de execução, o Poder Público Municipal assumiria todos os riscos do projeto, não sendo possível compartilhá-los com fornecedores de serviços e materiais contratados.

Na modalidade de PPP, o fato de todos os serviços de iluminação pública estarem sob uma mesma gestão contribui para a possibilidade de promover serviços de operação e manutenção mais eficientes. Além disso, a remuneração do parceiro privado é impactada pelo atendimento dos padrões mínimos de disponibilidade e qualidade dos serviços prestados, auferidos por um sistema de mensuração de desempenho. Com isso, o parceiro privado é incentivado para desempenhar e manter uma boa qualidade do nível de serviço durante toda a execução do contrato, o qual deverá sempre fazer reinvestimentos e buscar novas tecnologias que possam reduzir seus custos e assim maximizar o seu retorno. Por outro lado, no modelo de contratação tradicional, os contratados pelo Poder Público não são submetidos aos mesmos padrões de desempenho, o que acarreta, na maioria dos casos, um desempenho dos serviços menor quando comparados ao modelo de PPP.

Ademais, o modelo de PPP garante a continuidade do projeto durante o período de concessão, realizando-se apenas um processo de licitação, no qual a concessionária deverá manter os padrões de qualidade e disponibilidade dos serviços estabelecidos no contrato. Diferentemente, no modelo tradicional, para se manter a continuidade dos serviços, requer-se a

²²¹ Neste sentido, cf.: NESTER, Alexandre Wagner. Iluminação Pública e Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.**, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 669.

²²² O art. 65, §1º da Lei 8.666/1993 autoriza acréscimos de até 25% do valor inicial do contrato, justificado por alterações normais do projeto.

realização de sucessivos processos licitatórios, de maneira individualizada para cada objeto²²³, cujos contratos podem atingir o prazo máximo de 5 anos, quando se tratar de serviços de natureza continuada.

Por fim, ressalte-se que a execução dos serviços de iluminação pública, objeto do contrato de PPP, pelo parceiro privado, que detém maior expertise sobre o mesmo, permite ao Poder Público a concentração de seus recursos em áreas prioritárias, tais como saúde, educação, assistência social, etc.

Tudo isso tem motivado e levado os municípios brasileiros a optarem pelo modelo de contratação por meio de PPP, em vez de contratações fulcradas no modelo tradicional regidos pela Lei nº 8.666/1993, de contratos individualizados e de curto prazo, segundo a natureza do objeto a ser executado.

4.4 O custeio dos serviços de iluminação pública

Conforme exposto em tópico anterior, compete aos municípios a obrigação de prestar, direta ou indiretamente, os serviços de iluminação pública, e, como decorrência lógica, devem possuir recursos disponíveis para o seu custeio.

Atualmente, na grande maioria dos municípios, os serviços de iluminação pública são custeados por meio da arrecadação da Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública - CIP²²⁴. A autorização constitucional para a cobrança da referida contribuição foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo poder constituinte derivado, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002²²⁵.

²²³ É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não disponha de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade. *In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 247. Acórdão nº 1783 – Plenário. Brasília, 10 nov. 2004.*

²²⁴ No decorrer dos anos de 1.990, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que as “taxas de iluminação pública”, instituídas pela grande maioria dos municípios, seriam inconstitucionais, por afrontarem os requisitos essenciais de especificidade e divisibilidade exigidos pelo art. 145, II, da Carta Magna. Inclusive, o extinto Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro chegou a editar a súmula 12 no sentido de que “é ilegítima a cobrança de Taxa de Iluminação Pública Municipal, porque ausentes as características da especificidade e divisibilidade”. De igual modo, o STF assentou o entendimento de que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 573.675. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 maio 2009.) Diante disso e para resolver o déficit fiscal dos Municípios para custear os serviços de iluminação pública, em 2002, o Congresso Nacional aprova a Emenda Constitucional nº 39, criando a Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública.

²²⁵ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Ressalte-se que a instituição da CIP é uma faculdade atribuída exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal, haja vista tratar-se a iluminação pública de serviço público local²²⁶. A sua efetiva cobrança dependerá de previsão expressa em lei municipal e se sujeita aos princípios estabelecidos no art. 150, I e III, da Constituição Federal.

A possibilidade de cobrança da CIP para custeio do serviço de iluminação pública já foi tema de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, que consolidou seu entendimento acerca da constitucionalidade da referida cobrança quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 573.675-0/SC. Na ocasião, ficou assentado que a CIP apresenta uma natureza *sui generis* que “não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina à finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte”²²⁷.

Apesar de já pacificado o entendimento de que é possível a instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, restam dúvidas quanto à extensão de sua utilização. Em outras palavras, questiona-se se a CIP somente pode ser utilizada para custear despesas com a instalação e manutenção dos serviços de iluminação pública ou se também poderia ser aplicada na expansão e no melhoramento da rede de iluminação pública municipal.

A discussão acerca dos limites de utilização dos recursos da CIP é objeto do RE nº 666.404/SP, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria²²⁸, o Plenário do STF ainda não julgou o mérito do questionamento, ou seja, ainda não restou definido se a CIP pode ser utilizada para investimentos em ampliação, extensão e modernização da rede de iluminação pública municipal.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

²²⁶ “O Município é, dentre todos os entes federativos, aquele que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas conhece de perto, incumbindo-lhe, por essa precisa razão, prestar, em primeira mão, os serviços públicos essenciais [...].” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.340. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2013.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 573.675/SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2009.

²²⁸ ILUMINAÇÃO PÚBLICA – CUSTEIO DE MELHORAMENTO E EXPANSÃO DA REDE – ARTIGO 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – AFASTAMENTO NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade da cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição de iluminação pública visando satisfazer despesas com melhoramento e expansão da rede. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.404 RG. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 fev. 2014.

Embora não haja um posicionamento definitivo da Suprema Corte acerca do alcance da CIP, essa questão já foi por ela enfrentada em algumas ocasiões.²²⁹ ²³⁰

Dessa forma, apesar de a matéria ainda não ter sido objeto de julgamento específico pela Suprema Corte, nota-se uma tendência de adoção de um sentido *lato* ao termo “custeio”, abrangendo, portanto, atividades como a instalação, manutenção e expansão da rede de iluminação pública.²³¹

Deve-se considerar ainda que a sistemática da repercussão geral não gera efeitos jurídicos a todos no momento inicial do seu reconhecimento pelo STF, não havendo, neste momento, impedimento de utilização da CIP para o custeio dos serviços de manutenção, expansão, modernização e eficientização da rede de iluminação pública.

De qualquer modo, uma vez criada a CIP para assegurar o custeio da iluminação pública, a quantia arrecadada torna-se receita vinculada e deve ser utilizada apenas para tal finalidade. Consequentemente, havendo uma concessão do serviço de iluminação pública por meio de PPP, essa receita vinculada proveniente da CIP deve ser utilizada para o pagamento das contraprestações em favor da concessionária, cujo objeto seja os serviços de manutenção, expansão, modernização e eficientização da rede de iluminação pública.

Para viabilizar o repasse obrigatório dessa receita vinculada, é necessário autorização em lei específica, bem como de previsão no instrumento convocatório da licitação e no contrato de concessão.

Uma questão interessante que se apresenta é se a utilização da CIP para o pagamento da contraprestação no contrato de PPP entraria no limite de 5% sobre a receita corrente líquida (RCL) do Município, conforme determina o art. 28 da Lei nº 11.079/2004.

Em razão da natureza vinculada e específica da CIP, a qual somente pode ser utilizada para o custeio da iluminação pública, entende-se pela ausência de impacto na RCL. Ou seja, como a receita da CIP não pode ser aplicada em qualquer outra despesa do Município, pois a

²²⁹ Tanto é que, em voto proferido no julgamento do RE nº 662.074/SP, o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou as seguintes considerações: “por fim, ressalto que não procede o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem no sentido de que a contribuição ora discutida seria inconstitucional por destinar sua arrecadação para a instalação e expansão da rede de iluminação pública. Isso porque essa previsão constava, também, do art. 1º, § 1º, da Lei Municipal de São José/SC, objeto do RE 573.675-RG/SC, de minha relatoria [...].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 662.074. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2012.

²³⁰ Por ocasião do julgamento do referido recurso, são citados ainda outros julgados que seguem a mesma orientação acima transcrita, destacando-se: RE 550.421/SP e RE 660.834/SP, Rel. Min. Cármem Lúcia; RE 660.843/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 655.088/SP, Rel. Min. Ayres Britto; e RE 579.098/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

²³¹ Nesse sentido, cf.: SANTA CATARINA. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. **Parecer nº MPTC/479/2018**, proferido no âmbito do processo nº @CON 17/00651975 – TEC/SC. Relator: Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Florianópolis, 09 maio 2018.

sua finalidade é a de custear os serviços de iluminação pública, sua aplicação não impacta e nem prejudica as demais atividades desempenhadas pelas municipalidades. Nesse sentido, defende Mário Lima:

[...] a sua finalidade é a de custear as atividades de iluminação pública, de forma que a sua aplicação não impacta, não prejudica as demais atividades que devem ser exercidas pelas Municipalidades. Não se pode reputar, assim, que o desenvolvimento de projeto de PPP custeado, integralmente, por recursos da COSIP, comprometa a RCL municipal, especialmente para os fins do limite de 5% (cinco por cento) estabelecido no art. 28 da Lei Federal de PPPs.²³²

O raciocínio aqui empregado é o mesmo utilizado por alguns Tribunais de Contas, segundo os quais a arrecadação da CIP não compõe a base de cálculo dos recursos a serem transferidos ao Poder Legislativo local, em razão, justamente, da natureza vinculada dessa receita. Nesse diapasão, é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Essa espécie de contribuição, desvinculada da receita tributária pela Lei 4.320/64, destina-se a fazer face às despesas com a iluminação pública. A finalidade constitucional da CIP, ao contrário dos demais tributos dessa natureza, é o custeio e não a prestação de um serviço, porquanto o contribuinte paga porque existe a necessidade de se manter a iluminação de sua cidade. A CIP, tributo de alcada municipal ou distrital, não pode ser desvirtuada para custear despesas estranhas à iluminação pública, porque é vinculada à finalidade certa e determinada pela própria Constituição da República.²³³

Portanto, os recursos oriundos da CIP poderão ser utilizados para o pagamento da contraprestação do Poder Concedente, para a realização de aportes ao longo da concessão, bem como para a constituição de garantias públicas em PPP cujo escopo seja o desenvolvimento das atividades de iluminação pública. Ademais, a utilização dessa receita sequer impactará a receita corrente líquida do Município.

4.5 Os principais desafios para a celebração de PPPs dos serviços de iluminação pública no âmbito municipal

O segmento da iluminação pública tem assumido o protagonismo no cenário de projetos de PPPs em andamento no país. Ocorre que, apesar do crescente interesse e da previsão legal

²³² LIMA, Mário Márcio Saadi. Contratação de parcerias público-privadas no setor de iluminação pública: aspectos da receita corrente líquida e as características da COSIP. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 2, 2016, p. 429-452.

²³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Consulta nº 687.868**. Relator: Cons. Moura e Castro. Belo Horizonte, sessão 22 set. 2004.

dessa forma de atuação estatal em colaboração com o particular, alguns entraves são enfrentados pelos municípios, impossibilitando o aperfeiçoamento dos contratos nesses moldes.

Diversos fatores podem explicar os motivos de o modelo de PPP não ser ainda mais disseminado no âmbito municipal, tais como a necessidade de estruturação pelos entes municipais de garantias que viabilizem a assunção de riscos pelo Poder Público, e a complexidade das modelagens de PPP, que envolvem diversos elementos técnicos, nem sempre supríveis pelos quadros de pessoal das administrações públicas ou facilmente contratáveis no setor privado.

Para mitigar os riscos do particular em relação ao recebimento da contraprestação mensal, os contratos de PPPs de iluminação pública têm sido estruturados com a vinculação das receitas da CIP²³⁴. Conforme desenvolvido em tópico acima, a receita da CIP é vinculada ao custeio dos serviços de iluminação pública, razão pela qual, nos contratos de PPPs, será destinada especialmente ao pagamento da concessionária. Isso é de extrema importância para acautelar investidores e financiadores de longo prazo ao projeto, pois a ausência de garantias adequadas resultará no desinteresse do mercado ou na elevação dos custos financeiros à estruturação desses contratos.

Além disso, a gestão dos recursos da CIP é transferida para uma instituição financeira, na qual são constituídas duas contas, uma conta garantia e outra conta pagadora. A conta garantia sempre manterá o saldo mínimo estipulado em contrato, geralmente baseado no valor da contraprestação mensal, para as eventualidades ao longo da concessão. Já a conta pagadora será a responsável pelo pagamento mensal da contraprestação. Havendo insuficiência de recursos para o pagamento mensal, a conta pagadora será complementada pela conta garantia. No caso de excedente de recursos, os mesmos serão transferidos ao caixa do tesouro municipal para o custeio de outras obrigações relacionadas aos serviços de iluminação pública, como a conta de consumo a ser paga à Distribuidora de Energia Elétrica. Nota-se, portanto, que, nessa estrutura de garantia, os recursos da CIP são utilizados prioritariamente para o pagamento do contrato da PPP, antes mesmo do pagamento do próprio consumo de energia elétrica.

4.5.1 A incapacidade institucional (técnica) do quadro administrativo municipal para avaliar tecnicamente os projetos de PPP de iluminação pública

²³⁴ A título de exemplo, no município de Uberlândia-MG foi editada a Lei Complementar Municipal nº 657, de 02 de janeiro de 2019, autorizando o Poder Executivo Municipal a vincular as receitas provenientes da Contribuição para o Custo de Iluminação – CIP para pagamento e garantia da contraprestação da PPP da iluminação pública.

Um dos principais desafios enfrentados pelos municípios para a celebração de contratos de PPPs dos serviços de iluminação pública é de ordem institucional e, por sua relevância, merece ser trabalhado em tópico específico. Na realidade, a maioria dos municípios carece de corpo administrativo capaz de realizar a contratação de parceria público-privada e se planejar administrativamente para a estruturação de projetos dessa natureza.

Todavia, a fase de planejamento é a principal etapa para o êxito da PPP. Para se atingir as vantagens e a atratividade oriundas das PPPs ao Poder Público, é fundamental que a Administração conheça as particularidades relacionadas à modelagem do projeto que se pretende executar. Para que uma PPP seja interessante ao Poder Público, recomenda-se que ela esteja inserida no âmbito de uma política pública abrangente, respaldada por um arcabouço jurídico e institucional adequado que permita a estruturação de projetos pertinentes e de resultados factíveis²³⁵.

Contudo, não é essa a realidade da Administração Pública brasileira, mormente no âmbito municipal. Privilegia-se a mobilização de recursos financeiros nas fases de execução contratual, em detrimento da etapa de planejamento da modelagem. Há uma cultura de que o investimento na estruturação do arcabouço institucional pode significar desperdício de tempo e de dinheiro se projetos não vierem a ser contratados, o que acaba gerando um ciclo vicioso, ou pior, a inviabilidade de concretização de contratos por meio de parcerias com a iniciativa privada que seriam plenamente possíveis. E o cidadão acaba pagando um alto preço com a ausência de infraestrutura e de serviços públicos prestados de maneira inadequada e intempestiva.

Conforme apontado por Dal Pozzo e Jatene²³⁶, quanto menos se investe nas fases de planejamento e na estruturação necessárias para o desenvolvimento de um projeto de PPP exitoso, menos capacitadas são as instituições que as promovem, menos aptos são os servidores para conduzirem os seus processos e, por outro lado, mais custosa será a elaboração de uma política que os compreenda como atores fundamentais do processo de implantação de uma PPP.

Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães²³⁷ salienta a ausência de capacitação técnica dos quadros municipais como problema comum para estruturação de projetos de PPP.

²³⁵ DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

²³⁶ DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

²³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O ciclo municipal das PPPs. **Revista Direito do Estado**, n. 51, ano 2015.

A incapacidade institucional limita a avaliação de levantamentos e projetos relacionados aos serviços, bem como o controle e fiscalização da execução do contrato de PPP. A capacitação do corpo administrativo é fator elementar para que os municípios criem condições suficientes para operacionalizar projetos dessa natureza, buscando diminuir a assimetria informacional e reduzir os riscos de captura do interesse público pelo interesse privado. Diante dessa realidade, os municípios acabam optando pela contratação de consultoria externa de apoio para esse fim.

Bruno Pereira ressalta que, diante de um cenário de reduzida capacidade institucional do Poder Público, para que os projetos avancem e se concretizem, a iniciativa privada acaba por fornecer informalmente todos os subsídios e estudos necessários para que uma licitação seja realizada. Essa prática, que não é incomum na realidade brasileira, induz a tomada de decisões pelos municípios de modo não transparente e pouco republicano.²³⁸

Diante desse quadro, para a estruturação de projetos de PPP de iluminação pública, há três caminhos para auxiliar os municípios na realização dos respectivos estudos de viabilidade necessários para o posterior processo licitatório: corpo administrativo, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) e consultores externos. O primeiro exige do município capacidade de planejamento para que se conceba um quadro administrativo especializado na estruturação de projetos de PPP, o que requer a disponibilidade de servidores capacitados e engajados para esse fim. Entretanto, esse caminho leva tempo e requer uma decisão política de longo prazo, razão pela qual tem sido pouco adotada em razão da urgência dos projetos.

O PMI representa instrumento adequado à produção de estudos e estruturação de projetos de PPP de iluminação pública. É um mecanismo pelo qual os particulares formalizam seu interesse em propor estudos, projetos e soluções à Administração Pública, podendo originar-se tanto de solicitação pública, por chamamento feito pelo próprio município, quanto derivar de manifestação espontânea e independente dos particulares.

Fernando Vernalha²³⁹ ressalta que o PMI retrata a tendência de superação do dogma da unilateralidade da Administração, transpondo o ambiente de resistência e desconfiança em relação à influência do interesse privado nas soluções estatais voltadas à execução de obras e serviços.

²³⁸ PEREIRA, Bruno. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado:** monólogo ou diálogo público privado? PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. [s/d]. p. 05. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em 02 set. 2019.

²³⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415.

Atualmente, reconhece-se que a troca preliminar de informações, estudos e projetos com empresas privadas pode ser um instrumento importante para o aperfeiçoamento das soluções de interesse público, sem representar ofensa à isonomia ou à moralidade administrativa. O PMI caracteriza-se como um canal de concepção e aperfeiçoamento dos projetos por quem titulariza a tecnologia e a expertise para tal, que é o empresário privado. Todavia, os municípios continuam obrigados a estar preparados e capacitados para as respectivas avaliações, reduzindo a assimetria de informações que se verifica nesse domínio entre os setores público e privados.²⁴⁰

Entretanto, o PMI apresenta certas limitações ao Poder Público, tais como em relação à qualidade e isenção dos estudos entregues, os quais, em geral, são tecnicamente incompletos, com base de custos inexata, baixo nível de profundidade, utilizam premissas incoerentes com a realidade pública e possuem uma matriz de riscos inadequada, com claro desequilíbrio desfavorável ao Poder Concedente. Ademais, o PMI pode acarretar um retrabalho na seleção e adequação dos estudos recebidos, bem como baixo comprometimento com o projeto, tendo em vista que não há obrigatoriedade para que o Poder Público dê seguimento ao processo licitatório.²⁴¹

Com a realização de um PMI para a estruturação de um projeto de PPP de iluminação pública, o Poder Público receberá uma gama de informação muito grande nas áreas de engenharia, jurídica e econômico-financeira. Diante desse material, o Poder Público pode-se ver assobrado de estudos que precisam ser analisados, avaliados e eventualmente combinados entre si, para, aí sim, transformarem-se em documentos aptos a inaugarem o processo licitatório. Para isso, é inevitável a capacitação do quadro administrativo que fará a avaliação e seleção desses estudos. Destarte, é necessário que o Poder Público busque estruturar-se de maneira mais adequada para enfrentar as etapas críticas do processo de um PMI, otimizando a sua utilização.

O terceiro caminho será a contratação pelo município de consultores externos especializados para o desenvolvimento de estudos de viabilidade e estruturação do projeto de PPP de iluminação pública. Sob o aspecto da agilidade na entrega dos resultados, poderia representar a melhor alternativa; entretanto, esbarra nos grandes custos envolvidos na transação e na disponibilidade financeira do Município. É uma medida paliativa, pois mantém a assimetria

²⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 416.

²⁴¹ VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. As limitações do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta para a estruturação de projetos de Parceria Público-Privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, nº 55, jul./set. 2016. p. 170-172.

de informação entre o setor público e o privado, e o Município ficará à mercê dos serviços prestados por esses profissionais.

Por isso, quando se pensa em boa administração pública, como desenvolvida no capítulo 1, impõe-se um planejamento e políticas públicas de longo prazo, com a implementação de ações progressivas, o estabelecimento de metas e de resultados mensuráveis no decorrer do tempo. Com isso, entre as alternativas acima apresentadas, a que se mostra mais eficiente ao Município é a opção pela capacitação e especialização do próprio quadro de pessoal da Administração, mesmo diante de toda a complexidade dada a diversidade de matérias e das várias áreas do conhecimento que envolve projetos dessa natureza. O direito fundamental à boa administração pública não autoriza decisões precipitadas, descontextualizadas e sem planejamento.

Assim, um projeto de PPP de iluminação pública deve estar inserido dentro de uma política pública mais ampla de parcerias público-privadas. Superada a fase licitatória e de assinatura do contrato, o Município assumirá a obrigação de gestão e fiscalização do respectivo contrato. Ora, se não teve capacidade institucional (capacidade técnica) para a estruturação do projeto inicial, certamente não o terá para a fase de execução do contrato. E, considerando o longo prazo desses contratos o prejuízo ao interesse público pode ser inevitável.

As chances de sucesso de um projeto de PPP aumentam de acordo com o nível de engajamento do Poder Público em cada etapa. Por isso, desde o início do projeto, é importante que a sua estrutura de governança esteja bem definida. O planejamento das equipes envolvidas deve ser feito com antecedência, os recursos humanos devem ser devidamente alocados e a matriz de responsabilidade e os processos de comunicação e de tomada de decisões devem ser claros e objetivos.²⁴²

Portanto, imperioso é o desenvolvimento de competências internas nos municípios que pretendam formalizar contratos de PPP de iluminação pública, o que significa preparar e capacitar tecnicamente o quadro administrativo específico para que se diminua a assimetria informacional em relação aos particulares, seja para estruturar de *per si* o projeto de PPP, seja para que tenha condições de avaliar os projetos e estudos apresentados mediante PMI. Essa é a maneira para que o contrato de PPP tenha êxito em sua execução e possa efetivamente representar uma melhoria nos serviços de iluminação pública.

²⁴² VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. As limitações do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta para a estruturação de projetos de Parceria Público-Privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, nº 55, jul./set. 2016. p. 183.

4.6 Estruturação de projetos de PPP de Iluminação Pública

A forma de estruturação do projeto de PPP é de suma importância para o êxito em cada uma das etapas subsequentes do processo, até a assinatura do contrato com o parceiro privado. Historicamente, os projetos de PPPs em geral têm uma baixa taxa de conversão da intenção anunciada em contratos assinados efetivamente²⁴³. De igual modo, há uma baixa taxa de conversão de contratos de PPPs no setor de iluminação pública, a qual fica em torno de 3,6%²⁴⁴.

O primeiro pilar para o êxito de um projeto de PPP de iluminação pública consiste na adaptação da legislação municipal relacionada à matéria. A legislação municipal tem a função de regulamentar as PPPs no âmbito municipal e confere maior segurança jurídica para projetos dessa natureza.

Por tal razão, em um cenário de boa administração, é importante a avaliação e, se for o caso, a revisão das leis que influenciam na realização de PPPs de iluminação pública, tais como a lei municipal de PPP, as normas referentes à Contribuição de Iluminação Pública – CIP e os convênios e contratos entre o Município e a distribuidora de energia. Ainda, a edição de uma legislação própria municipal demonstra o comprometimento da Administração municipal com o programa de parcerias, conferindo maior segurança jurídica, transparência e credibilidade à sociedade e ao mercado.

Conforme exposto no tópico 3.4 acima, o custeio das atividades de iluminação pública, após a Emenda Constitucional nº 39/2002, na maioria dos municípios brasileiros, tem sido por meio da contribuição para custeio da iluminação pública (CIP). Por isso, os recursos provenientes da CIP constituem-se na principal fonte de custeio das contraprestações dos contratos de PPPs, o que assegura maior garantia no cumprimento por parte do Poder Concedente de suas obrigações em favor do parceiro privado. Por isso, é relevante que a legislação municipal disponha sobre a previsibilidade financeira da CIP. Caso o projeto de PPP de iluminação pública tenha previsão de vinculação dos recursos da CIP ao pagamento das

²⁴³ O índice de sucesso dos projetos de PPPs iniciados nos anos de 2016 e 2017, em setores diversos da iluminação pública, foi de apenas 1,8%, conforme levantamento feito pela empresa Radar PPP. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. **Guia de boas práticas em PPPs de iluminação pública.** São Paulo, 2019. p. 20. Disponível em: < https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/06/guia_IP_A4_junho.pdf >. Acesso em 04 nov. 2019.

²⁴⁴ Ao se analisar o índice de sucesso dos projetos de PPPs iniciados no ano de 2016 e 2017, em um total de 111 projetos, verificou-se que apenas quatro processos licitatórios foram concluídos, ou seja, uma taxa de conversão aproximada de apenas 3,6%. In: **Guia de boas práticas em PPPs de iluminação pública.** Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base – ABDIB. São Paulo, 2019. p. 20. Disponível em: < https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/06/guia_IP_A4_junho.pdf >. Acesso em 04 nov. 2019.

contraprestações do contrato de PPP, tal vinculação deve estar autorizada expressamente pela legislação municipal.

Outro pilar para a concretização de PPP no âmbito municipal diz respeito à estruturação institucional e de governança, demonstrando o compromisso do município com os projetos e permitindo que todos os interessados tenham clareza a respeito de quem os conduzirá e como estes serão organizados. É importante o desenho e a definição do modelo de governança, de modo a evidenciar os aspectos referentes à liderança institucional do programa, metas e objetivos, bem como a formação de equipe técnica qualificada, o que é indispensável para o resultado positivo da concessão, conforme explanado no tópico 3.5.1..

Para a viabilização de projetos de PPPs municipais, é relevante a definição e configuração dos órgãos internos que serão responsáveis pela implementação dos projetos, em diferentes instâncias e com suas respectivas competências. É importante a criação de um órgão superior de caráter normativo e deliberativo, responsável pelo planejamento e pela execução das parcerias no âmbito da administração municipal. Além disso, para auxiliar na condução operacional e técnica dos projetos de PPP, com atuação multidisciplinar e transversal, mostra-se necessária a concepção de um núcleo especializado na matéria dentro do Município.

Em regra, os programas de PPPs possuem como um dos seus principais objetivos a melhoria da qualidade na prestação dos serviços públicos e na gestão de bens, obras e empreendimentos públicos, bem como na desoneração da Administração Pública em relação a despesas e/ou investimentos. Quanto aos projetos de iluminação pública, é fundamental que eles estejam contemplados no programa de PPP do município, em virtude das adequações jurídicas necessárias à sua viabilização.

Para a estruturação dos projetos de PPP de iluminação pública, além das alternativas comentadas no tópico 3.5.1 acima, tais como a utilização do procedimento de manifestação de interesse (PMI), a contratação de consultoria externa, atualmente, os Municípios também podem lançar mão de programas federais de apoio à estruturação de PPPs e concessões.

Um dos principais programas de apoio do Governo Federal à viabilização de PPPs em municípios foi lançado no ano de 2017, por meio da Lei nº 13.529/2017, como corolário do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI), voltado principalmente aos municípios de pequeno e médio porte. Tal programa denomina-se de Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessões e Parcerias Público-Privadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o qual autoriza a União a participar de fundo que tenha por finalidade exclusiva financiar serviços técnicos profissionais especializados, até o limite de R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais).

Assim, com apoio externo ou por conta própria, compete ao ente público conceber a estruturação do seu projeto de PPP de iluminação pública. A modelagem ou estruturação de um projeto de PPP, destarte, consiste na produção de estudos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos que demonstrem a viabilidade de execução do projeto, determinando, ao final, os elementos mínimos necessários para a licitação. Em outros termos, a fase de estruturação consiste na avaliação das diferentes premissas de modo que o projeto seja técnico, financeiro e juridicamente viável.

O gráfico abaixo apresenta os principais estudos que compõem a modelagem de um projeto de PPP.



Por isso, é de suma relevância a etapa de modelagem de um projeto de PPP de iluminação pública, pois os estudos e as conclusões neles produzidos direcionarão as etapas posteriores e a própria viabilidade do projeto.

Quanto ao aspecto técnico da modelagem da PPP de iluminação pública, devem demonstrar os principais elementos, tais como a definição clara do escopo da PPP, a implantação do centro de controle operacional, a tecnologia de telegestão, aspectos ambientais, eficiência energética, dentre outros. É importante também que esteja bem definidas as áreas públicas que serão atendidas, os serviços que serão contemplados e as tecnologias a serem consideradas ao longo do desenvolvimento da modelagem.

Ademais, em razão da longevidade de um projeto de PPP de iluminação pública e do seu impacto sobre outras áreas estratégicas do município durante o período da concessão, a modelagem deve buscar, o quanto possível, conciliar o projeto com o planejamento de longo prazo da infraestrutura urbana. Obviamente, algumas incertezas de interrelação com outras

iniciativas futuras de planejamento urbano serão inevitáveis, por isso, a importância de incluir mecanismos de flexibilidade contratual à concessão.

O projeto também deve contemplar expressamente as responsabilidades do parceiro privado em relação às suas obrigações ambientais, cujos custos deverão ser considerados no estudo econômico-financeiro. A preocupação ambiental nos projetos de PPP de iluminação pública é relevante, tendo em vista que todo o material ou equipamento retirado da rede de iluminação deve ser submetido a processos de triagem, classificação e posterior reutilização ou descarte, em atenção à legislação ambiental vigente. Para isso, caberá à concessionária executar procedimentos específicos, conforme o tipo de material, em função de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade e contaminação.

No tocante à modelagem econômico-financeira, essa tem por objetivo demonstrar a viabilidade nos aspectos econômicos e financeiros com a análise de diversas variáveis relevantes ao resultado do projeto, entre elas receitas, custos, despesas, investimentos, tributação e formas de financiamento. As informações de custos e investimentos são resultantes dos estudos técnicos de engenharia que antecedem a avaliação econômico-financeira.

Na avaliação de projetos de PPP, uma das variáveis mais importantes para a análise do projeto é a contraprestação pública a ser oferecida ao parceiro privado, cujo valor deverá ser confrontado com a capacidade orçamentária do município em sustentar esse patamar de remuneração. No caso de PPPs de iluminação pública, essa capacidade está diretamente relacionada ao montante arrecado pela CIP.

Os principais indicadores da modelagem econômico-financeira são resultantes da projeção de um fluxo de caixa hipotético do futuro concessionário da PPP. Os dois principais indicadores calculados são a Taxa Interna de Retorno (TIR) e o Valor Presente Líquido (VPL).

Ainda no âmbito da modelagem econômico-financeira, busca-se realizar estudos para demonstrar as razões que justifiquem a opção pela forma de PPP, também chamado de *value for money*, em atendimento ao disposto no art. 10, I, “a” da Lei nº 11.079/2004. Tem por objetivo mensurar quantitativamente e qualitativamente a vantagem de se contratar um projeto através de uma PPP, quando comparado com uma contratação pública tradicional.

Nas PPPs de iluminação pública, alguns dos principais aspectos que asseguram maior vantagem dessa forma de contratação são: i) agrupamento de todos os serviços de iluminação pública em um único contrato, gerando ganhos de escala e redução de gastos para a Administração Pública; ii) capacidade financeira do parceiro privado para atingir, no curto prazo, metas de modernização do parque de iluminação pública e redução do consumo de energia; iii) melhor controle dos níveis de qualidade dos serviços por meio do mecanismo de

pagamento lastreado em indicadores de desempenho; iv) aptidão do município para comportar maior número de tecnologias associadas com Cidades Inteligentes²⁴⁵, no curto e médio prazo.

Em relação à estruturação jurídica do projeto de PPP de iluminação pública, deve ser construída de acordo com a normas que regem esse modelo de contratação, em especial à Lei Geral das PPPs (Lei nº 11.079/2004), bem como à legislação municipal sobre a matéria. Conforme explanado no capítulo 2, a legislação federal aponta os requisitos obrigatórios à implementação de um projeto de PPP, os quais devem estar devidamente contemplados na modelagem do projeto.

Desta feita, quanto aos aspectos jurídicos, os projetos de PPPs de iluminação pública, nos termos do art. 10 da Lei nº 11.079/2004 e conforme exposto no item 2.4, devem atender obrigatoriamente os seguintes requisitos: i) autorização legislativa, caso mais de 70% da contraprestação seja paga pela Administração Pública; ii) autorização da autoridade competente demonstrando a conveniência e oportunidade da contratação, bem como que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas dos resultados fiscais do município; iii) declaração do ordenador de despesas sobre a adequação orçamentária do projeto; iv) estimativa do fluxo de recursos públicos demonstrando que são suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; v) previsão do objeto da PPP de iluminação pública no plano plurianual em vigor; vi) prévia consulta pública da minuta de edital e de contrato; vii) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento.

Assim, superada a fase de estruturação e modelagem, o Município estará apto a iniciar o procedimento licitatório para a seleção do parceiro privado.

4.7 A figura do Verificador Independente

Desde a formalização do primeiro contrato de PPP dos serviços de iluminação pública no país, tendo sido pioneiro o município de Belo Horizonte²⁴⁶, foi adotada a figura do Verificador Independente com a finalidade de suporte e apoio técnico ao Poder Concedente no processo de gerenciamento do contrato, fiscalização da Concessionária, bem como dos mecanismos de avaliação e controle dos resultados planejados, de forma que os objetivos da

²⁴⁵ Sobre o conceito de cidades inteligentes, também denominadas de *smart cities*, cf.: ANTUNES, Vitor Amuri. **Parcerias público-privadas para smart cities.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

²⁴⁶ O município de Belo Horizonte celebrou a primeira PPP dos serviços de iluminação pública no país, por meio do contrato nº AJ 016/2016, assinado em 13/07/2016, e, posteriormente, celebrou o contrato nº AJ 34/2017, em 01/12/2017, tendo por objeto os serviços de verificação independente.

PPP sejam alcançados. Essa praxe tem sido adotada nos demais projetos em andamento no país, tais como nos municípios de Porto Alegre, Teresina e Uberlândia.

Na realidade, a complexa alocação de riscos e encargos que envolve os contratos de PPPs e os extensos impactos sociais dos serviços de iluminação pública exigem precisão e qualidade na regulação e no controle da parceria entre o Poder Público e o setor privado, não apenas para sua viabilização, como também para preservar o interesse público e garantir a contrapartida justa pelos serviços prestados pelo parceiro privado. Para isso, visando promover o alinhamento entre os interesses público e privado nesses contratos, a remuneração do parceiro privado encontra-se vinculada ao desempenho almejado pelo Poder Público na execução do objeto da PPP.

Nesse contexto, mostra-se relevante a instituição de um terceiro ator no cenário de execução contratual da PPP, denominado de Verificador Independente, por meio da contratação de uma empresa privada para que ela realize a avaliação de desempenho do concessionário de forma íntegra, transparente e independente, de modo a conferir imparcialidade ao processo. A contratação de uma empresa privada assegura maior aderência à função de verificação, tendo em vista a maior flexibilidade trazida pelo mercado quanto à mobilização e o aporte de conhecimento técnico.

Os Municípios que optarem pela celebração de PPPs deverão preocupar-se com a gestão profissional do contrato, com foco na qualidade para o cidadão, na eficiência de processos e na melhoria contínua do serviço de iluminação pública. Para tal, deverão buscar o estabelecimento de padrões contratuais que incentivem a cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, para que os ganhos de eficiência e os benefícios sociais possam ser efetivamente alcançados, e que os níveis adequados de retorno sejam garantidos à concessionária.

Para cumprir suas responsabilidades no contrato de PPP, é fundamental que os Municípios tenham uma gestão competente do contrato de concessão. A equipe responsável pela gestão do contrato deve ter conhecimento pleno dos parâmetros contratados, compreendendo suas condições e restrições, atentando-se ao desempenho do projeto, com vistas às diretrizes estratégicas definidas para aquela PPP. Além disso, esta equipe deverá efetuar avaliações sistemáticas das necessidades ou tendências do projeto e articular providências, visando remover obstáculos e promover evoluções, de modo a manter um permanente esforço em busca do equilíbrio entre os interesses do Município e do parceiro privado.

Importante destacar que, apesar da relevância da atuação do Verificador Independente em projeto de PPP, essa não elimina, reduz ou entra em conflito com a obrigação de gestão e fiscalização do contrato, a cargo do Poder Concedente.

Quanto aos valores e às competências de um Verificador Independente, deve-se levar em conta, principalmente, a importância de se estabelecer credibilidade junto ao mercado investidor, legitimidade com as partes envolvidas, inclusive com o usuário do serviço público, e promover efetividade na prestação dos serviços públicos. O Verificador deve atuar de forma transparente, dando visibilidade sobre suas ações e recomendações, de forma a transmitir segurança às partes envolvidas, e, concomitantemente, com flexibilidade, utilizando competências e instrumentos adequados para monitoramento e controle em cada etapa da PPP.

Destacam-se, portanto, os seguintes valores, que deverão ser observados pelo Verificador Independente²⁴⁷:

i) Independência: deve ser dotado de completa autonomia e independência frente ao Poder Concedente e ao Concessionário, facultando-lhe realizar quaisquer atividades pertinentes ao monitoramento e controle de desempenho do projeto. Essa condição impossibilita qualquer influência indevida das partes interessadas e promove a confiança coletiva no sistema de monitoramento e controle;

ii) Transparência: adotar uma postura clara e transparente em relação aos objetivos da verificação independente e promover abertura e visibilidade dos processos de monitoramento e controle às partes interessados, visando fortalecer a legitimidade de suas atividades e evitar conflitos entre as partes envolvidas na concessão, principalmente, aqueles relacionados ao processo de aferição de desempenho;

iii) Previsibilidade: estabelecer reputação de decisões e ações previsíveis alinhadas com o papel da verificação independente, de modo a reduzir o risco percebido, principalmente, pelos investidores;

iv) Consistência: garantir que os processos de monitoramento e controle de desempenho sejam consistentes ao longo do tempo, mantendo a coerência de suas ações, de forma a assegurar credibilidade e evitar conflito entre as partes da concessão;

v) Flexibilidade: dispor de competências técnicas e instrumentos adequados para a realização do monitoramento e controle do desempenho em cada etapa do projeto. Ao longo do período de concessão, competências distintas serão exigidas. Em um primeiro momento, por exemplo, será requerida capacidade de estruturação, quando o Verificador deverá entender os

²⁴⁷ O estado de Minas Gerais foi pioneiro no país em adotar o marco legal sobre parcerias público-privadas com a Lei Estadual nº 14.868/2003 e também em criar, como parte da estrutura de acompanhamento do contrato de concessão, a figura do Verificador Independente. Inclusive, desenvolveu um Manual para o Estruturação de Verificadores Independentes dos quais foram retirados os valores ora listados. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

requisitos do projeto e formular os processos para monitoramento e controle do desempenho. Posteriormente, as atividades serão majoritariamente voltadas à execução dos processos desenhados, exigindo-se competências em gerenciamento da rotina, que envolve a aferição e o monitoramento dos indicadores de desempenho frente às metas, análise de não conformidades e suporte na implementação de plano de ação para solução do problema;

vi) Integração: promover o relacionamento e o diálogo entre as partes, como por meio de reuniões periódicas de acompanhamento da concessão, viabilizando o intercâmbio de informações e orientando o Poder Público e o parceiro privado para decisões e ações voltadas ao êxito do projeto;

vii) Comunicação: tornar as informações relacionadas ao desempenho do projeto acessíveis e disponíveis a todos os interessados em tempo hábil, conferindo agilidade nos processos decisórios e na eventual adequação do desempenho operacional;

viii) Eficácia e Eficiência: desenvolver processos otimizados para monitorar e controlar o desempenho do projeto de PPP, a fim de garantir a excelência operacional e o alinhamento com os objetivos estratégicos do Município. Adicionalmente, deve-se utilizar de conhecimentos técnicos e experiências, de modo a suportar o Poder Público e o parceiro privado na definição e na análise das soluções técnicas e econômicas que eventualmente se fizerem necessárias no projeto;

ix) Responsabilidade: conceber processos de monitoramento e controle claros, apresentando as justificativas e fundamentação para as decisões e premissas adotadas.

Portanto, os Municípios devem assegurar a contratação de empresa que possua habilidades e qualificação técnica para o desempenho dos serviços de verificação independente. Como visto, nos projetos de PPPs dos serviços de iluminação pública mostra-se de suma relevância a contratação dos serviços de verificação independente, tendo como objetivos principais as seguintes funções:

- i) Estruturação da gestão e operação da Verificação Independente;
- ii) Desenho de todos os processos e procedimentos para aferição do desempenho da Concessionária;
- iii) Aferição mensal dos dados e indicadores produzidos pela Concessionária, bem como a geração de relatório gerencial mensal sobre o resultado da aferição;
- iv) Realizar a verificação independente proativa, de forma a sugerir melhorias em todos os processos para que ambas as partes atinjam seus objetivos com a concessão.

Diante do exposto, ao avaliar as PPPs dos serviços de iluminação pública em um cenário de boa administração e boa governança, acaba tornando-se importante a institucionalização da

figura do Verificador Independente, tendo em vista o seu papel crítico no equilíbrio de interesses das partes e na mitigação dos riscos inerentes à parceria de um ente público e um privado. Todavia, ainda não há previsão legal dessa figura, restringindo apenas à discricionariedade da Administração Pública e de órgãos que pontualmente vêm adotando em determinados projetos de PPPs.

Definida a necessidade da figura do Verificador Independente, uma questão relevante que se apresenta é a forma de contratação da empresa que prestará tais serviços. Isso porque o regime licitatório previsto na Lei nº 11.079/2004 não se aplica à contratação do Verificador Independente. Como visto, a Lei nº 11.079/2004 trouxe algumas alterações, para melhor, em relação ao procedimento licitatório comum regido pela Lei nº 8.666/1993, tais como a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, de previsão de uma etapa de lances em viva voz, de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências, ou ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento, o que significa, na prática, uma maior otimização e racionalização no curso do processo de licitação, que é extremamente formal e burocrático por natureza. Além disso, o prazo de vigência do contrato de concessão tem duração de longo prazo, podendo chegar até 35 (trinta e cinco) anos, nos termos do art. 5º, I da Lei nº 11.079/2004.

Por outro lado, a contratação da empresa para prestar os serviços de verificação independente seguirá o regime tradicional da Lei nº 8.666/1993, que acaba sendo mais moroso do que a própria licitação da PPP, ou seja, o contrato acessório torna-se mais difícil do que o contrato principal. Além disso, a vigência do contrato de verificação independente terá prazo máximo de 5 (cinco) anos, o que possibilitará a prestação de tais serviços por diferentes empresas ao longo da concessão. No caso de um projeto de PPP de iluminação pública com prazo de duração de 20 (vinte) anos, poderá haver pelo menos 4 (quatro) empresas diferentes prestando os serviços de verificação independente, exigindo-se, para tal, no mínimo 4 (quatro) processos licitatórios com todos os obstáculos e dificuldades que a realidade da Administração Pública enfrenta em certames dessa natureza.

Além disso, os serviços de verificação independente necessitam de uma etapa inicial em que a empresa busque a compreensão do projeto, desenhe os processos de monitoramento e controle o desempenho juntamente com o Poder Concedente e Concessionária, definição das metodologias para gestão de indicadores, etc. A alternância de empresas ao longo da concessão, que ocorrerá no prazo máximo de 5 (cinco) anos, acarretará a repetição dessa etapa, e, a cada processo de substituição do Verificador Independente, o Poder Público e a Concessionária deverão readaptar-se com a nova metodologia de trabalho da empresa. Isso pode trazer o risco

de perda da eficiência, tendo em vista que os agentes já estavam acostumados com uma determinada metodologia de trabalho e processos, além de uma possível perda em economia de escala, pois os custos da etapa de estruturação, que acontecerá a cada substituição de contrato, serão contabilizados pela nova empresa.

Ademais, observa-se que, para a licitação do Verificador Independente, tem sido adotada a modalidade de concorrência pública, do tipo técnica e preço, o que acaba tornando-se um processo mais custoso²⁴⁸.

Para evitar esses obstáculos, aventa-se a possibilidade de se incluir no projeto da PPP de iluminação pública a responsabilidade à Concessionária em contratar a empresa na prestação dos serviços de verificação independente²⁴⁹. Por um lado, transferir essa obrigação à Concessionária reduz a dificuldade do Município em razão do regime de contratações públicas e garante a presença da figura do Verificador Independente durante toda a concessão, em função da maior flexibilidade do parceiro privado em seus processos de contratações, quando comparado com o setor público.

Por outro lado, não parece a melhor solução, tendo em vista que o Verificador Independente avaliaria o desempenho do seu próprio contratante e indicaria o valor que ele deveria receber, podendo gerar conflito de interesses. Além disso, pode gerar perda de gerência e domínio do Poder Público em relação à execução da PPP e em nível dos serviços prestados pelo parceiro privado.

Por isso, na esteira da concepção de boa administração e boa governança, que exige uma maior eficiência, tempestividade e melhores resultados nos serviços prestados pela Administração Pública, a melhor solução seria que os contratos acessórios seguissem ao menos o mesmo rito do contrato principal, que é da concessão. Não se justifica que os serviços acessórios, como o da verificação independente, sejam contratados por meio de processo licitatório mais difícil e não tenham a possibilidade de vigência em prazo compatível com o da Concessão.

²⁴⁸ Conforme edital de Concorrência Pública nº 37/2016 da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura do município de Belo Horizonte-MG.

²⁴⁹ O manual de parcerias do estado de São Paulo destaca que a contratação e o pagamento do verificador independente podem ser feitos tanto pelo Poder Concedente quanto pelo parceiro privado, a depender da previsão contratual, ressalvando, entretanto, que a sua contratação sempre será submetida à aprovação do Poder Concedente. In: Estado de São Paulo. Manual de parcerias do estado de São Paulo. São Paulo, [s/d]. p. 172. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em 05 nov. 2019.

4.8 Aspectos relevantes dos contratos de PPPs de iluminação pública

Em análise aos contratos de concessão dos serviços de iluminação em execução no país²⁵⁰, ou em processo de licitação²⁵¹, observa-se certa similaridade na sua estruturação. A modalidade escolhida é a concessão administrativa, prevista no art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079/2004, tendo por objeto a modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública. É um objeto bastante amplo, que envolve não só a substituição de lâmpadas nos parques de iluminação de pública, como também a ampliação ao longo da vigência da concessão de acordo com a projeção de crescimento das cidades, além da operação e manutenção durante o contrato.

O prazo de vigência da concessão escolhido tem sido de 20 (vinte) anos, o que garante a amortização dos investimentos privados ao longo do tempo, essencial para a manutenção da modicidade tarifária aos usuários dos serviços públicos. Como há um investimento de grande monta no início do contrato, é importante um contrato de longo prazo para não acarretar um incremento no valor da Contribuição para Custo da Iluminação Pública (CIP).

Há a previsão de reversibilidade dos bens indispensáveis à continuidade dos serviços de iluminação pública, inclusive daqueles bens adquiridos ou construídos pela Concessionária com o objetivo de executar o contrato. Excluem-se, porém, da obrigatoriedade de reversão aqueles bens de uso administrativo e/ou não essenciais à prestação dos serviços. Com isso, garante-se ao Município o recebimento, ao final do contrato, da infraestrutura básica para o prosseguimento dos serviços de iluminação pública.

Outra questão relevante que se apresenta nos contratos de PPP de iluminação pública diz respeito ao licenciamento ambiental necessário à prestação dos serviços. Nos termos do art. 10, VII, da Lei nº 11.079/2004, a abertura do processo licitatório está condicionada à licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento. Têm sido apresentadas as diretrizes ambientais mínimas para o tratamento e a destinação final adequada dos resíduos provenientes da rede de iluminação pública dos municípios, adotando-se práticas de logística reversa dos resíduos decorrentes da execução dos serviços sob responsabilidade da concessionária.

²⁵⁰ Como exemplo, tem-se o Contrato de Concessão nº AJ 016/2016 do Município de Belo Horizonte-MG.

²⁵¹ Dentre os vários projetos em licitação no país, foram analisados os processos licitatórios dos municípios de Porto Alegre-RS (Concorrência Pública nº 09/2019), Teresina-PI (Concorrência Pública nº 01/2019) e Uberlândia-MG (Concorrência Pública nº 568/2019).

Os atuais parques de iluminação pública dos municípios possuem, em sua maioria, lâmpadas com tecnologias ultrapassadas, tais como as de vapor de mercúrio e de vapor de sódio, que geram um forte impacto ambiental, tanto no consumo de energia²⁵² quanto na produção de resíduos poluentes, tendo em vista que possuem entre os seus componentes o mercúrio. Por essa razão, é importante o tratamento e a destinação final dos resíduos classificados como perigosos de acordo com as normas ambientais.

Quando se fala em boa administração, hoje em dia, as relações contratuais da Administração Pública devem calcar-se no princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável, previsto nos arts. 170, VI, e 225 da Constituição Federal, que determina ao Estado e à sociedade o dever de promover o bem-estar das gerações presentes, sem obstar a produção do bem-estar das gerações futuras, surgindo, assim, os denominados “contratos administrativos sustentáveis”, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos²⁵³.

Há também a previsão de revisão ordinária do contrato a cada 5 (cinco) anos, possibilitando atualizações nos parâmetros técnicos e nas inovações tecnológicas no contrato. Considerando-se a longa duração do prazo da relação contratual, bem como que novas tecnologias poderão surgir nesse período, esse instituto possibilita a constante atualização do parque de iluminação pública e dos parâmetros técnicos da concessão, garantindo, assim, maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Outra previsão adotada nos contratos é a possibilidade de exploração de atividades relacionadas pela concessionária, de maneira direta ou mediante a celebração de contratos com terceiros, em regime de direito privado, com a prévia autorização do Poder Concedente e mediante o compartilhamento das receitas acessórias entre as partes. Com a modernização da infraestrutura da rede de iluminação pública, abre-se um leque de opções para exploração de outras atividades, tais como câmeras de vigilância como iniciativa de segurança pública, fornecimento de serviço de internet, monitoramento da qualidade do ar, controle de trânsito inteligente, sensores de bueiros e lixeiras²⁵⁴. A geração de receitas acessórias é importante para a amortização dos investimentos da concessionária, deixando de depender exclusivamente da

²⁵² Com a simples modernização dos parques de iluminação pública por meio da implantação de luminárias com tecnologias mais modernas, como a de LED, os municípios têm alcançado a redução de aproximadamente 50% no consumo de energia elétrica.

²⁵³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 130.

²⁵⁴ Informações obtidas nos estudos técnicos apresentados no Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2018 realizado pelo município de Uberlândia-MG.

contraprestação paga pelo Poder Concedente, o que contribui para a redução dos custos aos usuários do serviço de iluminação pública.

Além disso, entre as potenciais atividades que podem ser exploradas em decorrência da infraestrutura da rede de iluminação pública, existem muitas que, acima do proveito econômico, preponderam o interesse público na sua exploração, como é o caso de câmeras como iniciativa de segurança pública. E, por essa razão, o Poder Público deve incentivar a sua exploração no curso da execução do contrato de PPP.

Outro aspecto que vai ao encontro de boa administração é a previsão de um comitê de governança, com composição igualitária de representantes das partes, com o objetivo de discutir e aperfeiçoar a relação e a comunicação entre a concessionária e o Poder Concedente no âmbito do contrato, visando, dentre outros, reduzir eventuais conflitos e divergências entre eles ao longo do contrato. As resoluções desse comitê de governança dependem de consenso de todos os representantes, tendo caráter vinculante até que sobrevenha eventual decisão da comissão técnica, arbitral ou judiciária sobre a matéria. Esse instituto representa a transformação da superioridade da Administração Pública, comumente adotada nas suas contratações, para uma relação mais aberta, paritária e dialógica com o particular.

Para a solução de conflitos durante a execução do contrato, há a previsão de instauração de comissão técnica e arbitragem. Surgindo eventuais divergências, qualquer das partes pode convocar a instauração de comissão técnica *ad hoc* específica para a questão, composta por um membro indicado pelo Poder Concedente, outro pela concessionária e outro de comum acordo entre as partes ou pelo verificador independente, a depender da matéria. Os pareceres consideram-se aprovados por maioria dos seus membros.

Além disso, há a previsão da arbitragem, na forma disciplinada pela Lei nº 9.307/96, como outro meio de resolução de conflitos de interesses provenientes da execução do contrato. O art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 autoriza expressamente que o edital preveja o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Em relação à arbitragem, importa rememorar a discussão sobre a sua adoção nos contratos administrativos. Na linha administrativista clássica, havia o entendimento no sentido da impossibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem, em razão da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, defendia Lúcia Valle Figueiredo²⁵⁵ que

²⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 115-116.

o juízo arbitral restringia-se aos conflitos que envolviam direitos disponíveis, o que impedia de ser utilizado para dirimir questões em que estivesse envolvido o interesse público.

Nessa esteira, também manifestava Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Não é aceitável pela Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.²⁵⁶

Outrossim, Sidney Bittencourt²⁵⁷ afirma que os contratos submetidos à Lei nº 11.079/2004 somente poderão conter cláusula de juízo arbitral se versarem sobre direitos disponíveis. Já Alexandre Freitas Câmara²⁵⁸ defendia a possibilidade de utilização da arbitragem quando o conflito de interesse referisse a atos negociais praticados pela Administração Pública, porém, não seria possível quando o litígio originasse em relação jurídica em que o Estado fosse sujeito e decorresse de um contrato administrativo.

O Tribunal de Contas da União, por mais de uma ocasião, manifestou pela impossibilidade de eleição de cláusula arbitral em contratos administrativos, conforme se depreende dos acórdãos abaixo:

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).²⁵⁹

É ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos.²⁶⁰

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

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** rev. e atual. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 806.

²⁵⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Parceria público-privada passo a passo.** 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 158.

²⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem:** lei nº 9.307/1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 12-13.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 286/1993** – Plenário. Brasília, 15 jul. 1993.

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1099/2006** – Plenário. Brasília, 05 jul. 2006.

sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados pela CBEE.

[...]

Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem, e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequado a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão.²⁶¹

Observa-se que, mesmo havendo previsão expressa de algumas leis sobre o uso de juízo arbitral para resolução de conflitos, como o supracitado art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 e o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995, parte da doutrina e da jurisprudência continuaram manifestando-se pela impossibilidade de sua utilização em contratos administrativos.

Todavia, o Tribunal de Contas da União posteriormente modificou o seu entendimento, manifestando-se pela possibilidade de cláusula arbitral, desde que justificada técnica e economicamente, no modelo *turn key* de contrato.²⁶²

Para sanar a controvérsia a respeito da possibilidade ou não de utilização de arbitragem pela Administração Pública, foi editada a lei nº 13.129/2015, que alterou a lei de arbitragem (Lei nº 9.307/1996), estabelecendo expressamente que “a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁶³.

Portanto, podem ser objeto de cláusula compromissória os direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles direitos que admitem valoração econômica. Há certos direitos patrimoniais públicos que são disponíveis, como o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diferentemente, tem-se o interesse público que é sempre indisponível, pois ele é de titularidade da coletividade, e não do Poder Público. A Administração Pública apenas o administra, protege e tem o dever de lhe dar efetividade, não podendo dele dispor livremente, pois não lhe pertence. Assim, pode-se afirmar que o interesse público é indisponível, mas existem direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, que são disponíveis. Para estes últimos, é possível a adoção da arbitragem para resolução de conflitos.

Em um contexto de Administração Pública dialógica e consensual em que se buscam novas formas negociadas de atração de investimentos, como acontece no procedimento de manifestação de interesse para futuras licitações de obras de infraestruturas, há todo um esforço no sentido de se provocar uma interlocução maior com os agentes e futuros licitantes de determinado segmento, para que os gestores façam modelagens mais condizentes com as características das realidades setoriais enfrentadas. Por isso a relevância da adoção de formas

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 537/2006** – 2ª Câmara. Brasília, 14 mar. 2006.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2145/2013** – Plenário. Brasília, 14 ago. 2013.

²⁶³ Parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996, incluído pela Lei nº 13.129/2015.

negociadas e consensuais de resolução de conflitos nos contratos de PPPs de iluminação pública.

As PPPs, como visto acima, contemplam um complexo de sistema de garantias no sentido de que a Administração Pública também assumirá compromissos e responsabilidades perante o parceiro privado. Não é mais só o particular quem deve satisfações à Administração, mas também esta pode ser responsabilizada por sua ação negligente ou que cause problemas na execução do contrato. Assim, os efeitos econômico-financeiros decorrentes dos contratos de PPPs podem ser sujeitos à arbitragem, pois é do interesse coletivo que haja a manutenção dos contratos nos quais a Administração Pública não atuou de forma equilibrada em relação aos compromissos assumidos.

São duas razões básicas que tornam a arbitragem atraente aos contratos de PPPs dos serviços de iluminação pública: i) a celeridade na resolução dos conflitos; e ii) a especialidade.

A escolha da arbitragem garante maior rapidez na solução da controvérsia, diferentemente do que acontece na via judicial, em razão da notória morosidade da justiça brasileira. E um longo prazo para se obter um reequilíbrio judicial pode significar, na prática, a descontinuidade do empreendimento e, consequentemente, prejuízos na prestação dos serviços públicos. Percebe-se, destarte, que, ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, mas apenas escolhendo uma forma mais expedita e hábil à tutela do interesse público. O árbitro deve decidir com a mesma imparcialidade que se exige do juiz no procedimento judicial.

Ademais, a arbitragem tem a capacidade de oferecer soluções mais especializadas aos conflitos, dado que os árbitros são escolhidos entre especialistas na matéria a ela submetida. As nuances e todos os detalhes técnicos dos serviços de iluminação pública são muito mais perceptíveis por especialistas da área do que por um juiz que julga diversas outras matérias. Não se trata de diminuir a capacidade do Judiciário, que atua com o uso de peritos, tal como acontece na arbitragem, mas sim de enfatizar que o árbitro possui maior *expertise* em questões técnicas de determinado setor, sendo capaz, em tese, de propiciar uma solução mais segura ao caso concreto.

Assentada a possibilidade do uso nos contratos administrativos, uma questão que se apresenta é a necessidade de licitação para escolha da Câmara Arbitral, entendendo-se, em geral, pela possibilidade de contratação direta por inexigibilidade, a depender da necessidade e da indiscutibilidade do serviço, tendo em vista a qualificação incomum de determinada Câmara para arbitrar certas matérias.

Nesse sentido, o Decreto Federal nº 8.465/2015, que regulamenta o art. 62, §1º, da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos), estabelece que a escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 3º, §3º).

Por outro lado, Marçal Justen Filho sustenta a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/1993, não sendo o caso de licitação, contratação direta, convênio e nem de credenciamento, para o qual a arbitragem não produz um vínculo de natureza contratual entre a Administração e a Câmara de Arbitragem e os árbitros, mas sim uma relação de natureza institucional. Segundo o autor, a escolha do árbitro e da Câmara de Arbitragem envolve um ato administrativo unilateral, praticado no exercício da competência discricionária, o que não implica no surgimento de um contrato, na acepção da Lei nº 8.666/1993.²⁶⁴

Diante do exposto, conclui-se que as cláusulas compromissórias de juízo arbitral adotadas nos contratos de PPPs dos serviços de iluminação pública encontram-se em consonância com a legislação pátria, o entendimento da doutrina e jurisprudência das Cortes de Contas mais recente e os aspectos da celeridade e especialidade na resolução dos eventuais conflitos justificam a adoção da arbitragem nessas contratações.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 110, abril de 2016. Disponível em <www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 18 set. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário em que os Municípios assumiram a gestão dos serviços de iluminação pública, a partir de primeiro de janeiro de 2015, os quais até então estavam a cargo das concessionárias de energia elétrica, a concessão desses serviços à iniciativa privada é alternativa a ser considerada. Isso porque, além de os Municípios não deterem conhecimento e expertise necessários para assumirem tais serviços, passaram a se preocupar com a modernização, operação e manutenção das respectivas redes de infraestrutura. Acresce-se, ainda, a atual crise fiscal e a incapacidade de investimentos da grande maioria dos municípios do país, o que justifica, cada vez mais, a busca por parceiros privados.

Essa realidade existente nos municípios pode ser vista como um impasse ou pode ser encarada como uma oportunidade de se melhorar a qualidade de vida da população, por meio da modernização efetiva da iluminação pública e dos benefícios dela oriundos. A escolha pela execução dos serviços de iluminação pública por meio de PPP é uma faculdade da Administração, a ser avaliada dentre as demais opções disponíveis ao Município.

O atual panorama dos parques de iluminação pública, compostos por lâmpadas com tecnologias ultrapassadas, que geram um forte impacto ambiental, em razão do alto consumo de energia elétrica e da produção de resíduos poluentes e considerando a proliferação no mercado de luminárias com tecnologias mais eficientes, tanto no aspecto econômico quanto no ambiental, impõem aos Municípios a obrigação imediata de modernizá-los. Em tempos atuais, o Poder Público tem o dever de primar pela sustentabilidade e preservação do meio ambiente nas suas contratações e na prestação dos seus serviços.

O direito fundamental à boa administração exige que os serviços públicos sejam prestados de maneira mais eficiente e eficaz possível, com a melhor relação custo-benefício, cabendo ao ente público responsável por sua prestação apenas a escolha do modo em prestá-lo.

O que não se admite em um Estado-Providência e no novo perfil que se espera da Administração Pública, decorrente do direito fundamental à boa administração e à governança, é a omissão procrastinatória por parte do gestor público em postergar indefinidamente a melhoria na prestação dos serviços públicos sob o manto retórico da carência de recursos. Ora, se há viabilidade de celebrar parcerias com a iniciativa privada sobre determinados serviços, como é o caso da iluminação pública, os municípios têm o dever de levar em consideração essa opção, para, sopesando as outras alternativas, escolher aquela que melhor atende ao interesse da coletividade.

As experiências exitosas de alguns municípios com o instituto da parceria público-privada corroboram a escolha desse modelo, tanto nos aspectos de tecnologia, melhoramento da qualidade da luminosidade dos espaços urbanos durante à noite, redução dos impactos ambientais, economia no custo dos serviços, dentre outros, e diante da possibilidade de remuneração do parceiro privado por meio de receita tributária específica para essa finalidade. Nos termos do art. 149-A da Constituição Federal, o investimento se torna mais viável e atrativo à iniciativa privada, no aspecto da segurança do pagamento da contraprestação.

E, quanto mais atrativo, maior a competitividade no futuro processo licitatório. Quanto maior a garantia e a segurança na relação contratual, maior será o prazo de amortização dos investimentos, o que privilegia a modicidade da contribuição para o custeio da iluminação pública a ser paga pelo usuário do serviço público.

Verifica-se, como resultado da presente pesquisa, que a opção por celebração de PPP como tem feito alguns Municípios alinha-se à concepção de boa administração enquanto direito fundamental. Esse direito fundamental incide sobre as relações administrativas, fomenta a prioridade dos investimentos e auxilia na fixação de parcerias benéficas entre o público e o privado. É o direito do cidadão a uma Administração Pública eficiente e eficaz, cumpridora dos seus deveres e que atue mediante planejamento, com políticas públicas voltadas ao longo prazo. O exercício da função administrativa passa a estar centralizada na pessoa, razão última de qualquer atividade estatal.

A boa administração é aquela que atua mediante responsabilidade em suas contratações e planejamento, delimitando bem um plano de ações de curto, médio e longo prazo. Para alcançar o programa de desenvolvimento social estabelecido na Carta Constitucional, impõe-se a implementação de ações progressivas, o estabelecimento de metas e de resultados mensuráveis ao longo do tempo. O direito fundamental à boa administração pública não autoriza decisões precipitadas, descontextualizadas e sem planejamento. Portanto, o dever de planejamento torna-se indissociável ao exercício da função administrativa.

Assim, no caso de celebração de PPP dos serviços de iluminação pública, é crucial que o município aja mediante um bom planejamento, desde o momento da estruturação do projeto, em razão da complexidade e da multidisciplinariedade de matérias que o envolvem, até a organização da equipe que acompanhará a execução do futuro contrato. O Município tem que se preparar tecnicamente para a gestão e fiscalização do contrato de concessão da PPP, cuja vigência estender-se-á por longo período de tempo. Não se concretiza uma PPP de iluminação pública de maneira repentina, da noite para o dia, segundo o alvedrio do gestor municipal.

Requer-se do bom administrador público, que o projeto de PPP de iluminação pública esteja inserido em uma política pública mais ampla de parcerias com a iniciativa privada.

Destarte, a primeira preocupação deve ser de ordem institucional, de modo que o Município invista em autocapacitação e especialização para ter condições de conduzir os processos inerentes à implantação da PPP dos serviços de iluminação pública, bem como para reduzir a assimetria informacional existente entre o setor público e o privado.

Além disso, a noção de boa administração e boa governança nos contratos de PPPs impõe o dever de gestão profissional do contrato, com vistas à qualidade dos serviços ao cidadão e à eficiência dos resultados almejados. Com isso, passa a ser essencial a figura do verificador independente, em razão do seu papel crítico no equilíbrio de interesses das partes e na mitigação dos riscos inerentes à parceria. Todavia, ainda não há previsão legal dessa figura, restringindo-se apenas à discricionariedade da Administração Pública e de órgãos que, pontualmente, vêm adotando em determinados projetos de PPPs.

Diante do exposto, como resultado e contribuição da presente pesquisa à matéria, conclui-se pela necessidade de alteração da Lei nº 11.079/2004, que disciplina as parcerias público-privadas, para incluir um dispositivo legal que imponha, como regra, a exigência do verificador independente nos projetos de PPPs, de modo que a estruturação de projetos com a ausência da figura do verificador independente dependerá de motivação expressa do ente responsável.

Outrossim, sugere-se a inclusão de dispositivo legal no sentido de se aplicar a contratação do verificador independente, as mesmas normas procedimentais da licitação e do prazo de vigência da concessão, ou seja, possibilitar que o regime jurídico diferenciado dos contratos de PPPs também se aplique aos contratos a ele acessórios, tal qual, o de verificação independente.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública:** um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Cadernos ENAP, nº 10. Brasília, 1997.
- ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública:** responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANTUNES, Vitor Amuri. **Parcerias público-privadas para smart cities.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O Leviatã revisitado – o procurador do município e o novo paradigma da consensualidade administrativa. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. **Direito municipal em debate.** v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 77-89.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas: PPP's no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43621>
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. **Guia de boas práticas em PPPs de iluminação pública.** São Paulo, 2019. p. 20. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2019/06/guia_IP_A4_junho.pdf>. Acesso em 04 nov. 2019.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 5101: Iluminação pública – procedimento.** Rio de Janeiro, 2012.
- AURÉLIO, Bruno. A garantia pública no contexto das Parcerias Público-Privadas: os 10 primeiros anos da Lei nº 11.079/2004. In: DAL POZZO, Augusto Neves; et al. [Coords.]. **Parcerias Público-Privadas:** teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 185-207.
- BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BELTRÃO, Helio. **Descentralização e liberdade.** Rio de Janeiro: Record, 1984.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, jul/set 2005.
<https://doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43332>

BITTENCOURT, Sidney. **Parceria público-privada passo a passo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. p. 25-27. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 573.675/SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 662.074. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.340. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.404 RG. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 357/2015** - Plenário, 04 mar. 2015

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 247**. Acórdão nº 1783 – Plenário. Brasília, 10 nov. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 286/1993** – Plenário. Brasília, 15 jul. 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1099/2006** – Plenário. Brasília, 05 jul. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 537/2006** – 2ª Câmara. Brasília, 14 mar. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2145/2013** – Plenário. Brasília, 14 ago. 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In: Pinheiro, Wilheim e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. S.Paulo: Cia. Das Letras, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: lei nº 9.307/1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. 2^a reimpr. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTE, Rafael Jardim. Transformações da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67-89.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, nº 12, out./dez., 2005, p. 129-146.

CLÈVE, Clémerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 15, nº 79, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntrd=96029>>. Acesso em: 4 jul. 2019.

CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? **Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL**, v. 18, nº 1, jan./abr. 2017. p. 165-184.
<https://doi.org/10.18593/ejil.v18i1.4954>

COSTA, Frederico Lustosa da. Por uma outra reforma do Estado: estratégias alternativas ao paradigma gerencialista. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 34, nº 1, jan./fev. 2000, p. 267-270.

COSTA, Gledson Pompeu Correa da. Governo digital, controle digital e participação social. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 141-170.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85-92.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51-71.

DENHARDT, Robert B.; DENHARDT, Janet Vinzant. The New Public Service: Serving Rather than steering. **Public administration Review.** Washington: v.60, n° 6, nov./dez. 2000, p. 549-559. <https://doi.org/10.1111/0033-3352.00117>

DIETERICH BOPP, Frederico. **Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil:** a estruturação de garantias públicas. 2017. 76 f. Monografia – Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. Disponível em: <<http://abde.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Garantias de adimplemento da administração pública ao contratado nas parcerias público-privadas.** São Paulo: Almedina, 2018.

ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado.** Coimbra: Editora Almedina. 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim [et. al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ FILHO, Raul Luiz; PATELLO DE MORAES, Maria do Socorro. **Energia elétrica. Suspensão do fornecimento.** São Paulo: Editora LTr, 2002.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, Ano 1, nº 4, out./dez., 2003.

FERREIRA, Milton Martins. **A evolução da iluminação na cidade do Rio de Janeiro: contribuições tecnológicas**. São Paulo: Synergia, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILIPPO FILHO, Guilherme. A iluminação pública no Brasil. **Revista Lumière – Eletricidade & Iluminação**. Ano 3, nº 31, nov. 2000.

FORTINI, Cristiana. O novo (futuro) marco legal das parcerias público-privadas. **Revista Consultor Jurídico**, 19 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/interesse-publico-futuro-marco-legal-parcerias-publico-privadas>>. Acesso em: 09 out. 2019.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FUKUYAMA, Francis. **What is governance?** Center for Global Development. Working Paper nº 314. Washington, 2013. p. 3-4. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226592>. Acesso em: 17 Maio, 2019.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de las constituciones latino-americanas – entre lo viejo y lo nuevo. **Revista Nueva Sociedad**, nº 257, jul./ago., 2015. p. 98.

GOMES, Tiago André Fernandes Gomes. **Plano diretor da iluminação pública do município de Matosinhos**. 2012. 118f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Integrado em Engenharia Electrotécnica e de Computadores Major Energia, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Porto, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18939-18940-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 110, abril de 2016. Disponível em <www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 18 set. 2019.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 40, nº 3. Maio/jun. 2006. p. 479-502. <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000300008>

KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge. Polity Press, 2011.

LIMA, Mário Márcio Saadi. Contratação de parcerias público-privadas no setor de iluminação pública: aspectos da receita corrente líquida e as características da COSIP. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 2, 2016, p. 429-452.

LÖFFLER, Elke. Governance: Die neue generation von Staats – und Verwaltungsmodernisierung. **Verwaltung und Management**. v. 7, nº 4, 2001, p. 212-215. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/24226105>>. Acesso em: 17 Maio, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração Pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 273, set./dez. 2006. p. 199-235. <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66661>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, Ano 11, nº 42, abr./jun., 2013. p. 81-107.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri-SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p. 172

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. rev. e atual. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **As garantias nas parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Consulta nº 687.868**. Relator: Cons. Moura e Castro. Belo Horizonte, sessão 22 set. 2004.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOCKLE, 2007, p. 9 *apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, nº 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte, 2003. p. 13-37.

<https://doi.org/10.21056/aec.v11i45.207>

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública**: o desafio do Brasil. 3^a ed., rev., atual. Belo Horizonte, 2018.

NESTER, Alexandre Wagner. Iluminação Pública e Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach, Coords.. **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Nair Maria Gaston. Administração pública e sociedade digital: panorama evolutivo. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital**. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 55-66.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

OHLWEILER, Leonel. Administração Pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, nº 143, jul./set., 1999. p. 35-46.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. **Lua Nova**. São Paulo, nº 44, p. 27-54, 1998. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso&tlang=pt>. Acesso em: 29 maio de 2019.
<https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 5, nº 1, 2008. p. 83-105.
<https://doi.org/10.5102/prismas.v5i1.569>

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues [Coords.]. **Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 255-260.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. 2014**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. **Revista Organizações e Sociedade**. Salvador, v. 15, nº 46, jul./set. 2008, p. 39-55. <https://doi.org/10.1590/S1984-92302008000300002>

PELEGRINI, Luciana Tomiko Fijimoto. A constitucionalidade da EC 39/2002: contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. vol. 92, São Paulo, jun., 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, nº 101, jan./fev. 2017. p. 55-87

PEREIRA, Bruno. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado**: monólogo ou diálogo público privado? PPP Brasil – O Observatório das Parcerias Público-Privadas. [s/d]. p. 05. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em 02 set. 2019.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4. Nº 13, jan./mar. 2006. p. 175-198.

PORTO NETO, Benecdito. Llicitação para contratação de Parceria Público-Privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PUNYARATABANDHU, Suchitra. Commitment to good governance, development and poverty reduction: methodological issues in the evaluation of progress at the national and local levels. **CDP Background Paper Nº 4**, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada**: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RONCONI, Luciana. Governança pública: um desafio à democracia. **Revista Emancipação**. Ponta Grossa, v. 11, n. 1, 2011. p. 21-34. <https://doi.org/10.5212/Emancipacao.v.11i1.0002>

ROSITO, Luciano Haas. Desenvolvimento da iluminação pública no Brasil. **Revista O setor elétrico**. São Paulo, jan., 2009. p. 30-35.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. **Decisão nº 536/2018**. Processo nº @CON 17/00651975. Relator Cesar Filomeno Fontes. Florianópolis, sessão em 30 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. **Parecer nº MPTC/479/2018**, proferido no âmbito do processo nº @CON 17/00651975 – TEC/SC. Relator: Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Florianópolis, 09 maio 2018.

SANTANA, Rosa Maria Bomfim. **Iluminação pública: uma abordagem gerencial**. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador – UNIFACS, Salvador, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [Org.]. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 39-82.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós- Constituinte. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, nº 3, 1997. p. 335-376. <https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000300003>

SÃO PAULO. **Manual de parcerias do estado de São Paulo**. São Paulo, [s/d]. p. 172. Disponível em:

<http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em 05 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4º Região. [s/d.]. Disponível em:

<https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang [coords.]. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131-165.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein [Coords.]. **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: 2011. p. 143-193.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céritos**. 2^a ed. 2^a tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília, 2014.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Reconceptualizing Governance*. 1997, p. 19. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265292783_Reconceptualising_Governance>. Acesso em: 07 jul. 2019.

WORLD BANK. *Governance and development*. Washington: World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

WORLD BANK. **Governance: The World Bank's Experience**. Washington: Word Bank, 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/711471468765285964/pdf/multi0page.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

WORD BANK. **Governance: The Bank's Experience**. Washington: Word Bank, 1992.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 11.ed. V. 5. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Helder Matos Monteiro. As limitações do Procedimento de Manifestação de Interesse como ferramenta para a estruturação de projetos de Parceria Público-Privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, nº 55, jul./set. 2016. p. 161-188.

VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia. As garantias ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella [org.]. **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 273-288.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.