

Alianças Público-Privadas: Repertório de Instrumentos Jurídicos

Esta Nota Técnica busca contribuir para a qualificação daqueles que atuam sobre os problemas decorrentes do desmatamento na Amazônia.



1. Introdução; 2. A Questão Terminológica; 3. Um Recorte Necessário. Exclusões; 4. Alianças entre o Setor Público e o Empresariado. A Delegação da Prestação de Serviços; 4.1. Concessão Comum; 4.2. Permissão; 4.3. Autorização; 4.4. Concessão Patrocinada; 4.5. Concessão Administrativa; 5. Alianças entre o Setor Público e o Terceiro Setor. Ações de Fomento; 5.1. Convênios; 5.2. Contratos de Gestão; 5.3. Termos de Parceria; 6. Referências para Aplicação dos Instrumentos; 7. As Concessões e o Uso Sustentável das Florestas Nacionais; 8. As Concessões em Curso; 9. Motivações e Desafios; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A presente Nota Técnica tem por finalidade apresentar um conjunto de instrumentos jurídicos que regulam as formas de relacionamento contratual entre a Administração Pública e os particulares. Os instrumentos abrangem os pactos do Poder Público com o empresariado (segundo setor) e com as entidades sem fins lucrativos (terceiro setor). A abordagem aqui adotada privilegia os principais aspectos legais que os caracterizam, as diferenças entre eles e os dados gerais de sua utilização.

Especial atenção é dedicada, ao final, à aplicação dessas ferramentas na área ambiental, incluindo instrumento específico voltado para a exploração sustentável de recursos naturais em florestas públicas brasileiras, como a concessão florestal.

A forma federativa de Estado adotada pela Constituição Federal de 1988 distribuiu as competências e os compromissos do Poder Público entre instâncias independentes formadas pela

União, Estados, Municípios e Distrito Federal. As demandas crescentes da sociedade por uma maior amplitude e qualidade da ação estatal tornaram premente a busca contínua de uma maior adequação entre as atribuições e os recursos alocados a estas diferentes instâncias.

Além da descentralização administrativa proporcionada pela criação de entidades independentes para atendimento a necessidades específicas (autarquias e empresas da Administração indireta) ganha impulso a busca de mecanismos de colaboração não só dentro da própria esfera pública, como é o caso dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, mas também além dela, com a atração da iniciativa privada para a organização de ações conjuntas que sejam benéficas para ambas as partes e garantam maior efetividade no atingimento dos objetivos visados.

O recurso a essa colaboração entre o setor público e o setor privado, embora venha de mais longe, ganhou destaque, pela sua relevância, na Inglaterra dos anos 1980, daí se difundindo por inúmeros países. A intensificação desta ação cooperativa foi movida pela necessidade de atender ao interesse coletivo por meio da mobilização dos recursos financeiros e da capacidade técnica mais ao alcance do setor privado.

A reforma do aparelho do Estado Brasileiro delineada pelo Governo Federal, em 1995, buscou não só promover essa cooperação entre o setor público e o empresariado para ações de maior escala como abriu, em paralelo, outro espaço igualmente cooperativo, mas entre o setor público e as entidades privadas sem fins lucrativos, chamadas entidades do terceiro setor.

A seguir é feita uma apreciação geral dos mecanismos legais criados para referenciar e ordenar estes dois espaços bem distintos de colaboração público-privada e seus potencias de aplicação.

2. A Questão Terminológica

Vale aqui esclarecer as confusões surgidas com a utilização do termo “parcerias público-privadas” como indicativo da colaboração entre o setor público e o setor privado. A Lei nº 11.079/2004 em seu art. 2º restringiu o conceito de parceria público-privada a apenas dois de seus possíveis mecanismos legais, ao dizer: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Para fugir a essa limitação, a doutrina jurídica e os órgãos governamentais que trabalham com o tema têm optado por se referir a parcerias público-privadas em sentido amplo (*lato sensu*) como todas as formas de colaboração possíveis e a parcerias público-privadas em sentido restrito (*stricto sensu*) para se referir a estes dois mecanismos: concessão patrocinada e concessão administrativa. O IBAM tem utilizado em seus projetos o termo alianças público-privadas, semelhante a *alianzas* público-privadas do espanhol (que não conhece o termo parcerias) e que serve a essa visão mais abrangente.

3. Um Recorte Necessário. Exclusões

Embora em âmbito internacional as alianças público-privadas sejam entendidas como todo e qualquer tipo de interação entre o setor público e o setor privado, cabe proceder a um esforço de recorte delimitador nesta amplitude conceitual. Por

força deste recorte, ficam desde já excluídos do conceito o tradicional contrato administrativo, o contrato de empreitada, a concessão de obra pública e a concessão de uso de bem público.

Os contratos administrativos tradicionais, regulados pela Lei nº 8.666/1993, se enquadram numa dimensão de terceirização de serviços mais específicos, com prazos não superiores a cinco anos ou de fornecimento de insumos (materiais, equipamentos, mão de obra) para o funcionamento da máquina pública. Estão, por estas características, excluídos do escopo das parcerias público-privadas estabelecidas pela Lei nº 11.079 (art. 2º, §4º, incisos II e III).

Os contratos de empreitada e os de concessão de obra pública estão fora do âmbito das alianças público-privadas por constituírem atividade episódica. Os primeiros são inteiramente custeados pelo setor público e os segundos assumidos integralmente em termos financeiros pelo setor privado. O mesmo ocorre com as autorizações, permissões e concessões que tenham como único objetivo a utilização de bem público pelo empresário, mesmo porque em muitos casos essa utilização visa a fins particulares.

Finalmente, são excluídos do rol dos instrumentos de aliança público-privada os memorandos de entendimento, os protocolos de intenções, os termos de cooperação e de compromisso, de relevante efeito moral e de menores repercussões jurídicas, constituindo muitas vezes apenas o passo inicial para os desdobramentos jurídicos que regerão as alianças.

As verdadeiras alianças são as que representam cooperações com densidade de atividades e prazos significativos. Mais especificamente, contratos ou pactos que transfiram do setor público para o setor

privado pelo menos a gestão de um bloco agregado de serviços, reforçada, quando couber, por uma duração expressiva do pacto de cooperação (superior a cinco anos) e por claros dispositivos de regulação e fiscalização da prestação de serviços transferida. São esses mecanismos que serão examinados a seguir.

4. Alianças entre o Setor Público e o Empresariado. A Delegação da Prestação de Serviços

Reza o art. 175 da Constituição Federal: “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.” Este dispositivo indica a prestação de serviços públicos como um largo caminho para a colaboração entre o setor público e o setor privado por meio de dois mecanismos: a concessão e a permissão. Com os desdobramentos possibilitados pela Lei nº 11.079/2004 ver-se-á que uma das formas de concessão admite a delegação da prestação de serviços, sem que seja necessária ou exclusivamente a prestação de serviços públicos.

4.1. Concessão Comum

A concessão, rebatizada de concessão comum pelo §3º do art. 2º da Lei 11.079, é o mecanismo mais tradicional de aliança público-privada. Foi utilizada pelos Governos brasileiros em boa parte do século passado e entrou em declínio pelas deficiências na regulamentação do tratamento das imprevisões, daí resultando constantes ingerências do Poder Público. Ressurgiu com força através da Lei nº 8.987/1995, que disciplinou a matéria, complementada pela Lei nº 9074/1995.

Embora haja uma definição da concessão comum no art. 2º da Lei nº 8.987/1995, preferimos a conceituação doutrinária de Di Pietro:

“Contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”¹.

Tem-se aqui uma forma de pacto negociado em que o setor público busca a satisfação do interesse coletivo e o setor privado a aferição do lucro. A principal característica da concessão comum é o empreendimento por conta e risco do concessionário, embora existam regras para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e tratamento para os imprevistos (áreas extraordinárias econômicas ou administrativas).

O contrato de concessão comum tem que ter prazo determinado e seu pressuposto é que se trate de atividade rentável apenas com a cobrança junto ao usuário, embora admita-se excepcionalmente subsídio da concedente ao concessionário nos termos do edital. Tem sido utilizado no provimento e exploração de infraestrutura.

4.2. Permissão

A permissão é um ato administrativo que viabiliza à iniciativa privada (pessoa física ou jurídica) a execução de serviço público. Embora a Constituição aluda a contrato de permissão, doutrinadores do porte de Bandeira de Mello e Maria Sylvia di Pietro não reconhecem neste mecanismo as características de contrato². A principal característica da permissão é sua precariedade. Mesmo pressupondo licitação para a escolha do permissionário, a permissão pode

ser revogada a qualquer tempo, sem qualquer direito à indenização. É viável quando se trata de investimentos financeiros e de equipamentos de pouca monta, além da alta rentabilidade a curto prazo.

4.3. Autorização

O art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal, que relaciona os serviços que a União pode executar diretamente ou por delegação, menciona também a autorização como uma forma de realizar essa delegação. Em sua acepção mais geral, a autorização é também ato administrativo precário e sem prazo como a permissão. Atende, quase sempre, a interesse de um particular que a deseja para realizar atividade em benefício próprio. Entretanto, a Lei nº 9.472/1997 prevê autorização para prestação de serviço de telecomunicações e a Lei nº 9074/1995 prevê a utilização da autorização para, por exemplo, implantação e operação de usinas termelétricas.

4.4. Concessão Patrocinada

Como já mencionamos, a Lei nº 11.079/2004 acrescentou dois novos mecanismos de concessão: a patrocinada e a administrativa.

A concessão patrocinada foi definida no §1º do art. 2º como: a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A principal distinção entre a concessão patrocinada e a concessão comum é que a primeira pressupõe que a exploração do serviço, com a cobrança e/ou outras receitas alternativas não é rentável para o concessionário sem uma contraprestação

pecuniária do Poder Público. Embora alguns autores admitam que as contraprestações nestes contratos podem assumir outras formas que não somente a pecuniária, partilho do entendimento de Ari Sundfeld, membro do grupo que projetou na Lei nº 11.079, de que, no caso da concessão patrocinada, restringe a contraprestação a duas formas pecuniárias: ordem bancária e cessão de créditos³. Além disso, existe na concessão patrocinada uma maior solidariedade entre concedente e concessionário, expressa no compartilhamento de riscos e nas garantias mútuas de cumprimento dos respectivos compromissos. A liberação de valores pelo Poder Público está atrelada ao atendimento a metas de desempenho.

Os contratos de concessão patrocinada devem ter prazo entre cinco e 35 anos (art. 5º, inciso I) e não podem ter seus objetivos restritos simplesmente a fornecimento de mão de obra, de equipamento ou de execução de obra pública (art. 2º, §4º, inciso III). Por outro lado, o valor do investimento privado ao longo do contrato não pode ser inferior a R\$20.000.000,00. (art. 2º, §4º, inciso I).

Esses tipos de contratos têm sido progressivamente adotados, especialmente pelos Governos Estaduais e por Municípios maiores, com ou sem colaboração do Governo Federal. Trata-se, entretanto, de contratos de alta complexidade, que demandam cuidadosos estudos prévios que demonstrem que a solução de parceria é a melhor (*análise de mérito – value for money*), prévia manifestação de interesse em busca do melhor projeto (PMI) e acurada engenharia de montagem tanto do edital quanto do contrato e seus anexos.

Têm sido utilizados com aparente êxito na construção de rodovias menos rentáveis (BR-205 em Minas), no transporte urbano no Rio de Janeiro (VLT

e BRT) e no Metrô de São Paulo. Diz-se aparente êxito porque ainda não há nenhum caso de conclusão de contrato deste tipo que possa autorizar um balanço real dos resultados em face das estimativas feitas quando de sua assinatura.

4.5. Concessão Administrativa

O conceito de concessão administrativa está expresso no §2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004:

“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.”

Com essa caracterização, esse tipo de concessão assume a posição de contrato amplo de prestação de serviços, que pode ser público ou não. Sendo a Administração Pública usuária direta ou indireta destes serviços, tanto pode-se estar falando de serviços que interessem apenas ao funcionamento da máquina estatal quanto de serviços públicos prestados gratuitamente pelo Estado aos beneficiários.

Seu traço fundamental é o fato de o parceiro privado ser inteiramente remunerado pelo parceiro público. As formas de proceder a essa remuneração são muito mais flexíveis e estão no art. 6º dessa mesma lei, abrangendo, além das formas pecuniárias, a outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei.

Esse instrumento aparece como um mecanismo versátil, mantendo parentescos com a concessão patrocinada, com o contrato administrativo típico, com o contrato de empreitada e com o contrato de gestão.

Assim, como a concessão patrocinada, ela se enquadra nas seguintes exigências: a) prazo entre cinco e 35 anos; b) investimento mínimo de R\$20.000.000,00; c) compartilhamento de riscos com o setor privado; d) fornecimento de garantias públicas ao parceiro privado e ao financiador; e) criação pelo parceiro privado de uma Sociedade de Propósitos Específicos para atender ao contrato; f) objetivos mais amplos do que simples fornecimento de bens, recursos humanos ou realização de obras.

A concessão administrativa se apresenta também como uma ampliação dos objetivos e do escopo do que seria um contrato administrativo típico de terceirização de atividades ou de obtenção de insumos para o funcionamento da Administração Pública. Ela visa à gestão de um determinado serviço, precedida ou não de obra pública, como requisito de seu funcionamento.

Embora ambos os mecanismos usem exclusivamente recursos públicos, a distinção com o contrato de empreitada se dá pelo fato de a concessão administrativa não poder se resumir à realização de obra pública, que é o objetivo único da empreitada.

Finalmente, cabe mencionar uma afinidade entre a concessão administrativa e o contrato de gestão. Em ambos, é a gestão de serviço que está em pauta, sendo que na concessão administrativa a gestão se dá através de um contrato com entidade empresarial voltada para o lucro. O contrato de gestão, como veremos adiante, resulta de um acordo entre o setor público e entidade sem fins lucrativos.

Exemplos típicos de concessão administrativa são a construção de presídios com recursos privados e os investimentos em saneamento.

5. Alianças entre o Setor Público e o Terceiro Setor. Ações de Fomento

Outro espaço de possibilidades de constituição de alianças entre o setor público e o setor privado surge com as modalidades criadas na legislação brasileira no final do século passado para composições do Poder Público com o chamado terceiro setor, formado por associações ou fundações privadas sem fins lucrativos. Estas atividades são entendidas pela doutrina como fomento ao desenvolvimento da ação destas entidades privadas, em áreas sociais onde a competência de prestação de serviços é compartilhada e fornecida de forma gratuita.

Na colaboração com o terceiro setor vale relembrar as características específicas mencionadas por Paulo Modesto⁴, quais sejam: a) autonomia das partes; b) voluntariedade de adesão ao ajuste; c) complementaridade dos encargos; d) attenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração Pública; e) flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses; f) foco em atividades de relevância pública e de interesse social comum aos parceiros.

Os mecanismos viabilizadores destas alianças são o Convênio, o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria. Em todos eles ressalta o caráter de acordo ou pacto em torno de objetivos análogos, diferentemente dos contratos abordados no item 3, onde se contrapõem interesse coletivo e busca do lucro.

5.1. Convênios

Os convênios surgiram com o Decreto-Lei nº 200/1967, que os estabelecia como instrumento de

descentralização de atividades da Administração Federal para unidades federadas, sendo posteriormente estendidos para aliados privados que compartilhem objetivos.

A Lei nº 8.666/1993, que regula os contratos administrativos, trata especificamente no seu art. 116 de “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”, distinguindo claramente esse mecanismo dos contratos administrativos. Este mesmo artigo estabelece as informações mínimas que devem constar do acordo, a saber: objetos, metas, fases de execução, prazos, plano de aplicação dos recursos e cronograma. O artigo em tela prevê ainda que deve ser dada ciência à Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal que os recursos financeiros devem ser liberados dentro do plano de aplicação e que os valores remanescentes ao final do prazo devem ser retornados ao Poder Público.

O Decreto nº 6.170/2007 veio complementar o disciplinamento dos convênios que envolvam recursos da União. Por este diploma legal, convênio é definido no art. 1º, §1º como

“acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;”(Grifo nosso).

De todos os pactos entre o setor público e o terceiro setor, o convênio se apresenta como o mais tradicional e o mais versátil uma vez que o escopo para estabelecimento dos objetivos comuns é o mais amplo possível. Os convênios só podem ser firmados com entidades do terceiro setor que tenham experiência específica no tema objeto do contrato, desenvolvida pelo menos nos três anos imediatamente anteriores e não tenham registro de irregularidades em pactos anteriores. As entidades devem estar cadastradas no SICONV (Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse). Como forma de competição entre os possíveis candidatos a convenentes estão previstos o chamamento público de interessados e a seleção de projetos.

Uma significativa mudança na regulação dos convênios está em marcha com a possível entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014, conhecida como Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil. O referido marco foi aprovado em 31 de julho daquele ano, mas teve seu início de vigência prorrogado por duas vezes, sendo janeiro de 2016 a nova data para sua entrada em vigor. Por essa nova lei, os convênios ficarão restritos às pactuações dentro do setor público. Os pactos com o terceiro setor passarão a se constituir como Parcerias Voluntárias sob duas formas: o **Termo de Colaboração**, quando a parceria resultar de iniciativa do próprio Governo e o **Termo de Fomento** quando o projeto for de iniciativa de entidade do terceiro setor. Entre as principais inovações trazidas por este novo diploma legal estão a obrigatoriedade de chamamento público como pressuposto da celebração da parceria, uma ênfase em critérios de controle preventivo das condições da cooperação, a responsabilização de dirigentes e gestores, maiores exigências de transparência nos

procedimentos e intensa fiscalização centrada na utilização dos recursos e na obtenção dos resultados compromissados. Cabe registrar que essa nova regulação preserva a existência dos Contratos de Gestão e dos Termos de Parceria, que serão abordados a seguir.

5.2. Contratos de Gestão

A Lei nº 9.637/1998 disciplina a criação das Organizações Sociais (OS) e dos contratos de gestão, caracterizando uma forma diferenciada de colaboração, dentro do princípio de fomento do setor público às entidades sem fins lucrativos.

O título de organização social é uma qualificação atribuída por lei à entidade que atender aos requisitos nela estabelecidos. A lei pode ser federal, estadual ou municipal. A Lei Federal nº 9.637/1998 exige no seu art. 2º que a entidade candidata a essa qualificação comprove a natureza social de seus objetivos e o caráter não lucrativo de suas finalidades. Há ainda exigências específicas sobre a organização e a direção destas entidades, destacando-se a obrigatoriedade de participação de representantes do Poder Público no órgão de deliberação superior. (art. 2º, I, d), exigência esta que não consta, por exemplo, na legislação paulista. No caso da União, a aprovação do pleito da entidade é dada pelo ministro da respectiva área.

Essa legislação possibilitou inclusive a transformação de uma entidade ou órgão público em organização social privada como atestam os arts. 12, 13 e 14 que tratam da cessão de bens e servidores e especialmente o art. 18 que dispõe:

“A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão,

quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde (...).”

O Contrato de Gestão é definido no art. 5º como

“o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”,

que são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Um aspecto relevante dos contratos de gestão é a associação entre o cumprimento de metas e o desembolso das parcelas de transferência de recursos do setor público. A avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade, está expressa no art. 7º, inciso I.

Uma questão polêmica se refere à dispensa de licitação prevista no inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993. A doutrina entende que é essencial a realização de algum tipo de processo seletivo público competitivo. Estão ainda as organizações sociais obrigadas a observar os princípios da Administração Pública e o regime de licitação para suas compras, serviços e alienações (Decreto nº 5.504/2005, art. 1º).

5.3. Termos de Parceria

O termo de parceria guarda afinidades tanto com o convênio quanto com o contrato de gestão. Tal como o primeiro, trata-se um acordo de mútua cooperação entre o setor público e o terceiro setor. Tal como o segundo, exige da entidade privada pactuante uma prévia qualificação para que possa firmar o compromisso legal e assumir a gestão de serviço de natureza social.

Esse mecanismo está disciplinado pela Lei nº 9.790/1999. Para a concretização da aliança com o setor público, a entidade sem fins lucrativos necessita se qualificar como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), no caso da lei federal, junto ao Ministério da Justiça. Além do atendimento estatutário aos requisitos da lei, as OSCIPs, diferentemente das OSs, devem obrigatoriamente comprovar três anos de funcionamento. (art. 1º da Lei nº 9.790/1999).

Como a qualificação de OSCIP está voltada para entidades já estabelecidas no mercado, existe uma preocupação de excluir expressamente deste benefício as que, por diferentes motivos ou objetivos, não se ajustam inteiramente com o pretendido figurino legal. Neste sentido, o art. 2º da Lei nº 9.790/1999 lista tipos de entidades excluídas da possibilidade de obtenção desta qualificação.

O espectro de finalidades das instituições candidatas à qualificação de OSCIPs admitidas no art. 3º da Lei nº 9.790/1999 é mais generoso do que o das OSs, abarcando entidades voltadas para assistência social, cultura e defesa de patrimônio, promoção gratuita de saúde e educação, segurança alimentar e nutricional, desenvolvimento econômico e social, voluntariados, promoção de direitos, estudos e pesquisas. O parágrafo único do mesmo artigo também estabelece critérios generosos para atestação da experiência prévia requerida destas organizações desde a execução direta de atividades até a prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações, passando pela mera alocação de recursos físicos, humanos e financeiros afins.

O Termo de Parceria está definido no art. 9º como

“(...) o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.”

Cabem, no caso presente, as mesmas observações já feitas em relação a convênios e contratos de gestão sobre licitações nas compras da entidade, seleção de OSCIPs mediante algum processo competitivo (no caso, o concurso de projetos sugerido no art. 23 do Decreto nº 3.100/1999) e transferência de recursos financeiros associada ao cumprimento de metas.

Finalmente, no caso específico das OSCIPs, vale mencionar que, independentemente da nova lei das ONGs (nº 13.019/2014) ter preservado o Termo de Parceria como instrumento jurídico válido de pactuação entre o setor público e as entidades do terceiro setor, foi feita no art. 85 uma modificação fundamental na conceituação das OSCIPs, obrigando-as a seguir toda essa nova regulamentação na cooperação com o setor público.

6. Referências para Aplicação dos Instrumentos

Os instrumentos apresentados nos itens anteriores têm tido crescente aplicação nas três instâncias da Federação brasileira, revelando-se como ferramentas úteis, especialmente num contexto de restrições de recursos que costuma ser um problema praticamente permanente na Administração Pública do país.

As Concessões Comuns têm atendido, especialmente aos setores de transporte público e de infraestrutura. As Permissões, por sua precariedade, têm tido sua utilização mais limitada.

As Autorizações também têm alcançado menor repercussão por se dirigirem ao atendimento de pleitos particularizados, inclusive de pessoas físicas. Quanto às Concessões Patrocinada e Administrativa (PPPs), os dados de 2013 dão conta da existência de apenas uma parceria na área federal e 18 PPPs celebradas nas instâncias estaduais, registrando-se outras 20 em processo de consulta. Registre-se, entretanto, que estes números têm evoluído ano a ano, impulsionados por eventos como Copa do Mundo e Olimpíadas e pela crescente dificuldade de financiamentos de infraestrutura apenas com recursos dos cofres públicos.

No espaço de colaboração entre o setor público e o terceiro setor, dados sistematizados de 2008, identificam seis Contratos de Gestão no campo federal, 28 no âmbito estadual e 15 na instância municipal. Foram também identificados 15 Termos de Parceria no plano estadual.

Em relação à questão ambiental, as abordagens feitas tanto por Floriano Marques Neto⁵ quanto por Rodrigo Pagani de Souza⁶, na coletânea *Parcerias Público-Privadas*, citam algumas alternativas na área de saneamento, aplicáveis a contextos estaduais e locais. Em relação à Concessão Patrocinada, seria viável fazer uma delegação por atividade desagregada, atribuindo ao setor privado parte da engrenagem do saneamento ambiental. Poder-se-ia delegar, por exemplo, a adução e o tratamento de água com cobrança de tarifa às empresas estatais que estejam fazendo a distribuição domiciliar e o abastecimento de água potável. Outra possibilidade seria a delegação da infraestrutura de aterros sanitários, incineradores, usinas de compostagem, com remuneração a cargo da Administração Pública.

Outra experiência que vem ganhando ênfase nos últimos anos é a de gestão de Unidades de

Conservação (UC) compartilhada com o setor privado, fundamentalmente no que diz respeito aos serviços de apoio à visitação pública. Os Parques Nacionais do Iguaçu (PR), Fernando de Noronha (PE), Serra dos Órgãos e Tijuca (RJ) já convivem com modelos de concessão nos quais as empresas concessionárias, selecionadas por editais, se encarregam dos serviços de apoio à visitação pública, incluindo bilheteria, acomodação, alimentação, manutenção de trilhas e passeios.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e da Caixa Econômica Federal e com a assessoria técnica do IBAM, iniciou programa que procura avaliar e redefinir modelos de alianças público-privadas aplicáveis à gestão de Unidades de Conservação federais.

Ele se compõe de estudos técnicos e de implementação de projetos-piloto, que permitirão propor alterações na legislação e disseminação dos resultados obtidos. Há uma tendência no sentido de privilegiar na definição dos futuros projetos-piloto parques ou reservas com grande demanda de visitação pública como o Parque Nacional de Jericoacoara e o Parque Nacional Marinho dos Abrolhos.

Em pesquisa recente, no âmbito desse programa e ainda não publicada, Andrea Carillo e Marisete Catapan verificaram que os instrumentos jurídicos que têm sido mais utilizados na cooperação entre o setor público e o terceiro setor na gestão das UCS são o Termo de Reciprocidade (quando não há transferência de recursos), com um total de 40, e o Termo de Parceria, quando envolve cessão de recursos, num total de cinco. A autorização, com seis casos, é utilizada junto a comunidades,

principalmente para a atividade de condução de visitantes.

7. As Concessões e o Uso Sustentável das Florestas Nacionais

Entre as unidades de uso sustentável estabelecidas pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), as Florestas Nacionais (FLONA) se destacam como áreas compostas de espécies predominantemente nativas passíveis de visitação e exploração sustentável, dentro das normas estabelecidas para seu manejo.

A Lei nº 11.284/2006, regulamentada pelo Decreto nº 6.063/2007, estabeleceu três formas de gestão das florestas públicas, a saber: a) gestão direta pelo Poder Público; b) destinação da floresta às comunidades locais e c) a concessão florestal.

Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal deverão promover as adaptações legais necessárias, podendo elaborar normas complementadoras.

Em relação à gestão direta, a lei faculta ao Poder Público valer-se de alianças com o setor privado para atividades subsidiárias, através de convênios, termos de parceria, contratos ou instrumentos similares, observando: a) procedimentos licitatórios, podendo combinar menor preço e melhor técnica; b) prazo não superior a dez anos para vigência da aliança; e demais exigências legais pertinentes.

As florestas públicas já ocupadas por comunidades serão objeto da criação de reservas extrativistas, assentamento florestal e outras formas previstas em lei.

Alianças Público-Privadas: Repertório de Instrumentos Jurídicos

Esta Nota Técnica busca contribuir para a qualificação daqueles que atuam sobre os problemas decorrentes do desmatamento na Amazônia.



As Concessões Florestais visam compatibilizar a preservação do meio ambiente com o uso sustentável da floresta, de modo a reduzir o desmatamento ilegal, a grilagem de terras, a extração ilegal de madeira e a evasão de divisas. Entre as atividades econômicas permitidas na concessão florestal, podem ser explorados os serviços de ecoturismo na área objeto do contrato, a exemplo de visitação, atividades esportivas, observação da natureza e hospedagem.⁷

A organização funcional para as concessões prevê o Ministério do Meio Ambiente como formulador das estratégias, políticas, planos e programas. Como Órgão Consultivo, a Comissão de Gestão de Florestas Públicas. O controle e a fiscalização cabem ao IBAMA e ao ICMBio, no Plano Federal, e aos órgãos ambientais estaduais e municipais instituídos. O órgão Gestor das Concessões em nível Federal é o Serviço Florestal Brasileiro.

As Florestas Públicas passíveis de concessão serão identificadas no Plano Anual de Outorga Florestal (PAOF). Haverá licenciamento ambiental, composto de licença prévia e licença de operação. Os gastos com a documentação de licenciamento serão resarcidos pelo Concessionário.

A licitação será feita sempre na modalidade de concorrência. Na escolha da melhor proposta deverão ser combinados os critérios de maior preço ofertado pela outorga e melhor técnica, englobando menor impacto ambiental, maiores benefícios sociais diretos, maior eficiência e maior agregação de valor ao produto. Deverão ser observados subsidiariamente os preceitos da Lei nº 8.666/1993.

Os arts. 30 e 31 da Lei nº 11.284/2006 indicam as cláusulas essenciais do contrato e as obrigações do concessionário.

Segundo o art. 35 dessa mesma lei, “*O prazo dos contratos de concessão florestal será estabelecido de acordo com o ciclo¹ de colheita ou exploração, considerando o produto ou grupo de produtos com ciclo mais longo incluído no objeto da concessão, podendo ser fixado prazo equivalente a, no mínimo, um ciclo e, no máximo, 40 (quarenta) anos.*” Os contratos de exploração de serviços florestais serão de no mínimo cinco e no máximo 20 anos (Parágrafo único).

Além da fiscalização realizada pelo órgão gestor e pelos órgãos de controle já citados, as concessões florestais serão objeto de auditorias ambientais a cada três anos, realizadas por entidades independentes das partes.

A nova lei de gestão demandou ajustes na Lei 9.605/1998 estabelecendo como novos crimes ambientais: a) desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente, com pena de reclusão de dois a quatro anos e multa (art. 50-A); b) elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão, com pena de reclusão de três a seis anos e multa se o crime for doloso e detenção de um a três anos se for culposo.

¹ Ciclo: período decorrido entre 2 (dois) momentos de colheita de produtos florestais numa mesma área (Lei nº 11.284/2006, art. 3º, inciso V).

Alianças Público-Privadas: Repertório de Instrumentos Jurídicos

Esta Nota Técnica busca contribuir para a qualificação daqueles que atuam sobre os problemas decorrentes do desmatamento na Amazônia.

Além da finalidade ambiental, as concessões de áreas de florestas federais trazem benefícios econômicos para aqueles que abrigam as Unidades de Manejo Florestal (UMFs), ou seja, Estados e Municípios envolvidos.

A Lei nº 11.284/2006, art. 39, inciso II, §1º, estabelece que

“quando os recursos financeiros forem oriundos dos preços da concessão florestal de unidades localizadas em florestas nacionais criadas pela União, esses serão distribuídos da forma abaixo, excluído o Valor Mínimo Anual (VMA).

- 40% serão destinados ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio);
- 20% para o Estado onde estão localizados os lotes de concessão florestal;
- 20% para os Municípios onde estão localizados os lotes de concessão florestal;
- 20% para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF).”

Para estarem aptos a receber o repasse das concessões federais, os Estados e os Municípios devem instituir um Conselho de Meio Ambiente e elaborar e aprovar junto a esse conselho um plano de ação para a aplicação do recurso.

Os benefícios financeiros apurados da concessão de uma floresta federal terão a seguinte destinação:

- O Serviço Florestal Brasileiro – na execução de suas atividades.
- O ICMBio – na gestão das unidades de conservação de uso sustentável.
- Os Estados e Municípios – no apoio e promoção do uso sustentável dos recursos florestais previstos em planos de ação.
- O Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF) – em atividades previstas no Plano Anual de Aplicação Regionalizada (PAAR).

8. As Concessões em Curso

O Serviço Florestal Brasileiro possui contratos para concessão florestal em cinco FLONAS, todas elas localizadas nos Estados do Pará e de Rondônia. No total, foram disponibilizados, até o momento, cerca de 842 mil hectares de floresta que serão manejadas de forma sustentável por oito empresas durante 40 anos.⁸

A primeira concessão foi formalizada em outubro de 2008, na Floresta Nacional de Jamari, em Rondônia. Seguiram-se as de Saracá-Taquera, no Pará (com Unidades de Manejo Florestal concedidas em 2010 e 2014), Jacundá em Rondônia (2013 e 2014), Crepori no Pará (2014) e Altamira também no Pará (2015).

Há iniciativas em curso para a implementação da concessão em Florestas Estaduais (FLOTAS) nos Estados do Acre, Amazonas, Amapá e Rondônia, além do Estado do Pará que aparece como pioneiro na região a realizar contratos de concessão de floresta pública estadual.

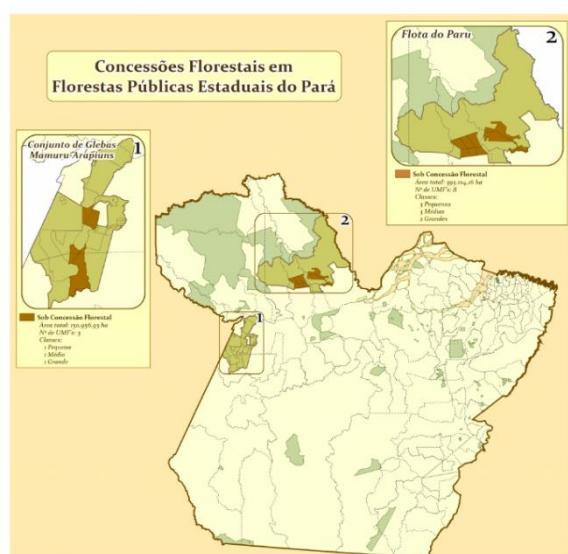


Figura 1 – Concessões florestais estaduais no Pará

Fonte: IDEFLOR/PA <http://ideflorbio.pa.gov.br/concessao-florestal/concessoes/>. Acesso em 26/11/2015.

No Pará os primeiros contratos foram assinados em 2011, com a outorga de 150.956,95 ha, nas glebas Mamuru – Arapiuns. A segunda concessão ocorreu em 2012, quando foram concedidos 326.183,81 ha na Floresta Estadual do Paru. Por último, em 2014 foi deslanchada a concorrência para 108.524,54 ha correspondentes ao segundo lote da Floresta Paru (Figura 1).

O Plano Anual de Outorga Florestal (POAF), de 2015, selecionou como passíveis de concessões 3,4 milhões de hectares de Florestas Públicas Federais, correspondentes a 1,1% das florestas contidas no Cadastro Nacional de Florestas Públicas (CNFP), de novembro de 2013. Essas áreas estão localizadas em três Estados da Federação: Amazonas, Pará e Rondônia.⁹

O POAF de 2016, tomando por base o CNFP de novembro de 2014, torna elegível para concessão 1,57 milhões de hectares dessas áreas distribuídas em oito Florestas Nacionais e uma área destacada de gleba não destinada, com interesse do Serviço Florestal Brasileiro (SFB) para destinação direta. Essas áreas estão localizadas nos mesmos Estados da Federação: Amazonas, Pará e Rondônia.¹⁰

Como pode se observar na Figura 2, grande parte das Florestas Públicas está concentrada no bioma Amazônia, com aproximadamente 289 milhões de hectares, correspondendo a 92% do total de florestas mapeadas pelo CNFP no ano de 2014.



Figura 2 – Distribuição das Florestas Públicas Federais, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal identificadas no CNFP, novembro/2014. Fonte: SFB/PAOF 2016.

Vale esclarecer que neste processo de disponibilização é realizado um filtro que exclui áreas que têm impedimentos ou restrições legais e áreas que não estão aptas ou não despertam interesse. A definição do tamanho das unidades de manejo florestal leva em conta as peculiaridades regionais e a capacidade dos agentes envolvidos. Um mesmo concessionário não pode deter mais de 10% do total de áreas públicas em cada esfera de governo, a partir de março de 2016.

9. Motivações e Desafios

Segundo Antonio Carlos Hummel, Diretor Geral do Serviço Florestal Brasileiro,

“as concessões florestais melhoraram a reputação do setor madeireiro e indicaram novos caminhos: o da legalidade, do emprego responsável, da economia verde e o de dar efetividade aos objetivos para os quais as florestas nacionais foram criadas”.¹¹

A auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), em seu relatório de 2014, divulgou que as concessões florestais implementadas apresentam resultados favoráveis embora ainda em pequena escala, os quais podem ser ampliados à medida que a política de concessão for sendo consolidada. A auditoria assinalou alguns aspectos deficientes da estrutura institucional e legal nas concessões florestais federais. O Acórdão nº 2176/2014 traz recomendações de medidas que visam ao aprimoramento do planejamento de outorgas de concessões federais que são dirigidas, entre outros, ao Ministério do Meio Ambiente e ao Serviço Florestal Brasileiro.¹²

O já citado relatório do TCU indicou também os desafios que o programa de concessões florestais precisa enfrentar na construção da curva de aprendizado que continuará a ser desenhada nos próximos anos e que estão citados a seguir. Quais sejam:

- Há falta de coordenação entre os atores envolvidos no processo de concessão florestal federal prevalecendo uma atuação informal entre as unidades responsáveis pela concessão no âmbito do Sistema Florestal Brasileiro.
- O prazo entre a assinatura do contrato e o início da exploração é de dois anos em média, o que impacta negativamente as finanças dos

concessionários obrigados a efetuar altos investimentos iniciais.

- A avaliação do retorno econômico de uma concessão florestal necessita de cálculos e informações que não estão disponíveis, tornando difícil a previsão de rentabilidade.
- O preço mínimo, que corresponde ao valor mínimo que o concessionário terá que pagar anualmente pelo metro cúbico de madeira extraída tem sido considerado elevado, fora do mercado, desestimulando o aparecimento de competidores.
- Há problemas na garantia dos contratos por parte dos concessionários. A modalidade mais viável que é o seguro-garantia não é viabilizada pelas seguradoras que receiam as responsabilizações amplas e genéricas sobre danos ao meio ambiente. Embora o art. 29 da Lei nº 11.284/2006 preveja a possibilidade dos direitos emergentes de concessão financiamento, os bancos não os aceitam.
- Há necessidade de investimentos governamentais na formação de recursos humanos criando qualificação específica para o setor florestal, em função das carências detectadas.

Outra avaliação das concessões florestais federais é resultado de pesquisa realizada pelo Imazon, em 2013, concluiu que a exploração de todas as UMFs da FLONA do Jamari era de boa qualidade.¹³ A configuração de estradas, pátios de estocagem e clareiras dessas UMFs teve a conformação de uma exploração manejada sustentavelmente, conforme previsto no plano de manejo florestal e o impacto gerado na floresta pela exploração da concessão, no que se refere à área utilizada para execução da atividade e abertura no dossel (extrato superior das florestas) é menor do que o impacto causado pela exploração ilegal.

Alianças Público-Privadas: Repertório de Instrumentos Jurídicos

Esta Nota Técnica busca contribuir para a qualificação daqueles que atuam sobre os problemas decorrentes do desmatamento na Amazônia.



Outro benefício advindo da concessão é a fiscalização procedida pelo próprio concessionário, que atua como um agente ambiental fiscalizador e contribui para o monitoramento do desmatamento ilegal.

Os especialistas apontam que outra forma de subsidiar as concessões florestais poderia se dar por meio da criação de incentivos tributários e fiscais, a exemplo do regime tributário especial adotado para fomentar o programa nacional de biodiesel. Nesse sentido, Fernando Pelanda atestou que a carga tributária é uma grande inibidora da participação das empresas nas concessões florestais¹⁴. Segundo ele, a desoneração tributária combinada à implementação de uma política de acesso ao crédito, com linha de financiamento específica para o setor florestal adequada às suas características e necessidades, seria uma poderosa alavancas na expansão do programa de concessões.

Finalmente, há que mencionar que um fator primordial para o desenvolvimento da extração de madeira legal é o efetivo combate à concorrência criada pela extração ilegal. A Administração Pública Federal, como uma das principais consumidoras de madeira do país, tem o poder de exigir que as compras governamentais de produtos madeireiros sejam provenientes de madeira de origem legal e extraída em base sustentável e vincular as compras públicas à rastreabilidade da madeira.

10. Referências Bibliográficas

- ¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 9^a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ² DI PIETRO. Obra já citada em (1) e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.
- ⁴ MODESTO, Paulo. *Contratos de gestão e termos de parceria: disciplina jurídica de acordos de cooperação com o terceiro setor-2006*- www.direitodoestado.com.br. Acesso em novembro/2015.
- ⁵ NETO, Floriano de Azevedo Marques. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental.
- ⁶ SOUZA, Rodrigo Pagani de. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico.
- ⁷ ⁸ ¹¹ SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO www.florestal.gov.br/concessões_florestais. Acesso em novembro/2015.
- ⁹ SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO - Plano Anual de Outorga Florestal (POAF) 2015 - <http://www.florestal.gov.br/destaques/plano-anual-de-outorga-florestal-poaf-2015>. Acesso em novembro/2015.
- ¹⁰ SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO - Plano Anual de Outorga Florestal (POAF) 2016 - <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/96809177/dou-secao-1-30-07-2015-pg-110>. Acesso em novembro/2015.
- ¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) Processo nº TC 046.126/2012-0 Grupo I- Classe V-Plenário.

Alianças Público-Privadas: Repertório de Instrumentos Jurídicos

Esta Nota Técnica busca contribuir para a qualificação daqueles que atuam sobre os problemas decorrentes do desmatamento na Amazônia.



PROGRAMA DE QUALIFICAÇÃO
GESTÃO AMBIENTAL

Acórdão 2176/2014 – Plenário. Acesso em novembro/2015.

¹³ Monitoramento Remoto de Concessões Florestais na Amazônia-FLONA do Jamari, Rondônia. Monteiro, A., Conrado, D., Cardoso, D., & Souza Jr., C., 2013. Monitoramento remoto de concessões florestais na Amazônia – FLONA do Jamari, Rondônia. XVI Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto do Inpe (pp. 6433–6440). Foz do Iguaçu: INPE.

¹⁴ PELANDA, Fernando. *A ampliação da atratividade econômica da concessão florestal.* Escola Nacional de Administração Pública. ENAP-Diretoria de Formação Profissional, 2014.

É permitida a reprodução total ou parcial desta publicação, desde que citada a fonte.



PROGRAMA DE QUALIFICAÇÃO
GESTÃO AMBIENTAL

ibam

**Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM
Programa de Qualificação da Gestão Ambiental – Municípios do Bioma Amazônia - PQGA**

Rua Buenos Aires nº 19 – Centro – RJ

Email: contato-amazonia@ibam.org.br | Web: amazonia-ibam.org.br

Autor: Gil Soares Junior

Consultor do PQGA/IBAM

Administrador e advogado, pós-graduado em Administração Pública e Direito.