

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ELLEN MOSQUETTI

**PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS: DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E
DESENVOLVIMENTO**

**CURITIBA
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ELLEN MOSQUETTI

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2010

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M912p 2010	<p>Mosquetti, Ellen</p> <p>Parcerias público-privadas : delegação de serviços públicos e desenvolvimento / Ellen Mosquetti ; orientador, Romeu Felipe Bacellar Filho. – 2010. 130 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010 Inclui bibliografia</p> <p>1. Parceria público-privada. 2. Serviço público. 3. Interesse público. 4. Desenvolvimento social. 5. Desenvolvimento econômico. 6. Desenvolvimento sustentável. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>Doris 4. ed. – 340</p>
---------------	--

ELLEN MOSQUETTI

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção de título em Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho (Orientador – PPGD)
PUCPR

Prof. Doutor Luiz Alberto Blanchet (Membro PPGD)
PUCPR

Prof.^a Doutora Ângela Cássia Costaldello (Convidado)
UFPR

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 22 de março de 2010

Dedico este trabalho aos meus pais,
como parte da retribuição por tudo que sempre fizeram por mim.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelo acolhimento, apoio e contribuições valiosas para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet, por acreditar na minha pesquisa, pelas aulas magníficas e pelas orientações que deram o norte para o curso desta dissertação.

À Professora Daiana Trybus Ribas, meu especial agradecimento pela amizade sincera e pelo incentivo constante. Obrigada por compartilhar seus conhecimentos, seu tempo e sua experiência.

Ao meu amado esposo Daniel, pela confiança, pela paciência, por abdicar de férias, viagens e finais de semana, pela companhia, e, principalmente por acreditar nos meus sonhos.

Aos amigos Tallita e Bruno, pela parceria, pela força, pela amizade, e por tornarem os meus dias de estudo muito mais tranquilos e agradáveis.

Ao sócio e amigo Amaury, por facilitar a minha vida! Agradeço por tolerar minhas ausências, por suprir minhas lacunas e relevar minhas falhas, tudo isso com o sorriso no rosto, que é seu traço peculiar.

A todos os professores, alunos, secretárias e demais funcionários do PPGD, pelas oportunidades, ensinamentos, auxílio e convivência inesquecível.

“Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo.

Aquilo que colocarmos nela, corre por nossa conta.”

Francisco Cândido Xavier

RESUMO

O acréscimo de funções a cargo do Estado, promovido durante o período do Estado Social de Direito, acarretou um esgotamento dos recursos governamentais para realização de infraestrutura e prestação de serviços públicos, o que contribuiu para a transição do modelo estatal para o Estado Democrático de Direito, possibilitando uma participação do cidadão nas atividades estatais. A partir de então, uma onda de privatizações ocorreu, especialmente a partir da década de 80, surgindo diversos instrumentos de parceria entre o setor público e o privado. A Lei 11.079/2004, que institui as Parcerias Público-Privadas no âmbito federal, surgiu como uma nova alternativa para atender a demanda de desenvolvimento socioeconômico do País, aumentando o rol de situações onde é possível delegar ao parceiro privado atribuições típicas de interesse público. Imprescindível se faz, portanto, uma análise a respeito da delegabilidade das atividades estatais por meio de Parcerias Público-Privadas, especialmente no que se refere à prestação de serviços públicos, prezando-se pela proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, o qual deve prevalecer sobre os interesses privados. Para que a Lei 11.079/2004 atinja os objetivos proclamados, necessário a observância de cuidados e limites na contratação, mantendo-se uma preocupação para que o desenvolvimento socioeconômico do país ocorra, sobretudo, de forma sustentável.

Palavras-chave: Parceria Público-Privada. Serviço Público. Desenvolvimento Sócioeconômico. Interesse Público. Sustentabilidade.

ABSTRACT

The inclusion of duties under the responsibility of the State performed during the Social Rule of Law term caused an exhaustion of governmental resources for the development of infrastructure and provision of public services, what contributed for the transition of the State model to the Democratic Rule-of-Law State, allowing the participation of citizens in the State activities. From then on, there was a series of privatizations, especially from the 1980's on, with the appearance of several instruments of association between the public and private sectors. Law n° 11.079/2004, which created Public Private Partnership within the Federal sphere, appeared as a new alternative to meet the demand of the socioeconomic development of the Country, increasing the list of situations where it is possible to assign to a private partner typical duties of public interest. It is critical, thus, an analysis with regard the possibility of assigning State activities through Public Private Partnership, especially with regard to the provision of public services, providing due care for the protection of the critical rights of citizens, which shall prevail over the private interests. In order Law n°. 11.079/2004 can reach the claimed objectives, it is required the compliance with cares and limits upon hiring, keeping a concern so the socioeconomic development of the country occurs, mainly, in a sustainable manner.

Key Words: Public Private Partnership. Public Service. Socioeconomic Development. Public Interest. Sustainability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONTEXTUALIZAÇÃO	14
2.1 A RELAÇÃO TEMPO E DIREITO	14
2.1.1 Transformações do Estado e suas atividades	19
2.1.2 A adaptação do direito à realidade	26
2.2 SERVIÇOS PÚBLICOS	29
2.2.1 Elementos para formação de uma noção de serviço público	32
2.2.2 Serviços de Relevância Pública	37
2.2.3 Serviços Públicos e Direitos Fundamentais	40
3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E DESENVOLVIMENTO	45
3.1 A REFORMA DO ESTADO.....	45
3.2 PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	50
3.2.1 Instrumentos de parcerias	53
3.2.2 As Parcerias Público-Privadas	57
3.3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	61
3.4 DESENVOLVIMENTO SOCIOECONOMICO	68
3.4.1 Parcerias Público-Privadas e Desenvolvimento	71
4. SERVIÇOS PÚBLICOS E PPP	77
4.1 LEI 11.079/2004.....	77
4.2 A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NAS MODALIDADES PATROCINADA E ADMINISTRATIVA.....	87
4.2.1 Concessão administrativa e Serviços de Relevância Pública	92
4.3 OBSERVAÇÕES PELA EFETIVIDADE DA LEI.....	94
4.3.1 Indelegabilidade das funções e atividades exclusivas do Estado.	99
5 CONCLUSÃO	106

REFERÊNCIAS.....	111
ANEXO – LEI 11.079/2004	119

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 instituiu um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Constituídos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabeleceu-se a nível constitucional o dever do Estado em garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos. No anseio de cumprir os objetivos propugnados, o norte a guiar as práticas e políticas públicas deve corresponder a uma busca incessante pela dignidade da pessoa humana.

Fácil constatar que as atribuições do Estado não são poucas, e que o grau de importância dessas incumbências justifica uma constante análise dos instrumentos utilizados no intuito de suprir as necessidades sociais. Neste aspecto, abre-se espaço a uma primeira constatação, delineada pelas constantes transformações sofridas pela sociedade, em especial no que concerne a introdução de novas tecnologias e novos serviços criados em prol do bem-estar humano.

A cada dia acontece uma nova descoberta e em pouco tempo algo que até então não existia se torna indispensável para a população. Apenas duas décadas foram necessárias para tornar a Internet um serviço essencial para qualquer cidadão minimamente incluído na sociedade.

Tais transformações influenciam diretamente as atividades estatais. Atualmente, tem-se a concepção que não basta apenas que o Estado construa escolas e aloque professores; é necessário investimento em suporte técnico educativo, laboratórios modernos, informatização. Já não se mostra suficiente construir hospitais e dispor de assistência médica; é indispensável a disponibilização de equipamentos para realização de exames e tratamentos modernos.

Estes são alguns exemplos triviais das transformações sofridas pela sociedade a fim de justificar a importância do Estado em não se manter inerte frente a elas. Os maiores problemas enfrentados, contudo, são a falta de recursos públicos e estrutura organizacional para a satisfação de todas as necessidades.

O cenário apresentado abre espaço para uma segunda constatação, no sentido de que não apenas os fins a serem perseguidos pelo Estado devem ser revistos, mas também os instrumentos utilizados para tanto.

O serviço público sempre foi considerado um instrumento por meio do qual o Estado deve atuar a fim de concretizar os direitos fundamentais e, como conseqüência, assegurar a existência digna do ser humano. No entanto, já se constatou que o Estado não é capaz de prestar diretamente todos os serviços necessários, de forma eficiente e satisfatória.

O contrato de concessão de serviços públicos apresentou-se como uma opção à estrutura deficitária do Estado, delegando-se à iniciativa privada a prestação de determinados serviços. Tal delegação, ao mesmo tempo em que deve assegurar a eficiência e universalidade dos serviços prestados, deve pressupor, evidentemente, uma vantagem econômica, de forma que a prestação de serviços públicos torne-se atrativa à iniciativa privada.

Embora a concessão tenha se adequado a determinadas situações em que havia interesse do particular na prestação de serviço público - suprimindo uma série de deficiências decorrentes da má atuação Estatal - outras situações, ainda não atrativas à iniciativa privada, continuavam a depender de uma atenção direta do Estado, ficando à espera de uma previsão orçamentária que dificilmente se apresentava suficiente.

Nessa conjuntura, emergiu no ordenamento jurídico a Lei 11.079/2004, como uma alternativa indispensável para o crescimento econômico em face das enormes carências sociais e econômicas do país a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.

O propósito do presente estudo será, dentro dessa lógica, analisar a contribuição da Lei 11.079/2004 para o desenvolvimento do país, sob a perspectiva de sua adequabilidade na prestação de serviços públicos, os quais são imprescindíveis para consecução dos direitos fundamentais.

O conteúdo será desenvolvido de forma dedutiva, baseando-se no estudo da construção doutrinária e legislativa a respeito da atuação do Estado em prol do desenvolvimento, em especial no que se refere à prestação de serviços públicos, analisando-as no contexto das disposições legislativas da Lei 11.079/2004,

utilizando-se do método dialético para, do confronto de teses, elaborar uma conclusão acerca do tema.

No primeiro capítulo, partindo-se da constatação de que as mudanças sociais interferem nos institutos jurídicos e de que estes devem sofrer adaptações com a finalidade de atender ao interesse público, o trabalho será iniciado em busca do entendimento da noção de serviço público, destacando a sua importância para o cumprimento dos objetivos estatais previstos na Constituição da República.

Num segundo momento, o objetivo será realizar um exame do contexto da criação das Parcerias Público-Privadas e sua importância para o desenvolvimento do país, iniciando-se a partir da Reforma Estatal ocorrida na década de 90 e apresentando a correlação desta ao início das parcerias entre a iniciativa privada e o Poder Público. Na seqüência, desvendar-se-á a origem do instituto, pontuando-se alguns casos de utilização de Parceria-Público Privada em outros países, e finalizando na busca pelo estabelecimento de uma relação com o direito fundamental ao desenvolvimento.

O terceiro e derradeiro capítulo será destinado a uma apreciação técnico-jurídica da Lei 11.079/2004 a partir de seus principais dispositivos. Em seguida, o foco passará a ser as modalidades contratuais estabelecidas pela Lei a partir de seu objeto – verificando-se se estas se prestam ou não à realização de serviços públicos, ou se destinam a outras formas de atuação estatal com foco no desenvolvimento.

À guisa de uma conclusão, o foco do trabalho será dirigido aos cuidados a serem observados no momento da opção pela Parceria Público-Privada. Esta análise terá como ênfase a observância das normas que conduzem a contratações visando a promoção do desenvolvimento socioeconômico sustentável do país, além da necessidade de respeito aos limites impostos para a delegação de atividades que envolvam funções estatais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 A RELAÇÃO TEMPO E DIREITO

Em conferência de abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília no ano de 2008, o professor Friederich Muller¹ foi convidado a falar sobre os “Vinte anos da Constituição: Reconstruções, Perspectivas e Desafios”. Em sua explanação, ressaltou a importância de aprofundar o pensamento a respeito da validade da Constituição a partir de sua interpretação, afirmando não existir um “fato” normativo na Constituição, mas apenas interpretações, de forma que esta não pode ser vista como uma norma pretérita - pois isso seria História da Constituição - muito menos uma norma futura – o que seria Política da Constituição. E prosseguiu:

a norma é a que “se encontra em vigor”. Isso só pode ser afirmado de uma norma que realmente produz efeitos. Algo só pode “produzir efeitos” se alcançar a realidade dos dias de hoje. E isso só é possível, se ele for preenchido pela realidade.

O objeto de estudo deste trabalho não envolve uma análise jurídica do discurso apresentado pelo professor Friedrich Müller, entretanto, a sua idéia central coaduna-se com o tema ora abordado uma vez que ressalta a necessidade de interpretar as normas jurídicas de acordo com a realidade momentânea dos fatos sociais.

A velocidade em que as mudanças sociais ocorrem - em oposição à lentidão do processo legislativo – impede que se estabeleça um apego aos conceitos teóricos formulados em dado momento histórico, sob pena de prejuízo à evolução do Direito e à satisfação dos interesses da sociedade. A quebra de um paradigma deve ocorrer sempre que este não estiver mais correspondendo ao contexto atual da sociedade.

¹ Jurista alemão, professor de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg. Profundo conhecedor do Brasil, é considerado na atualidade como um estudioso exemplar do modelo legislativo e judiciário brasileiro.

Esta é a razão pela qual se deve aceitar a mutação (leia-se evolução) de determinados institutos jurídicos e a inserção de novos instrumentos capazes de dar efetividade aos preceitos jurídicos, adequando-os aos anseios sociais.

O Direito deve, portanto, estar atento para as mudanças de valores e necessidades da sociedade, de forma a interagir com outras ciências (política, economia, etc) não podendo ser entendido como uma ciência isolada, conforme conclui Leonel Severo Rocha a partir de uma análise da teoria sistêmica de Luhmann:

Luhmann explicita com inteligência a relação entre Tempo/Direito, afirmando que o Direito é um mecanismo de controle do Tempo, que o Direito tem a sua existência vinculada com o Tempo, conforme já assinalamos anteriormente. O Tempo e o Direito estão relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Há uma obra de Cornelius Castoriadis, *A instituição imaginária da sociedade*, em que ele afirma claramente isso: não existe Tempo, Direito e sociedade isoladamente, tudo isso é uma instituição. Uma instituição imaginária, na qual o Tempo constrói e é construído, institui e é instituído, ou seja, o Direito é uma instituição temporal.²

Não se pode olvidar que a teoria sistêmica de Luhmann trata o direito como um sistema autopoietico, caracterizado pelo seu fechamento operacional e pela sua autoregulação. Assim, parte de seus próprios elementos integrantes (códigos: legal/ilegal) para modificar uma dada situação.

Todavia, até mesmo para Luhmann, este sistema está sujeito a um acoplamento estrutural com outros sistemas, de forma a possibilitar a troca de informações entre eles. Segundo ele, o maior fechamento ao contato com o ambiente não poderia impedir a adaptação, a transformação e a evolução do sistema. As respostas às mudanças e ao contato com o mundo circundante passariam a seguir uma dinâmica própria.

Com o aumento da complexidade e a redução da influência do ambiente, a modificação do sistema passaria a representar antes de tudo uma recriação ou uma autotransformação (autopoiesis). O sistema seleciona as variações e interferências

² ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (org). Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo: Portão, 2003. p. 314.

externas, optando pela sua re-estabilização de acordo com a possibilidade de sua incorporação às características estruturais daquele.

A produção do Direito ocorre, destarte, segundo um conjunto de regras internas, mas não representa um fechamento ao contato com outros sistemas. Na realidade, o contato introduz elementos inovadores e contingentes responsáveis pela produção de novas variáveis. Economia, política, moral formariam sistemas autônomos que, em relação ao direito, constituem meio ambiente, mundo circundante.

Uma vez que a sociedade está sempre em constante e rápida evolução seria impossível às normas jurídicas continuarem sincrônicas com a realidade se ao sistema faltasse permeabilidade e abertura. A constante adaptação dos institutos jurídicos precisa nutrir-se dos valores mais caros à sociedade.

Reconhecer o Direito como instituição temporal é justamente perceber a sua necessidade de acompanhar a evolução da sociedade.

François Ost estabelece uma relação dialética entre o tempo e o Direito, na medida em que o Tempo é construído pela sociedade, e o Direito institucionaliza as construções e decisões da sociedade. “O Direito tem que fazer com que aqueles instantes, aquelas possibilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas.”³

Este autor questiona como o direito pode contribuir para institucionalizar o tempo, estabelecendo relações profícuas entre Temperança (virtude do tempo) e a Justiça (virtude do direito).⁴ Para tanto, o autor trata o Direito como memória, perdão, promessa e questionamento, possibilitando a identificação de fatos passados (memória), renunciando a determinados costumes (perdão) e projetando, a partir dessas experiências, um futuro melhor (promessa). Essa promessa de um futuro melhor, entretanto, deve ser construída com responsabilidade, por meio de questionamentos capazes de fazer a ligação do Tempo e do Direito com a memória, o perdão e a promessa.

³ ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. In: Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. (org). Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo: Edições Portão, 2003, p. 314.

⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. 410 p.

No entender de Leonel Severo Rocha “é assim que o Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio.”⁵

Essas considerações iniciais a respeito da relação entre o tempo, a sociedade e o Direito são importantes para o desenvolvimento do presente estudo, uma vez que a sua compreensão exige a aceitação das mudanças sofridas na sociedade e da necessidade de aplicá-las aos institutos de Direito já concebidos, a fim de que o Estado possa atingir seus objetivos.

Assim, se a sociedade passa por uma mudança de modelo de Estado, mudança de Constituição, mudança de valores e de necessidades, é evidente que essas transformações no tempo devem ser institucionalizadas pelo Direito, por meio da criação de novos institutos ou da modificação de institutos já existentes, em especial quando está a se tratar do Direito Administrativo, o qual tem por objetivo prevalente desenvolver os meios e instrumentos necessários à concretização dos interesses da sociedade.⁶

No âmbito do Direito Administrativo essa transitoriedade é facilmente constatada pois, conforme assevera Carlos Bastide Horbach, “a Administração Pública vive numa constante mutação, exigindo do direito que a regula capacidade de adaptação, sob pena de perecimento de seus institutos.”⁷

Carlos Bastide Horbach ressalta, contudo, que esta característica da Administração Pública não impõe necessariamente que a cada nova realidade deva o ordenamento jurídico construir todo um novo modelo, um novo instituto jurídico, com elementos próprios e coerentes. Segundo o autor, o desafio que cotidianamente se põe ao administrativista é a adaptação de seus conceitos e de suas categorias às

⁵ ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (org). Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo: Portão, 2003. p. 316.

⁶ Segundo Jorge Miranda, a função administrativa identifica-se, a partir do critério material, como a atividade de “satisfação constante e quotidiana das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V: Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 23.)

⁷ HORBACH, Carlos Bastide. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais*. In CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 41.

novas realidades e, somente em último caso, quando não mais há possibilidade de conformação, deve-se criar uma nova regulação normativa, legal, como saída.⁸

Neste contexto, verifica-se que as mudanças de modelo de Estado ocorridas nos últimos séculos são consequência da necessidade de adaptação da forma de atuação da Administração Pública à realidade social daquele dado momento histórico. Por subsequente, a cada alteração de modelo de Estado ou da forma de atuação da Administração Pública, vários institutos do Direito Administrativo sofrem mutações, para conformar-se com a nova realidade que se estabelece.

É por essa razão que se justifica, por diversas vezes, a ampliação ou diminuição das atividades tidas como de atribuição – exclusiva ou não – do Estado, os instrumentos postos para esta finalidade, a possibilidade maior ou menor da exploração de atividade econômica pelo Estado, etc. Exige-se a adequação dos institutos jurídicos existentes, às novas realidades, conforme explica Dinorá Adelaide Grotti:

O modelo de Estado adotado em certo momento e em certo local guarda uma estreita relação com as funções pertinentes à respectiva Administração Pública e, via de consequência, com o delineamento do próprio direito administrativo, cuja compostura pode retratar caráter mais autoritário ou mais flexíveis aos valores democráticos. Na verdade, os objetivos que o Estado se propõe a perseguir condicionam as atribuições da Administração Pública e estas, por sua vez, determinam os modos de atuação e de organização por ela adotados.⁹

No caso das atividades estatais, instituto foco de análise do presente trabalho, as alterações sofridas com o tempo – necessárias à sua adaptação aos modelos de Estado inaugurados -, a ampliação do rol de suas atribuições, o estabelecimento de parcerias com a iniciativa particular para consecução de seus objetivos e a criação de novos regimes jurídicos para sua prestação, foram imprescindíveis para o atendimento às novas demandas sociais.

Dentre as atividades estatais que sofreram mutações no tempo, destaca-se a prestação de serviços públicos, a qual, por algum tempo foi confundida como sendo a própria atividade prestacional do Estado. Por este motivo, ainda hoje é

⁸ HORBACH, Carlos Bastide. Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais. In CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 42.

⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

comum - principalmente para quem não está de alguma forma familiarizado à área jurídica - a generalização das atividades prestadas pelo Estado como sendo serviços públicos, razão pela qual, necessário se faz uma breve contextualização, a qual contribuirá para um melhor entendimento do tema que se propõe.

2.1.1 Transformações do Estado e suas atividades

Foi na França, em meados do Século XIX¹⁰, que surgiram as primeiras noções de serviço público, elaboradas a partir da sistematização da jurisprudência do Conselho do Estado em busca da construção unitária de um direito administrativo¹¹. Um de seus expoentes foi Léon Duguit, precursor da Escola do Serviço Público, que considerava serviço público em sentido amplo, como sendo toda e qualquer atividade prestada pelo Estado visando ao atendimento de finalidades sociais¹².

O serviço público era tido como idéia chave, como pedra angular do direito administrativo, propagando-se, até mesmo, que a noção de poder enquanto elemento fundante do direito público deveria ser substituída pela noção de serviço público, com suporte na idéia de função social do Estado, de obrigação estatal ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, justificando, desse modo, o poder atribuído aos governantes.¹³

¹⁰ “Apesar de não haver, a esse respeito, consenso na doutrina, costuma-se afirmar que o marco inicial da noção de serviço público se encontra no caso “Blanco”, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 8 de fevereiro de 1873.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27). Neste julgamento, decidiu-se que a controvérsia envolvendo um cidadão e Cia Nacional de Manufatura do Fumo (integrante da administração Francesa) deveria ser solucionada pela jurisdição administrativa, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

¹² Na obra *Traité de droit constitutionnel*, Léon Duguit estabelece os parâmetros para uma definição de serviço público como sendo serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante. (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing e C. Editeurs, 1923. v. II, p. 55.)

¹³ Conforme relatado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Léon Duguit (...) considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo

Segundo Jean Rivero, a Escola do Serviço Público “acreditava poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público”.¹⁴

Posteriormente, a Escola do Serviço Público, por meio de Gaston Jèze, introduz a necessidade de um regime jurídico próprio para o atendimento das necessidades coletivas pelo Estado¹⁵.

Assim, inicialmente, os autores adotavam três critérios para estabelecer uma definição de serviço público: 1) ser prestado pelo Estado; 2) ser uma atividade cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas; 3) ser exercido sob o regime próprio de direito público.¹⁶

Tais critérios adequavam-se às características da sociedade da época, onde a intervenção estatal na economia e na esfera dos particulares era a mínima possível, restrita quase exclusivamente às atividades típicas de Estado (defesa nacional, segurança interna, arrecadação, exercício do poder de polícia), que são, em geral, indelegáveis, por serem incompatíveis com os métodos do direito privado.

Vivia-se um Estado Liberal que era limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. Não se deveria permitir ao Poder Público interferir na esfera dos particulares, onde se viveria em liberdade, com segurança e desfrutando dos benefícios da propriedade privada. A garantia de que o Estado não interferiria na vida dos particulares era dada pela Constituição, que determinava os limites de atuação e representava a *assinatura* de um Contrato Social.¹⁷

O Estado só deveria agir em defesa da sociedade contra inimigos externos, em defesa dos indivíduos contra eles mesmos, e no desempenho de obras públicas desinteressantes à iniciativa privada.¹⁸

que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 80).

¹⁴ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 2.ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 146.

¹⁵ JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1934. v. II, p. 2.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 9 ed., São Paulo: Atlas, 1998. p.82.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Editora brasiliense, 2006. p. 17.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Editora brasiliense, 2006. p. 23.

Na França, os ideais de igualdade e liberdade resultaram na aprovação, em 1789, da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, fundada em uma igualdade nata entre os homens.¹⁹ Os cidadãos, sendo iguais em direitos, detinham total liberdade para exercer suas atividades econômicas, sem qualquer interferência do Estado.

Esta concepção foi expressa na teoria de Adam Smith, ao final do século XVIII, onde está implícita a idéia de uma "mão invisível" que autoregula a economia de mercado. Segundo Adam Smith, o mercado, aparentemente caótico, é, na verdade, organizado e produz as espécies e quantidades de bens que são mais desejados pela população, motivo pelo qual o governo²⁰ não precisa interferir na economia.

Ocorre que essa intervenção mínima do Estado gerou conseqüências desastrosas, tais como a criação de monopólios que praticamente dizimaram as pequenas empresas, bem como desigualdades sociais acentuadas, marcadas por um proletariado vítima da miséria e ignorância que, "associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado"²¹

Diante da falta de garantia de serviços essenciais à sociedade, o declínio do Estado liberal foi conseqüência inevitável, segundo ressalta José Anacleto Abduch Santos:

Constata-se que certos serviços de utilidade pública, em que pese poderem ter a exploração privada, careciam de fiscalização ou de regulamentação pelo Estado. A reflexão sobre as lacunas geradas pela atuação limitada do Estado e os problemas concretos surgidos da transferência para a sociedade civil da responsabilidade de apresentar solução para demandas sociais, aliada às profundas modificações socioeconômicas ocorridas pelo advento da primeira guerra mundial levam a concluir pela necessidade de

¹⁹ O artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia que: "os homens nascem e são livres e iguais em direitos."

²⁰ Palavra utilizada no sentido amplo e próprio, conceituado por José Afonso da Silva como "o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções, que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo." (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 109).

²¹ GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

modificação da forma de relação do Estado com os particulares, o que, de fato, ocorreu pelo surgimento do Estado Social.²²

Nessa conjuntura, o Estado Liberal, que se revelou um Estado de Direito puramente formal, não tardou a ser superado pelo Estado Social de Direito²³.

Com o advento do Estado Social, a noção de serviço público se amplia para abranger uma gama muito maior de atividades destinadas a satisfazer as necessidades da coletividade, incluindo atividades comerciais e industriais. O Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, com a finalidade de atenuar as distorções do mercado e amparar contingentes que ficavam à margem do progresso econômico.

Mudam as preocupações do Estado, conforme acrescenta Dinorá Adelaide Grotti:

A preocupação deixa de centrar-se na liberdade do indivíduo e se desloca para a igualdade entre os cidadãos, com a substituição do individualismo pelo interesse público, pelo bem comum. Consagram-se em texto constitucional os direitos sociais na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, caracterizando-se por um poder de exigência de prestações materiais frente ao Estado, cujos efeitos vão se estender ao longo do século XX.²⁴

Houve uma ampliação do Poder de Polícia, passando a significar não somente sinônimo de segurança pública, mas atingindo outras relações com os particulares. O próprio conceito de ordem pública passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, as comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, a saúde. De outro lado, o Estado passou a impor obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos.²⁵

²² SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Contratos de concessão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 34.

²³ Também denominado simplesmente Estado Social, ou ainda, Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. p.11.

A noção de interesse público, que numa concepção de Estado Liberal vinculava-se, basicamente, diante dos parâmetros previstos na lei, em assegurar a liberdade dos cidadãos evitando intervenções dispensáveis na vida social, torna-se, numa concepção de Estado Provedor, mais complexa, pois se aproxima e se envolve com os interesses (ou necessidades) concretos, materiais, de parcelas de todo social.²⁶

No entendimento de Odete Medauar:

[...] de modo mais intenso, o Estado, mediante a Administração, passou a assumir, como seus, interesses que antes permaneciam no setor privado; citam-se com freqüência, na doutrina, as práticas de subsídios de várias atividades privadas, como em determinados setores agrícolas, e na implantação de indústrias, em notório benefício dos particulares, mas sob a invocação do interesse público. Assistiu-se, assim, ao que Giannini denomina de “publicização potencial de todo interesse tendo alguma relevância social”. Tornou-se difícil estabelecer, de antemão, a matéria concernente ao interesse público; qualquer assunto, desde que assumido pelo Poder Público, passava a qualificar-se como interesse público. Passou a vigorar, deste modo, a concepção *nominalista*: interesse público é o que a lei ou a Administração diz que é, mesmo que se trate de algo muito específico.²⁷

O Estado aumenta enormemente suas atribuições, tornando-se titular dos serviços de forma a proteger e promover os direitos individuais e sociais considerados como valiosos pelos particulares.

Essa intervenção estatal ocorre, porém, de forma descoordenada e desorganizada, acarretando a onipresença do Estado em todos os setores de atividades, demonstrando a sua incompetência para exercer sozinho todas as atividades então consideradas como de interesse público.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado social começa a ser questionado. O grande número de atividades assumidas pelo Estado Social mostrou-se excessivamente oneroso para a máquina pública, moroso e burocrático ao ponto de torná-la ineficiente para prestação de alguns serviços.

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90-91.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 189-90.

Na década de 70 do século passado, as crises do Estado Social se manifestaram em toda sua dimensão, surgindo dúvidas acerca do seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O novo discurso que surge, como conseqüência, é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais, sobrevivendo a instituição de uma terceira forma de Estado de Direito - Estado Democrático de Direito.

A respeito das características dessa transformação, acrescenta Dinorá Adelaide Grotti:

ocorre uma diminuição do protagonismo do Estado, ao menos na orientação direta ou indireta da vida econômica, que coincide com uma volta ao enaltecimento do poder privado, não em termos do indivíduo isolado – como no modelo liberal -, mas dos grupos nos quais se insere no marco da chamada economia de mercado e da eficiência dos serviços. Disso decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para o exercício de funções de controle normativo e regulador.²⁸

Flexibilizada a concepção do Estado-Providencia e implementada a redução do papel do Estado nas áreas que não são exclusivamente de sua competência amplia-se a atuação da iniciativa privada, enfatizando-se, com o Estado de direito democrático, o princípio da subsidiariedade²⁹. Nesse contexto, se por um lado ocorre uma limitação na intervenção Estatal, uma vez que o Estado passa a abster-se de exercer atividades que o particular pode exercer por suas próprias condições; De outro, o Estado passa a fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos³⁰, justificando a idéia de parceria entre o Poder Público e iniciativa privada.

²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68.

²⁹ O princípio da subsidiariedade, antes de ser reconhecido pelo Direito Administrativo, foi reconhecido pelo Direito da Igreja Católica (Direito Canônico), sendo citado em várias encíclicas. Nos 40 anos da Encíclica *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII, de 1891), que trazia uma grande intervenção na questão social, deixando implícito o princípio da subsidiariedade, o Papa Pio XI, em 1931, divulgou a Encíclica *Quadragesimo Anno*, citando explicitamente o princípio, em seus parágrafos 79 e 80.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. p. 15.

A busca pela eficiência tornou-se um objetivo a ser perseguido na prestação do serviço público, elevando a sua importância a grau constitucional³¹ e fundamentando os discursos pela privatização³² dos serviços, tendo em vista a impossibilidade de o Estado, por si só, prestá-los satisfatoriamente.

Verifica-se, portanto, uma mudança ideológica na forma de conceber o Estado e a Administração Pública, primando-se pela maior participação dos cidadãos nas atividades administrativas do Estado, favorecendo a diminuição do tamanho do Estado e a formação de parcerias entre o público e o privado:

Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.³³

Ocorre, a partir de então, uma modificação estrutural na concepção de serviço público, abrindo-se as portas para uma maior participação da iniciativa privada e iniciando-se um processo de normatização de instrumentos jurídicos capazes de implementar a parceria entre o público e o privado.

³¹ No Brasil, a Emenda Constitucional 19/98 tratou sobre princípios e normas da Administração Pública, introduzindo, dentre outros, o princípio da eficiência administrativa.

³² A privatização ocorrida no Brasil pode ser considerada em sentido estrito, na qualidade de venda de ativos de empresas estatais para o setor privado; esta é a modalidade de privatização adotada pela Lei nº 8.031/95. Sob este enfoque, privatizar é transformar uma empresa estatal em privada. A privatização ocorrida no Brasil também pode ser conceituada de forma ampla, a qual abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado assim, neste sentido, vai compreender a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado e a concessão de serviços públicos a empresas privadas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 14)

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 2.

2.1.2 A adaptação do direito à realidade

No decorrer do século XX, os critérios conceituais utilizados pela escola do serviço público começaram a ser fortemente afetados, uma vez que já não se podia mais considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público, podendo os particulares fazê-lo por delegação. Além disso, outra característica tida como essencial para conceituação de serviço público pela Escola Francesa foi abalada, pois nem todo serviço público era prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Elaine Cardoso de Matos Novais explica o desencontro do conceito de serviço público com a realidade que se transformara:

Tal fato emergiu sob color da delegação de atividades pelo Estado a pessoas de direito privado e devido à participação do ente governamental em práticas relacionadas com a indústria e o comércio, áreas até então afetadas somente à iniciativa privada. Dessarte, pessoas administrativas passariam a gerir atividades não relacionadas diretamente ao interesse geral, do mesmo modo que *pari passu*, entes privados poderiam atuar no afã de saciar as pretensões coletivas.³⁴

Por essas razões, alguns autores passaram a falar em “crise”³⁵ na noção de serviço público, e até mesmo em “morte” do serviço público:

El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente em los Estados pobres a los que permitio mejorar La situacion de todos. Pero su ciclo há terminado. Cumplió su misión y hoy – como dice José Luis Villar – hay que hacerle um digno entierro. Es inútil empenãrse em embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de forma pudiéramos mantenerlo vivo.³⁶

³⁴NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Público: Conceito e delimitação na ordem constitucional. *In Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Editora Max Limonad, 1996. p. 124.

³⁵ Alexandre Santos de Aragão ressalta a necessidade de se distinguir entre os dois sentidos pelos quais a palavra crise pode ser entendida, quais sejam: “situação de um instituto quando se duvida de sua continuação; ou a sua relevante modificação no decorrer de um processo.” Segundo o autor, é nesse segundo sentido que se deve considerar que o serviço público está em crise, já que o instituto continua existindo, ainda que transformado. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2007. p. 240.)

³⁶ ORTIZ, Gaspar Arinõ; MARTINEZ, Juan Miguel de La Cuétera; *et al.* *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 22-23.

A idéia de uma crise na noção de serviço público foi sendo gradualmente superada por meio da constatação de que houve, de fato, uma mudança na concepção de serviço público, mas que a mesma se deu de forma natural, como decorrência de um processo de transformação da sociedade.³⁷

Constatou-se que as características de mutabilidade e adaptabilidade, além de inerentes à essência do serviço público, são essenciais, posto que lhe permitem sobrevivência face às modificações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas.³⁸

O reconhecimento da dificuldade de se formalizar um conceito rígido e definitivo de serviço público propiciou o redirecionamento dos esforços em busca de uma noção mais maleável.

Conforme os ensinamentos de Eros Roberto Grau³⁹ necessário estabelecer uma distinção entre os termos ‘conceito’ e ‘noção’. Enquanto o termo ‘conceito’ se refere a algo atemporal, o termo ‘noção’ se reveste de temporalidade e historicidade, motivo pelo qual se torna impossível estabelecer um conceito para serviço público, devendo o mesmo ser estudado a partir de sua noção. Por esta razão, as modificações sofridas pela noção de serviço público no tempo são inerentes a sua própria essência, e necessárias a sua adaptação às modificações sofridas pela sociedade. O Autor prossegue explicando:

A partir daí parece-me, hoje, que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado, há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. Por isso conduzirá a muito pouco a determinação de um conceito de serviço público, impondo-se buscarmos enunciar a sua noção.⁴⁰

³⁷ Oportuna a conclusão de Marçal Justen Filho pela superação da idéia de crise do serviço público, fundamentando que “O instituto permanece existente como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada por cada povo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005)

³⁸ BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. *In Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Ângela Cássia Costaldello (coord.). Editora Juruá: Curitiba, 2005. p. 62.

³⁹ GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 132.

⁴⁰ GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 133.

Para Eros Roberto Grau a noção de serviço público deve ser considerada a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em determinado momento histórico. “A interpretação da Constituição envolve também a interpretação dos fatos, tal como se manifestam em determinado momento.”⁴¹

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello também vincula a noção de serviço público ao momento histórico em que deve ser interpretada, de tal maneira que ao formular a sua noção de serviço público⁴², justifica se tratar de “uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicade de outras necessidades, outros objetivos e, sobretudo, outra problemática e outro ordenamento jurídico positivo.”⁴³

Na direção do que foi dito até então, a noção de serviço público deve refletir as necessidades básicas da população e, ao mesmo tempo, servir como diretriz ao Estado para o desempenho de suas atribuições, tais como prescritas pela Constituição da República. Consoante explica Romeu Felipe Bacellar Filho, “a existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público.” E destaca:

A concepção originária da Administração não se desprende da idéia de prestação de serviços à coletividade. (...) É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público (...) a fim de acentuar a *instrumentalidade do serviço público* em relação aos direitos fundamentais, *meio* que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.⁴⁴

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 135.

⁴²Para o autor, serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 597.)

⁴³MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 599.

⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 161.

A idéia de serviço público está, portanto, vinculada à própria essência e existência da figura do Estado, uma vez que a atividade estatal é necessária e indispensável para a realização de valores fundamentais.⁴⁵ As adaptações ao instituto são possíveis e até mesmo necessárias, contudo o que deve permanecer é a noção de vinculação às necessidades da coletividade, à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, sempre havendo o vínculo da prestação com o Poder Público, mesmo que na forma de regulação.

O serviço público no Estado contemporâneo é assim visualizado por Vivian Cristina Lima López Valle:

[...] a noção de serviço público não desapareceu. Pelo contrário, apresenta-se atual e extremamente necessária no contexto do Estado Social e de reformulação do Estado brasileiro, eis que o elemento fundamental para a preservação das conquistas do *Welfare State* e para a manutenção da satisfação das necessidades da coletividade.⁴⁶

Conclui-se, nesta toada, que apesar das mutações que o conceito tem sofrido, não há alteração no núcleo essencial do instituto. Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, compondo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.⁴⁷

2.2 SERVIÇOS PÚBLICOS

Atualmente, no Brasil, serviço público não pode ser entendido como sinônimo de atividade estatal. Algumas atividades não se configuram como serviço

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 507.

⁴⁶ VALLE. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 547.

⁴⁷ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. n. 232, pp. 59-82, abr/jun. 2003. p. 61.

público, dentre as quais algumas de competências estatais mais basilares.⁴⁸ É o caso das atuações do Estado que envolvem manifestação inerente de competência política⁴⁹, tais como as funções legislativas e jurisdicionais, que não podem ser confundidas com prestação de serviço público, ao menos em seu sentido técnico-jurídico.

Tais atuações visam resguardar a soberania estatal e a garantia de um regime republicano, em que o poder seja exercitado de modo democrático e os direitos fundamentais sejam respeitados. Por esta razão, dada a sua primordial relevância, são intransferíveis à iniciativa privada.

Os atos de Poder de Polícia⁵⁰ - exercício de poderes de coação material, envolvendo, por exemplo, a execução de sanções (inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública (interna e externa) - também são atividades estatais que não configuram serviço público.

Celso Antonio Bandeira de Mello distingue a atividade de Polícia Administrativa – também estudada sob a designação de “Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade” – dos serviços públicos, tomando-se por base o objeto. Para o jurista, enquanto o serviço público tem por objeto algo material (fornecer água, iluminação elétrica, comunicação telefônica, recolhimento de lixo etc), a polícia administrativa visa, diversamente, à expedição de provimentos jurídicos: “atos que *habilitam* os administrados à prática de determinada atividade (licença de construir, licença para dirigir automóveis, autorização de porte de arma etc.) ou que, inversamente a *proíbe* (denegando os atos referidos) ou a *impede* (expedindo ordens, como ocorre quando o guarda de trânsito o descia, obstando a circulação por vias congestionadas por algum acidente) ou, ainda, *sanciona*, se desatendidas as normas pertinentes (expedindo multas, determinando o embargo de atividades)

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21.

⁴⁹ Atividades inerentes à organização política do Estado, onde se enquadram as funções públicas que constituem os três Poderes - incluídos o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

⁵⁰“Há, no Poder de Polícia, uma dicotomia, pois ele se concretiza através de duas atividades, ou seja, a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária. Ambas, são exteriorizações de atividades tipicamente administrativas, malgrado uma delas ser denominada judiciária. A Polícia Administrativa, propriamente dita, é preventiva, regida pelas normas e princípios jurídicos do Direito Administrativo, enquanto que a Polícia Judiciária é repressiva, exercendo atividade administrativa de auxiliar da repressão criminal.” (LAZZARINI, Álvaro. Limites do Poder de Polícia. In TELLES, Antonio A. Queiroz. ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). *Direito Administrativo na Década 90: Estudos jurídicos em homenagem ao prof. J.Cretella Junior*. São Paulo: RT, 1997, p. 199.)

quando constatada sua violação, o que ocorre como resultado de fiscalização do comportamento dos administrados.”⁵¹

Outra atividade comumente realizada pela Administração Pública é a execução de obra pública, que se diferencia da prestação de serviços públicos, conforme assevera Celso Antonio Bandeira de Mello:

De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez e o Direito acolhe tal disseptação, como acima se referiu. Basta considerar que (a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo, dinâmico; (b) a obra é uma coisa: o produto concretizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; (c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação, assim depende sempre integralmente dela; (d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.⁵²

As atividades econômicas que são passíveis de exploração tão-somente por parte do Poder Público (artigo 177 da Constituição de 1988⁵³), sendo vedada a sua delegação aos particulares – muito embora possa parecer que são serviços públicos – constituem as atividades de monopólio⁵⁴. São atividades que, por sua

⁵¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 06 jan 2010.

⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 06 jan de 2010.

⁵³ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

⁵⁴ O serviço postal e o correio aéreo nacional estariam inseridos nesse grupo, afinal o artigo 21, inciso X, da Constituição da República, ao não mencionar a possibilidade de ser explorado mediante regime de concessão ou permissão — diferentemente das hipóteses elencadas nos incisos XI e XII do mesmo artigo —, incumbiu unicamente ao Estado propiciar tais serviços à coletividade. (Posicionamento este adotado pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do recurso extraordinário n°

complexidade ou importância para o desenvolvimento do país, o Estado achou por bem extrair da atuação dos particulares, em benefício do interesse coletivo.

O exercício de atividade econômica também se constitui uma forma de atuação do Estado a qual, segundo Marçal Justen Filho, consiste no desempenho por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição (artigo 173) ou em lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo.

A exploração de atividade econômica é reservada, pela Constituição da República, à livre atuação da iniciativa privada, podendo o Estado exercê-la apenas residualmente e, ao exercê-la, deverá ser necessariamente sob o regime de direito privado. “Neste campo, não há lugar para a delegação de atividades, pois tanto particulares como o Estado, quando legítima sua atuação, exercitam atividades econômicas de direito próprio.”⁵⁵

Evidenciado resta, portanto, a existência de uma gama de atividades de atribuição exclusiva do Estado, indelegáveis à iniciativa privada por meio de concessão e permissão. Desta forma, considerar todas as atividades prestadas pelo Estado como serviço público seria alargar demais o conceito, ou aplicá-lo de forma amplíssima, já que resultaria na inobservância dos elementos que lhe dão contorno e que decorrem de uma construção doutrinária fortemente debatida.

2.2.1 Elementos para formação de uma noção de serviço público

Mesmo não existindo uma unanimidade quanto ao conceito de serviço público (ou mesmo, se é possível conceituá-lo, como asseverado em linhas pretéritas), a maior parte da doutrina defende que qualquer definição deve envolver

220.906-9/DF). Entretanto, este entendimento não é pacífico, existindo uma controvérsia que será melhor explicada no item 3.3.1 deste trabalho.

⁵⁵ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 465.

necessariamente a presença de três elementos indispensáveis: elemento subjetivo, elemento material e elemento formal.

O elemento subjetivo caracteriza o serviço público pela responsabilidade do Estado na prestação da atividade, seja de forma direta ou indireta. Nos ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

O serviço público é sempre incumbência do Estado e depende, em última instância, do poder público: a sua criação corresponde a uma opção do Estado e supõe necessariamente uma decisão da autoridade pública; a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-la direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.⁵⁶

Logo, “a titularidade do serviço público sempre será do Estado, o vínculo com o Estado nunca deixará de existir, pois o que ocorre é a delegação da prestação de determinados serviços públicos, mas não a transferência de titularidade.”⁵⁷

Por intermédio do elemento material, também designado objetivo ou essencial, define-se serviço público como a atividade que tem por objeto a concretização das necessidades dos cidadãos, de acordo com o momento histórico em que a sociedade está inserida. Ou seja, haverá serviço público em razão da natureza da atividade⁵⁸. Essa atividade deve satisfazer necessidades coletivas, não se destinando apenas a grupos restritos dentro do corpo social, sem repercussão coletiva.

O elemento formal exige, para caracterização de serviço público, que a atividade seja prestada em regime especial: o regime jurídico de direito público⁵⁹.

⁵⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49.

⁵⁷ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização dos direitos fundamentais. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

⁵⁸ O conteúdo dessa atividade, todavia, não é pacífico na doutrina, havendo quem defenda haver serviço público sempre que a atividade estiver voltada à satisfação de direitos fundamentais; outros quando houver a vinculação com a dignidade da pessoa humana; ou ainda quando o serviço estiver voltado à realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição da República.

⁵⁹ De outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo, ao referirem-se ao regime do serviço público, tornam a submissão ao direito administrativo mais elástica. Di Pietro define o serviço público como “atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello o elemento formal é decisivo para a sua concepção jurídica, uma vez que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada.⁶⁰

O professor Romeu Felipe Bacellar Filho concorda com este posicionamento e acrescenta, de forma fundamentada, que:

Não se pode concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput).⁶¹

Já na concepção de Marçal Justen Filho o elemento material é o responsável pela caracterização do serviço público - portanto mais relevante - sendo que os demais critérios (subjetivo e formal) são decorrentes lógicos do material. Nas palavras do autor:

O aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. Os outros dois aspectos dão identidade ao serviço público, mas são decorrência do aspecto material. Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como conseqüência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado. Em síntese: um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são conseqüências da existência de um serviço público.⁶²

meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. ((DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 98). Para Lúcia Valle Figueiredo o serviço público caracteriza-se pelo regime jurídico prevalente do Direito Público. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 54-55). No outro vértice, Carlos Ari Sundfeld sustenta que a Constituição não vincula serviço público a regime jurídico administrativo, de forma que o Legislador é livre para definir o regime — público ou privado. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33).

⁶⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 601.

⁶¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 164.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 482.

Em defesa do elemento subjetivo, Alexandre Santos de Aragão ressalta que, por força do artigo 175, a titularidade estatal é requisito essencial para a caracterização de uma atividade como serviço público. Deste modo, enquanto um serviço público não for legislativamente descaracterizado como tal — despublicização — apenas poderá ser prestado pela iniciativa privada por meio de concessão e permissão.⁶³

Em que pese a preferência dos juristas por um ou por outro elemento, nenhum deles isoladamente é suficiente para caracterizar serviço público, motivo pelo qual se conclui ser imprescindível a coexistência dos três elementos simultaneamente.

Conforme sustenta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “a utilização isolada de qualquer dos critérios apresentados não oferece condições para solucionar o problema da noção de serviço público, porque, ressaltando apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade”.⁶⁴

O conceito elaborado por Celso Antonio Bandeira de Mello agrega de forma bastante harmônica os três elementos, consoante se pode verificar:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁶⁵

Para o autor, além dos serviços públicos consagrados na Constituição da República, pode o Estado, via legislativa, qualificar determinada atividade como tal, assumindo-a e submetendo-a ao regime de direito público, desde que respeitados os limites constitucionais, em especial as normas referentes à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. Em outras palavras, tendo em vista o fato de que o ordenamento jurídico constitucional não define o que sejam “atividades

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 311-371, jul./set. 2003. p. 330.

⁶⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.51.

⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 597.

econômicas”, remanesce ao legislador margem de atuação para qualificar determinadas atividades como “serviço público”, respeitados os limites mencionados.⁶⁶

Segundo lições de Luiz Alberto Blanchet a enumeração realizada pela Constituição da República não elimina a possibilidade da legislação ordinária definir como públicos outros serviços. Entretanto, ressalta o autor que no Brasil não há discricionariedade legislativa para transformar em serviço público a atividade que esteja sendo prestada pela iniciativa privada ou que não esteja vinculada ao interesse público.⁶⁷

Vivian Cristina Lima López Valle corrobora o mesmo entendimento:

É importante frisar que em que pese o serviço público se traduza em uma opção política, o legislador tem pouca autonomia na sua configuração, vez que somente se apresenta válido identificar uma atividade como serviço público se ela preencher alguns pressupostos em que a essencialidade estaria intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana. Se, diversamente, for verificada atividade legislativa sem esse contorno, estar-se-á diante da irrazoabilidade legislativa, portanto, reprovável pelo ordenamento jurídico.⁶⁸

Percebe-se, desta feita, que a eleição pelo legislador do que venha a ser serviço público não é livre, sendo indispensável a demonstração da finalidade da norma ao caracterizar determinada atividade enquanto serviço público. Esta finalidade deverá relacionar a busca da satisfação de necessidades coletivas com a

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 646.

⁶⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 52.

⁶⁸ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 519. Ainda, a autora manifesta sua preocupação em deixar a tarefa exclusivamente ao legislador, sem que haja qualquer preocupação com o conteúdo material da atividade, pois remeter “à discricionariedade do administrador e do legislador o poder de definir linhas mestras do serviço público, o que, sem dúvida, apresenta-se, no mínimo, dada a realidade social e política brasileira, temerário e preocupante. Isso porque não se percebe, nesse cenário, a lógica de proteção do cidadão sujeito de direitos, mas apenas e tão somente a proposta de oferecimento de utilidades ao consumidor. Parece óbvia a possibilidade de exclusão social a partir dessas premissas” (VALLE. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 533).

consecução dos objetivos consagrados na Constituição da República ou ainda com a dignidade da pessoa humana⁶⁹.

A possibilidade de se erigir novos serviços públicos, além daqueles expressamente mencionados na Constituição decorre da própria essência de mutabilidade que lhe é inerente. Assim, a análise do será serviço público refletirá o entendimento social, econômico, cultural de uma sociedade num determinado tempo. Conforme destaca Elaine Cardoso de Matos Novais, “se assim não fosse, a ordem brasileira não poderia acompanhar as necessidades públicas que sofressem alteração no decorrer do tempo.”⁷⁰

2.2.2 Serviços de Relevância Pública

Para grande parte da doutrina, os serviços ora tratados como de ‘relevância pública’⁷¹ são inseridos no conceito de serviços públicos e classificados ora como ‘serviços públicos não-privativos’⁷², ora como ‘serviços públicos impróprios’.⁷³

No entender de Eros Roberto Grau e Celso Antonio Bandeira de Mello, por exemplo, os serviços não-privativos figuram como espécie do gênero serviço público quando prestados diretamente pelo Poder Público e como atividade econômica em sentido estrito quando desempenhados pela iniciativa privada.

Paulo Modesto, contudo, prefere excluí-los da classificação de serviços públicos, distinguindo-os em um rol apartado. Isto se deve à utilização do elemento

⁶⁹ Para Odete Medauar, o serviço poderá ser caracterizado como público quando: o setor for delicado para deixar ao bel-prazer dos particulares; o serviço prestado deva beneficiar aos menos favorecidos, o serviço venha a suprir carência da iniciativa privada ou a favorecer o progresso técnico. (MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 314.)

⁷⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Público: Conceito e delimitação na ordem constitucional. In *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Editora Max Limonad, 1996. p. 126.

⁷¹ Utilizando-se da classificação e nomenclatura adotada por Paulo Modesto in *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷² Classificação adotada por Celso Antonio Bandeira de Mello.

⁷³ Classificação adotada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro.

subjetivo do conceito de serviço público como preponderante e essencial para a sua caracterização, exigindo a assunção pelo Estado da titularidade exclusiva da prestação – nos termos do artigo 175 da Constituição da República - cabendo a ele definir as condições do exercício do serviço pelos particulares, inclusive se a delegação será exclusiva ou não.

Para este jurista, no âmbito dos serviços públicos, há a exclusão da livre ação das pessoas privadas, ressalvada a possibilidade de delegação pelo Estado.⁷⁴ Assim, as atividades que podem ser desempenhadas tanto pelo Estado quanto pelos particulares (independentemente de delegação) não se configuram como serviço público.

De todo modo, a expressão ‘serviços de relevância pública’ agrega as atividades que foram constitucionalmente excluídas do âmbito de titularidade exclusiva do Estado, vez que a Constituição estabeleceu expressamente a possibilidade de seu desempenho concomitante pelo Estado e pelo particular, cada um exercendo segundo o regime jurídico que lhe corresponde.

São atividades sociais em que a atuação do Estado é obrigatória e a atuação do particular ocorre por direito próprio (assistência à saúde, educação, produção e proteção cultural, desporto, defesa do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica – entre outros setores), e estão mencionadas expressamente na Constituição Brasileira em duas passagens (art. 129, II e art. 197).⁷⁵ Nos dizeres de Paulo Modesto:

serviços de relevância pública são as atividades essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso.⁷⁶

⁷⁴ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷⁵ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 440.

⁷⁶ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de

Mesmo apresentando potencial lucrativo, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si só satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las. Tendo em vista seu cunho social preponderante, a Constituição estabeleceu que tais atividades devem ser satisfeitas, independentemente das condições financeiras dos cidadãos usuários, razão pela qual previu a sua prestação pelo Estado, de forma gratuita ou bastante subsidiada.

Outrossim, ainda quando desempenhadas através da livre atuação da iniciativa privada, a lei impõe que a fiscalização e a regulação dessas atividades pelo Poder Público sejam minudentes e tutelares, assegurando, ainda, o respeito a princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.⁷⁷

Por este motivo, tais atividades devem ser desassociadas da categoria de atividades econômicas desempenhadas livremente pelos particulares – as quais estão desvinculadas completamente dos princípios da continuidade, igualdade e mutabilidade, por exemplo – e integradas à categoria de serviços de relevância pública a fim de receberem a especial atenção que a Constituição lhe destina.

O fato de excluir tais atividades da classificação de serviços públicos em nada diminui sua relevância, tampouco significa desatenção a interesses coletivos relevantes. Ao contrário, a Constituição da República estabeleceu⁷⁸ a existência autônoma de obrigações de regularidade, continuidade e igualdade, incidentes sobre serviços de relevância pública, como deveres inerente à essencialidade das atividades exercidas, proclamada em lei ou diretamente pela Constituição. “Esse reconhecimento, no entanto, é viável sem o artifício de estender para essa categoria de serviços o conceito de ‘serviço público’, que recolheria, assim, no seu bojo, realidades díspares.”⁷⁹

Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456.

⁷⁷ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456/457.

⁷⁸ Artigos 129, III, 199, 202, 204, I, 209, 216, § 1, 218 § 4º, da Constituição da República do Brasil.

⁷⁹ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.453/454.

Em síntese, os serviços de relevância pública – segundo Paulo Modesto – constituem uma classificação intermediária e autônoma, diferente de serviço público e de atividades de exploração econômica, o que promove a aplicação de formas variadas de parceria entre o Poder Público e os particulares, com e sem fins de lucro, no atendimento a necessidades coletivas não assumidas como próprias e exclusivas do Estado pelo direito positivo.

A parceria implementada pela Lei 11.079/2004 constitui um novo instrumento para a realização dessas atividades, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho, possibilitando ao Estado desempenhar suas funções em prol do interesse público na concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

2.2.3 Serviços Públicos e Direitos Fundamentais

No Direito brasileiro, a atividade administrativa encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais. Como destaca o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, a Constituição estabeleceu fundamentos que sustentam a República e o Estado Democrático de Direito. “No atendimento a esses fundamentos centra-se a função administrativa que encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.”⁸⁰

A Constituição apresenta indicadores que permitem ao intérprete saber se está diante de serviços públicos ou não. Por esta razão, a qualificação de determinada atividade como ‘serviço público’ deve ter como critério preponderante a supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Segundo lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha, com a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana estabeleceu-se “uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser o

⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *In Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p 45/47.

princípio e o fim do Direito contemporâneo produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional”.⁸¹

Na apreciação de Alexandre de Moraes:

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁸²

Os serviços públicos aparecem, neste contexto, como forma de realização do interesse público, destinados a suprir demandas cuja satisfação não admite qualquer transigência, vez que seu regime jurídico apresenta-se diretamente vinculado ao princípio máximo da supremacia da dignidade da pessoa humana.⁸³

A relação entre Estado, serviço público e direitos fundamentais é formulada por Marçal Justen Filho da seguinte maneira:

O serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. (...) Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público. (...) Discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.⁸⁴

81 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, pp. 23-48, out./dez. 1999. p. 24.

82 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 60.

83 DOMINGUES, Guilherme Moro. Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. In COSTALDELLO, Angela Cassia. *Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 82.

84 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 480-483.

Conforme Guilherme Moro Domingues, “tem-se que os direitos fundamentais consistem na própria razão de ser dos serviços públicos: estes só se justificam porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados.”⁸⁵

A prestação de serviços públicos tem especial relevância na concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, já que os mesmos exigem um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social. Isto porque tais direitos fundamentais impõem ao Estado determinados deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e a promoção da igualdade material⁸⁶ e podem ser representados pela prestação estatal de assistência social, saúde, educação, trabalho etc.

Com foco na promoção dos direitos fundamentais a Constituição da República impõe ao Estado o dever de oferecer condições materiais básicas para a existência do ser humano, as quais podem ser designadas de mínimo existencial, e, para tanto, incumbindo-o da prestação de serviços públicos.

Por consequência, os direitos fundamentais “devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas*”.⁸⁷ E, para tanto, o Estado deve se comprometer com maior intensidade na sua realização.

Segundo esclarece o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, “a doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988 o direito fundamental ao serviço público adequado como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade.”⁸⁸

⁸⁵ DOMINGUES, Guilherme Moro. Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. In *Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Jurua, 2005. p.82.

⁸⁶ Sobre o assunto, recomenda-se: FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 232, pp. 59-82, abr./jun. 2003.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377-378.

⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p 48.

Sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado é que a Administração Pública deve pautar sua atuação, tomando medidas concretas de caráter positivo para assegurar aos cidadãos os direitos constitucionalmente protegidos.

Para cumprir este objetivo, a Administração Pública deve dispor de uma gama ampla e variada de instrumentos capazes de possibilitar o atendimento às demandas sociais. Destarte, considerando a constante mutabilidade das necessidades sociais, os constantes avanços tecnológicos e a impossibilidade do Estado prestar diretamente, por si só, todos os serviços que se apresentam necessários para a consecução dos direitos fundamentais, indispensável se torna a busca de novas formas de parceria com a iniciativa privada.

Imprescindível se faz, nesta seara, o direcionamento de um novo olhar à Constituição da República, interpretando seus dispositivos e institutos de acordo com a nova realidade que se apresenta. Não há como se defender uma atuação exclusiva do Estado na prestação de serviços públicos, mas também não há como se permitir uma total privatização das atividades estatais. O meio termo a ser buscado é aquele que melhor atende ao interesse público, no dado momento em que se apresenta.

Fernando Vernalha Guimarães destaca a importância de se realizar uma atividade de hermenêutica baseada no contexto da realidade atual, considerando as transformações sociais e econômicas, de forma a possibilitar uma melhor consecução dos objetivos constitucionais:

A interpretação constitucional, ademais, deverá pressupor um rol de tendências (produzidas pela transformação da realidade, inclusive) na direção da redução do aparelho do Estado – o que indica a promoção da terceirização (e demais formas de delegação). A partir de uma limitação imposta pela índole imperativa e de vocação política de certas competências, prefere-se a cessão (com reserva de gestão estratégica) da prestação de atividades estatais aos privados pela suposição de que este modelo realize melhor os valores fundamentais contemplados na Carta Federal. A atividade hermenêutica constitucional não poderá, nesta missão, ignorar a mutação da realidade. Não se pode desconsiderar as inúmeras e recentes transformações quanto à remodelagem contextual da economia do Estado. Diz-se, assim, e na esteira da doutrina, que na proposta de uma concepção institucionalista da Constituição, a atividade hermenêutica deverá comportar a avaliação coordenada da realidade material histórica (considerado o contexto econômico e político vivenciado por um povo) com seu conteúdo normativo puro, sua força vinculante. Numa composição

dialética, o texto constitucional é integrado pela realidade, da mesma forma que a condiciona. O exame deve considerar, ainda, uma tendência de redução do núcleo de atividades exclusivas estatais, restringindo-se àquelas vocacionadas à manifestação imperativa e política do poder estatal.⁸⁹

A busca pela promoção do desenvolvimento nacional e pela garantia da dignidade da pessoa humana devem pautar a atuação Estatal, e justificar a implementação de novas técnicas e instrumentos de prestação de serviços públicos. Nada impede que esses novos instrumentos se fundamentem na execução material das atividades pela iniciativa privada, desde que as mesmas se realizem sob o acicade de um regime jurídico administrativo de forma a resultar na proteção indispensável, primordial e efetiva do interesse público.

⁸⁹MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de 'Serviço Público', 'Serviços de Relevância Pública' e 'Serviços de Exploração Econômica' para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 379.

3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E DESENVOLVIMENTO

3.1 A REFORMA DO ESTADO

A partir dos anos 70, do sec. XX, iniciou-se um processo de redução do tamanho do Estado e a discussão sobre as suas atribuições reaparece na esteira de um amplo processo de privatização e de liberalização de alguns dos principais setores da economia, antes submetidos quase exclusivamente ao monopólio estatal ou à disciplina da regulação. A desestatização veio acompanhada de um novo modelo de regulação para a competição.⁹⁰

No Brasil, o primeiro passo se deu em julho de 1979 com o Decreto 83.740 que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, estabelecendo, dentre outras diretrizes, o objetivo de “impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais”⁹¹.

Em 1985 o Decreto 91.991 aperfeiçoa o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, ao qual sucede, em 1988 o Conselho Federal de Desestatização, nos termos do Decreto 95.886.⁹²

Nessa conjuntura emerge a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelecendo a liberdade de exploração de atividade econômica pelo cidadão e a consagração dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Por outro lado, a Constituição previu a titularidade exclusiva do Estado pela prestação de determinados serviços que envolvam direitos fundamentais do cidadão, com a

⁹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69.

⁹¹ Artigo 3º, alínea “g”.

⁹² DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: M. Limonad, 2002. p.111.

possibilidade de sua delegação à iniciativa privada por meio de instrumentos previstos constitucionalmente.⁹³

No governo do presidente Fernando Collor de Mello foi editada a Lei nº 8.031/90 que implementou o Programa Nacional de Desestatização, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei 9.491/97. Esta lei, em seu artigo segundo, parágrafo primeiro, apresenta o que se pode considerar desestatização:

- a) A alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) A transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela união, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

As modificações mais significativas instituídas pelo Programa de Desestatização, porém, foram sentidas no governo de Fernando Henrique Cardoso, que, com sua proposta de governo intitulada “mãos à obra Brasil”, deu ênfase ao processo de Reforma do Estado, baseada, principalmente, em uma crescente parceria entre a iniciativa privada e a iniciativa pública:

A crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão da infraestrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado como instância reguladora, com poder de evitar monopólios e abusos que tendem a ocorrer em situações de concentração do poder econômico. É preciso que o governo tenha realmente a capacidade de regular a prestação de serviços públicos no interesse do cidadão e dos objetivos estratégicos do país.⁹⁴

O então Vice-Presidente da República, Marco Maciel, teve o ensejo de salientar a importância do processo de reforma, enfatizando a sua importância para o desenvolvimento do país:

É bom ter presente que neste instante, mais do que emendas constitucionais, estamos iniciando no País um processo de reforma. Na realidade, o que o presidente Fernando Henrique Cardoso está promovendo é a realização de um conjunto de mudanças que vão permitir que a

⁹³ 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.

⁹⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio *In* WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28.

sociedade brasileira tenha ganhos qualitativos, não somente com relação à estabilidade econômica, mas também e sobretudo com relação à retomada do desenvolvimento sustentado, baseado, por consequência, num processo político verdadeiramente democrático.

Para adequar a Constituição às metas do Programa Nacional de Desestatização, foram aprovadas várias Emendas Constitucionais. As Emendas de números 5 a 8, promulgadas em 15.08.1995, autorizaram reformas legislativas tendentes à abertura ao capital privado de atividades antes reservadas à exploração estatal e a abertura das concessões ao capital estrangeiro. Modificou-se o conceito de empresa brasileira, que passou a ser aquela constituída dentro dos moldes da legislação nacional, não mais importando se o capital é nacional ou não. Alteraram-se, portanto, os artigos 170, 171 e o § 1º do artigo 176 do texto constitucional.⁹⁵

A emenda de número 9 alterou o parágrafo primeiro do artigo 177 da Constituição da República, fazendo constar a autorização da União para contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do mesmo artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

O programa de desestatização não se limitou, assim, a transferir o patrimônio e as atribuições do Estado à iniciativa privada, mas a propiciar uma parceria entre o público e o privado. Segundo Caio Tácito, houve um deslocamento do pêndulo que antes favorecia ao domínio público sobre a economia:

O programa de privatização de empresas estatais não se resume à abstenção do Estado em áreas até então ocupadas que revertem à iniciativa privada. Antes qualifica uma evolução nas relações entre o serviço público e a iniciativa que passam a se associar no objetivo final de prestação de serviços à comunidade. O pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, reverte um benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa.⁹⁶

⁹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 150.

⁹⁶ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. 242. Rio de Janeiro. pp.109-118. out/dez. 2005. p. 115.

O termo privatização adquiriu, ao longo desse dinâmico processo, um significado político que transcende seu original sentido tecnico-jurídico⁹⁷, passando a ser entendido como uma forma de implementação de políticas de modernização do Estado.⁹⁸ Ademais, sua abrangência passou a se referir a todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo:

a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.⁹⁹

Enfrentou-se uma redefinição do papel do Estado como instância reguladora, com poder de evitar monopólios e abusos que tendem a ocorrer em situações de concentração do poder econômico.

A onda de desestatização provocou no Brasil, como também em muitos outros países, um renascimento da concessão de serviço público¹⁰⁰, como uma forma de privatização de atividades, privatização esta entendida em sentido amplo, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Obviamente, não se trata de privatização em sentido estrito, relacionada apenas e tão-somente à transferência de bens públicos para a iniciativa privada, notadamente no caso da alienação do controle acionário de empresas estatais, como usualmente é entendido o termo privatização em

⁹⁷ Sentido este que abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado.

⁹⁸ AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. A concessão no contexto da reforma do Estado. In MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

⁹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 150.

¹⁰⁰ “No Brasil, a utilização da concessão remonta a longa data. Verificou-se a sua aplicação ao longo do sec. XIX para captação de recursos da iniciativa privada, especialmente no tocante à implantação de ferrovias. Nas primeiras décadas do séc. XX, a concessão foi aplicada para outros setores, especialmente no tocante à energia elétrica. Após a metade do séc. XX, porém, o instituto perdeu seu prestígio. (...) O Estado não logrou assegurar às pessoas privadas a manutenção de condições essenciais, o que conduziu ao desinteresse dos particulares em aplicar recursos em empreendimentos destinados ao fracasso. Além disso, verificou-se movimento generalizado no sentido de ‘nacionalizações’, produzindo a chamada ‘encampação’ dos serviços concedidos. Ao final dos anos oitenta, havia raros casos de concessões em sentido próprio no Brasil.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p.52).

sentido estrito. As concessões são forma de privatização na medida em que estabelecem a entrada de particulares em campos de atuação típicos do Estado. Demarcam a retirada do Estado de determinada atividade econômica (em sentido estrito e em sentido amplo). São forma de transferência de atividades públicas a particulares, o que caracteriza uma privatização em sentido amplo. Esta concepção de concessão de serviços públicos como forma de privatização é, inclusive, corroborada pelo disposto no inciso III, bem como na alínea b do §1º do artigo 2º da lei 9491/1997.¹⁰¹

O Estado brasileiro redimensionou, por conseguinte, sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (artigo 174 da Constituição da República¹⁰²), voltando-se para a criação de agências reguladoras¹⁰³ e para um novo modelo de regulação para a competição.

Em que pese a idéia de regulação já existir de longa data no direito brasileiro¹⁰⁴, a partir da segunda metade da década de noventa são criadas as agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia, especialização e natureza jurídica de autarquias com regime especial, com a finalidade de impedir influências políticas sobre a regulação e sobre a disciplina de certas atividades administrativas.

Nesse sentido, a reforma do Estado consolida a idéia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Pretende-se que o Estado reduza seu papel de executor ou prestador direto dos serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador, provedor ou promotor destes, tal como o preconizado pelo artigo 174 da Constituição de 1988.

Maria Paula Dallari Bucci trata sobre o processo de redefinição do papel do Estado e, conseqüentemente, da Administração Pública, mencionando a reconfiguração das formas de relacionamento da Administração com a iniciativa privada e o surgimento das diversas formas de parcerias entre elas:

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 223.

¹⁰² Art. 174. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

¹⁰³ Em sentido amplo, no direito brasileiro, ‘agência reguladora’ é “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 1998).

¹⁰⁴ De longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora se a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941). (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. Belo Horizonte: Forum Administrativo, n. 3, pp. 253-257, 2001.)

A transferência de parte dessa atividade material para a iniciativa privada passou a exigir que se reconfigurassem as formas de relacionamento da Administração com aqueles que passaram a se ocupar dela, fosse revendo o regime de concessões de serviços públicos, bem como as formas de descentralização e desconcentração de atividades, fosse criando um novo estatuto para os serviços e atividades privatizados, fosse conferindo um perfil jurídico aos novos modos de compartilhamento de responsabilidades, genericamente reunidos sob a palavra “parcerias”.¹⁰⁵

Estabelece-se, assim, uma parceria entre o Estado e a iniciativa privada com o objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento estatal, recorrendo-se à iniciativa privada para ajudá-lo no desempenho de atividades de interesse público, com a primazia da busca pela eficiência.

Conforme os ensinamentos de Almiro do Couto e Silva, “privatização e desregulamentação constituíram-se, portanto, nos dois mais importantes remédios da receita neoliberal. Em dosagens diferenciadas, passou ela a ser adotada pelas principais nações do ocidente.”¹⁰⁶

3.2 PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Importante abrir um parêntese para esclarecer que o termo parceria não está sendo empregado, neste trabalho, em seu sentido técnico-formal, mas em seu sentido coloquial, para abranger apenas a significância da reunião de pessoas por um interesse comum.

Marçal Justen Filho ressalta uma incompatibilidade do termo parceria (no sentido técnico por ele adotado¹⁰⁷) com a atuação da Administração prestadora de serviços públicos, justificando que:

¹⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

¹⁰⁶ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘a brasileira’?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 230, pp. 45-74. out/dez. 2002. p. 52.

¹⁰⁷ “Usa-se denominar de parceria contrato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos de associam para exploração de certo empreendimento, mantendo (em principio) cada qual autonomia jurídica e desempenhando atividades em nome próprio. Há conjugação econômica das atividades, com previsão de partilha dos lucros, se houver. (...) Cada parte corre o risco da ausência de resultados. Caso haja insucesso empresarial, cada qual arca com os prejuízos – total ou

A parceria pressupõe igualdade e coordenação. Impõe limites derivados do plano de isonomia em que se encontram os parceiros. Isso não pode dar-se quando a Administração Pública presta serviços públicos. Não é a ela possível igualar-se ao parceiro e demitir de si os poderes inerentes à prossecução do serviço público. Observe-se que, numa concessão, a Administração tem poder-dever de intervir na atividade prestada pelo concessionário, para adequá-la ao interesse público. Pode revogar o contrato a qualquer tempo, encampando a concessão. Bem se vê que não seria viável conjugar a parceria com esse regime de direito público.¹⁰⁸

O termo ‘parceria’ deve ser entendido como gênero, no sentido amplo de cooperação entre a Administração e os particulares, englobando sociedades, consórcios, concessão e permissão de serviço público, franquias, terceirizações, convênios, acordos de programa etc.

No âmbito do processo de desestatização, a palavra ‘parceria’ tornou-se um daqueles vocábulos em voga, particularmente caro à retórica de autoridades governamentais. Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Moraes Wald, na obra “O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões”, editada em 1996, ressaltaram a ampla utilização do vocábulo naquele ano: “Se formos procurar a palavra mais empregada nos últimos meses pelos representantes do Poder Público e, em particular, pelo Presidente da República talvez seja a palavra ‘parceria’.”¹⁰⁹

Referida obra aborda a questão das parcerias tratando-as como uma nova fórmula para estimular e promover o desenvolvimento do país:

a nova formula para garantir o desenvolvimento, de forma dialogada e consensual, é a parceria, que substituiu o autoritarismo do antigo Estado onipotente, e que tem e deve ter regras próprias. (...) Na realidade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficácia e a ética, entre a rigidez do comando e a equidade.¹¹⁰

parcialmente, de acordo com os termos de estipulação prévia.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 138).

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 141.

¹⁰⁹ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28.

¹¹⁰ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 32/33.

Maria Aparecida de Almeida Pinto S. Fagundes aborda o tema 'parceria' como um poderoso instrumento do desenvolvimento, na medida em que, por intermédio dela se propicia um sem número de iniciativas, uma vez que "nas circunstâncias do cenário mundial hodierno, são de tal ordem os desafios tecnológicos e a magnitude dos investimentos necessários a certas empreitadas que se torna imperativa a agregação de esforços e recursos para viabilizá-los."¹¹¹

Segundo Carlos Ari Sundfeld, "as parcerias público-privadas passaram a significar, em sentido amplo, os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, sob a responsabilidade destes, com a finalidade de viabilizar o desenvolvimento de atividades com algum coeficiente de interesse geral."¹¹²

Esta parceria entre a iniciativa pública e a privada passa a ser um instrumento para o desenvolvimento¹¹³ e crescimento econômico do país, conforme justificou o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso:

Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, a qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade.¹¹⁴

¹¹¹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 419.

¹¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

¹¹³ "A caracterização global do desenvolvimento é muito importante, pois nela consiste a distinção básica entre crescimento e desenvolvimento, o primeiro de caráter meramente quantitativo e o segundo qualitativo, o primeiro baseado em índices estatísticos e o segundo inspirado na mutação histórica, na passagem de um tipo de vida para outro, na modificação de uma escala de valores, na tomada de consciência do processo de industrialização e dos seus corolários sociais e pedagógicos. Enquanto crescimento é um dado meramente econômico, o desenvolvimento pressupõe uma administração e uma legislação racionalizadas, a difusão do ensino, o recrutamento dos homens de empresa e a formação do capital de investimento necessário." (WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 22).

¹¹⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.7.

O Estado deixou, então, de ser o único responsável pelas atividades de interesse geral e pela promoção do desenvolvimento econômico do país. Segundo Caio Tácito, “o Estado deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade.”¹¹⁵

Na delegação da prestação de determinadas atividades à iniciativa privada imperiosa se apresenta a identificação dos limites da abstenção do Estado pois, consoante ressalta Luiz Roberto Barroso, mesmo após a superação do preconceito neoliberal, indiscutível o reconhecimento pela doutrina do papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção frente à atuação abusiva dos particulares.¹¹⁶

Portanto, independentemente das teorias acerca do “Estado mínimo” e do novo papel do Estado após as reformas concretizadas pelos ideais neoliberais, não se pode desvincular a figura do Estado de seu papel de promotor de direitos fundamentais. É sua a função primordial de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por intermédio das ações estatais, como é o caso de políticas públicas ou prestação de serviços públicos.

3.2.1 Instrumentos de parcerias

No âmbito das atividades administrativas, vários instrumentos de parceria estão previstos no direito positivo brasileiro, dentre os quais podemos citar: a concessão e a permissão de serviços públicos e a concessão de obras públicas, disciplinados pela Lei n° 8987/95 e 9074/95; o contrato de gestão de que trata a Lei 9637/98, o termo de parceria regido pela Lei 9790/99¹¹⁷, os contratos de empreitada, convênio e consórcios, disciplinados pela Lei n° 8666/93, etc¹¹⁸.

¹¹⁵TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. 242. Rio de Janeiro. pp.109-118. out/dez. 2005, p. 113.

¹¹⁶BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. ix-x.

¹¹⁷ O termo de parceria regido pela Lei 9790/99 é um instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público –

Dentre os instrumentos de parceria supracitados, destaca-se, para o escopo deste trabalho, a concessão de serviço público regida pelas Leis 8987/95¹¹⁹ e 9074/95¹²⁰, e definida por Celso Antonio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.¹²¹

Quanto à natureza dos serviços suscetíveis de serem concedidos, Marçal Justen Filho afirma que somente não cabe produzir concessão de funções estatais de natureza política, jurisdicional ou legislativa. Todas as demais atividades compreendidas no conceito de serviço público poderão ser concedidas.¹²²

Neste sentido, estariam excluídas do conceito de serviço público as atividades classificadas como serviços de relevância pública posto que, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, “só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder

peças jurídicas sem fins lucrativos - destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público delineadas no art. 3º da Lei. O objetivo do termo de parceria é incentivar as entidades privadas prestadoras de atividade de interesse público, não se confundindo com o âmbito de prestação de serviços públicos pelo Estado, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos institucionais da entidade (que tem que se enquadrar em um dos previstos no art. 3º da lei). Elas devem atuar paralelamente ao Estado, em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. p. 280).

¹¹⁸ Inclusive a parceria público-privada, disciplinada pela Lei 11079/2004, que será abordada no decorrer do trabalho.

¹¹⁹ De acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei 8987/95 a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

¹²⁰ Além da legislação esparsa sobre serviços específicos, como telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, portos, etc.

¹²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 622.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 519.

Público.”¹²³ Por esta razão, não caberia cogitar de delegação de concessão de serviços de saúde ou de educação, já quem nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado.

Costuma-se afirmar que a exploração econômica da atividade é imprescindível para a caracterização da concessão de serviço público, o que determina que somente serviços públicos de cunho econômico¹²⁴ poderiam ser objeto de concessão, estando excluídos os serviços públicos sociais e serviços públicos funções públicas.

Marçal Justen Filho, contudo, admite a possibilidade de adotar como objeto da concessão todo e qualquer serviço público, mesmo aqueles destituídos de rentabilidade econômica. Isto porque, a lucratividade pretendida pelo concessionário não precisa necessariamente advir inteira e exclusivamente da exploração do serviço público. Há casos de impossibilidade de exploração autosustentada do empreendimento, onde se faz imperiosa a subvenção estatal para a prestação do serviço, sem eliminar, todavia, o risco do insucesso que deve ser gerido pelo empresário.¹²⁵

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “é indispensável, sem o que não se caracteriza a concessão de serviço público, que o concessionário se remunere pela ‘exploração do próprio serviço concedido’. De regra, se faz em geral e basicamente pela percepção de tarifas dos usuários, admitindo-se, ainda, o subsídio parcial pelo concedente, além de outras fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias”.¹²⁶ O que não se pode admitir, em termos de

¹²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 631.

¹²⁴ Para Marçal Justen Filho, a expressão ‘serviço público econômico’ pode configurar uma contradição em termos. “Como se sabe, não é cabível promover a concessão versando sobre atividades econômicas em sentido estrito. Somente se pode promover concessão de serviço público. Todo o serviço público apresenta um enfoque que pode ser reconduzido a uma abordagem econômica. No entanto, a natureza das necessidades a cujo atendimento se dirige o serviço público exclui a possibilidade de um enfoque pura e exclusivamente econômico.” Portanto, para ele, melhor seria utilizar a expressão serviço público rentável. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 101).

¹²⁵ Pela interpretação a contrario sensu do art. 17, chega-se à conclusão de que o subsídio é possível desde que autorizado em lei, previamente à concorrência, e esteja à disposição de todos os concorrentes. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. p.109).

¹²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.623.

concessão de serviço público, é a transferência integral dos encargos para o poder concedente.

Não há interesse do concessionário em prestar serviço público não lucrativo, posto que ele “não exerce uma atividade de benemerência, mas exercita empresarialmente o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de interesse coletivo”.¹²⁷ Por esta razão, “o intuito lucrativo do particular é válido, legítimo e constitui-se em fundamento imediato da assunção por ele dos encargos inerentes à delegação”¹²⁸.

Verifica-se, destarte, no instituto da concessão de serviços públicos, um encontro de interesses: de um lado o interesse da iniciativa privada em desenvolver uma atividade empresarial lucrativa; de outro lado, o interesse do Poder Público em ofertar um serviço que atenda as necessidades coletivas.

A promoção do interesse público constitui objetivo do poder concedente na concessão, perseguido através da prestação de um serviço público adequado, contínuo, igual para todos, e submetido a tarifas acessíveis ao usuário. Por subsequente, o Estado viabiliza a promoção do desenvolvimento nacional, que é um dos princípios fundamentais da Constituição da República, e cuja persecução repercute na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdades sociais e regionais, na realização da dignidade da pessoa humana entre outros valores institucionalizados na Constituição.¹²⁹

Neste sentido, pode-se concluir que a concessão de serviços públicos consiste em um instrumento do Estado na promoção do desenvolvimento nacional, uma vez que os recursos que o Estado dispõe não são suficientes para suportar todos os investimentos necessários.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 101.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 101.

¹²⁹ Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.”

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, ao implementar as modificações na legislação a respeito das concessões de serviços públicos sustentou que, nas soluções jurídicas propostas, encontra-se um dos pilares para o desenvolvimento do Brasil, justificando que:

A perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infra-estrutura tem implicações preocupantes. Compromete a qualidade da prestação dos serviços públicos, e causa desequilíbrios econômicos pela elevação do chamado 'custo Brasil'. A sanção da Lei das Concessões teve como principal objetivo dotar o poder público de um instrumento para melhorar o padrão de vida dos usuários e gerar empregos com a retomada das obras, sanando o significativo déficit de investimentos, inclusive nos âmbitos estaduais e municipais.¹³⁰

Por meio da concessão de serviços públicos o Estado vislumbrou, portanto, um instrumento à obtenção dos recursos necessários para promover um redimensionamento, na tentativa de possibilitar que a perda da capacidade financeira do Poder Público – nas décadas de 70 e 80 - fosse superada pela organização de parcerias com o setor privado, capaz de atrair capitais para investimentos de infraestrutura, tais como, energia, transportes, comunicações, rodovias, ferrovias, saneamento urbano, etc.¹³¹

A concessão tornou-se, dentro desta lógica, um instrumento de certas políticas públicas, assim como uma alternativa de que dispõe o Estado para formalizar uma comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana e a realização de valores constitucionais fundamentais.¹³²

3.2.2 As Parcerias Público-Privadas

¹³⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28.

¹³¹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 82.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 58.

Em que pese a concessão de serviços públicos ter sido amplamente utilizada na década de 90, o seu regramento não atendia a algumas situações em que o Estado necessitava delegar a prestação de serviços públicos à iniciativa privada.

Um dos grandes empecilhos para utilização da concessão em determinados casos decorria do fato de que nem todos os setores se apresentavam atrativos à iniciativa privada.

Sendo a obtenção de lucro o maior estímulo à iniciativa privada, as atividades que não se apresentavam auto-sustentáveis e que não contavam com um subsídio financeiro do Estado, tornavam-se desinteressantes e inviáveis de serem delegadas aos particulares.

Vale lembrar que na concessão de serviços públicos o risco do negócio é assumido, no momento da contratação, exclusivamente pelo concessionário.¹³³

Em decorrência, alguns casos típicos de concessão tornavam-se desinteressantes aos particulares, a exemplo da exploração dos serviços decorrentes da manutenção das rodovias nas regiões com pouco tráfego, uma vez que a receita gerada pelo pedágio não seria suficiente para cobrir os custos de operação e manutenção dos serviços. Neste caso, como o Estado não possui condições de arcar com os custos da manutenção dessas rodovias, estas acabam por ficar abandonadas, em péssimas condições de uso, causando lesão aos cidadãos e prejudicando o desenvolvimento econômico da região.

Outro exemplo clássico é o serviço de coleta de lixo, que é essencial para a saúde da população, mas que, no entanto, torna-se pouco viável de ser objeto de concessão em razão da dificuldade da cobrança de tarifas da população. Além da dificuldade de individualização do usuário do serviço, o Estado não pode impedir os inadimplentes de se beneficiarem do serviço, já que isto prejudicaria não só a eles,

¹³³ Apenas o risco por fatos imprevisíveis ou de responsabilidade do próprio Estado (*jus imperii*) são assumidos pelo Poder Concedente por força do direito do concessionário ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Marçal Justen Filho alerta que a assunção do risco pelo parceiro privado deve ser bem compreendida uma vez que “somente seria possível atribuir o risco do empreendimento integralmente ao particular se a concessão transformasse o serviço em privado. Nesse caso, o insucesso da empresa seria algo pertinente apenas ao interesse do particular. Como o serviço continua a ser público e indispensável à promoção dos direitos fundamentais, é vedada sua interrupção. O serviço público deve ser mantido, o que conduz à impossibilidade de transformá-lo num instrumento de risco privado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 513).

individualmente, mas a toda a coletividade. Ademais, nem sempre as atividades acessórias à coleta de lixo – tal como a venda de materiais recicláveis – são suficientes para remunerar satisfatoriamente o concessionário.

A falta de interesse da iniciativa privada e a ausência de recursos orçamentários do Estado para investir em projetos de infraestrutura e serviços fundamentais, configuram-se verdadeiros entraves ao desenvolvimento do país. “Esse contexto acaba por limitar o desenvolvimento socioeconômico do país, visto que reduz ou mesmo inibe a criação de vantagens competitivas nos mais diversos setores da economia. Dessa forma, nota-se a necessidade de adoção de novas formas de contratação e prestação de serviços que permitam inovações e soluções alternativas a tal problema.”¹³⁴

Ocorre que, ainda que não sejam atrativos à iniciativa privada devido ao baixo índice de retorno financeiro na prestação dos serviços, o Estado necessita viabilizar a consecução de determinados serviços, devido a sua importância econômica e social.

Diante do esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o rígido cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais, e da necessidade de atração de investimentos privados para o financiamento desses setores, sentiu-se a necessidade de criação por parte do Poder Público de condições favoráveis a atrair o capital privado.

É nesse cenário que surgem as parcerias público-privadas com a função específica de atrair investimentos privados para projetos de baixo índice de retorno econômico, mas de extrema importância social, em que o Estado busca, junto ao particular, dividir os custos com a implantação de infraestruturas uma vez que nenhum deles teria condições de arcar com elas individualmente: O Estado por não ter condições financeiras e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente ou inexistente para cobrir todos os seus custos e ainda garantir a legítima margem de lucro do negócio.

¹³⁴ SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri: Editora Manole, 2008. p. XII.

A Lei 11.079, de 30.12.2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Administração Pública. Esta Lei Federal tratou, em diversos artigos, de normas gerais a serem observadas pelos entes da Federação, além de normas específicas direcionadas à União.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei 2.546/2003, que versou sobre as Parcerias Público-Privadas, a busca de um novo instrumento de financiamento do setor público, principalmente na execução de obras e serviços de infraestrutura, foi justificada em virtude da ausência de suficiente fluxo de recursos públicos à necessidade de expansão e desenvolvimento do Estado, representando, desta forma uma “alternativa indispensável para o crescimento econômico em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.”¹³⁵

O professor Marçal Justen Filho ressalta a importância das Parcerias Público-Privadas, sustentando que “no caso brasileiro, essa alternativa é indispensável em vista das dificuldades financeiras do Poder Público brasileiro. A necessidade de redução da dívida pública impõe limitações de investimento que podem impedir a continuidade do processo de crescimento.”¹³⁶

Além de um instrumento de financiamento, a parceria público-privada foi concebida como um meio de consecução dos valores da eficiência¹³⁷ e da qualidade na prestação do serviços públicos, os quais são referenciais para a iniciativa privada competitiva, sempre em busca da inovação de processos e produtos.

A melhoria da qualidade dos serviços públicos passa a ser vista como de vital importância para a modernização do país, já que se trata de elemento fundamental para uma economia estável e produtiva. Pretende-se, desta forma,

¹³⁵ Exposição de Motivos do Projeto de Lei 2546/2003 sobre Parcerias Público-Privadas.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Capítulo XXIV: Avaliação Geral Sobre as Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia, (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Um enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. p. 492.

¹³⁷ “A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 237, pp. 1-6. Jul/Set. 2004, p. 1.

combater a pobreza e a exclusão social por meio do acesso a serviços públicos de qualidade.

Crescimento e desenvolvimento econômico estão diretamente relacionados ao grau de investimento do Estado em infraestrutura e serviços públicos de qualidade. Consoante ressalta Marcos Barbosa Pinto, “não existem condições – eis um dos poucos consensos entre os economistas – de crescer sustentadamente sem investimentos em infraestrutura.”¹³⁸

Como visto, portanto, a Lei 11.079/04 não surgiu ao acaso, sendo justificada por todo um contexto político e histórico alicerçado, em suma, pelo atual modelo de Estado e pela forma de atuação da Administração Pública – sustentada no princípio da subsidiariedade. Ademais, é nítida a influência da Reforma Estatal iniciada nas últimas décadas do século passado e caracterizada pela desestatização, busca pela eficiência e necessidade de implementação de alianças com o setor privado para o financiamento de atividades públicas.

Assim, desde que utilizada em observância às diretrizes do serviço público e em cumprimento aos objetivos Estatais proclamados na Constituição da República, as parcerias público-privadas podem ser de grande valia para a promoção do desenvolvimento nacional, conforme já se demonstrou possível em outros países.

3.3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A parceria público-privada não se trata de uma criação do legislador brasileiro, mas uma adaptação de um instituto que há mais de duas décadas vem sendo utilizado em diversos países do mundo.

Nos anos oitenta e noventa do século passado, diversas nações capitalistas afetadas pela recessão pós-guerra iniciaram um processo de reforma econômica caracterizado, principalmente, pela redução do intervencionismo estatal na economia.

¹³⁸PINTO, Marcos Barbosa. A proposta de PPP no Brasil e as dificuldades concretas. . In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia, (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Um enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. p. 29.

Atrelada ao intenso movimento de desestatização, a busca por uma maior eficiência na Administração Pública desencadeou um processo de transição de um modelo de administração com maior ênfase no controle dos procedimentos (modelo burocrático) para um modelo com maior ênfase no controle dos resultados (modelo gerencial).¹³⁹

Ocorre que a diminuição acentuada dos níveis de investimento do setor público e os grandes processos de desestatização sobrecarregaram o escopo de atuação da iniciativa privada, que não detinha interesse ou capacidade de investimento necessário para suprir todas as lacunas deixadas pela retirada do Estado.

Diante das dificuldades de financiamento de serviços e obras públicas, e da necessidade de uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos, intensificaram-se as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, ambiente em que começou a se desenvolver uma nova modalidade de delegação de atividades públicas: a parceria público-privada (PPP).

Ao estudar a experiência internacional, necessário observar que o termo *Public Private Partnership* - PPP ou *Asociación Público-Privada* - APP nem sempre tem aplicação direta ao conceito legal brasileiro do termo parceria público-privada adotado pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Em muitos casos, o conceito internacional de *Public Private Partnership* encontra um conceito similar no Brasil às “parcerias na administração”, englobando concessões em geral (que requer ou não aporte de recursos públicos), sociedades de economia mista, *joint ventures*, franquias, terceirização e até mesmo privatizações.¹⁴⁰

Carlos Bastide Horbach explica que a expressão ‘parcerias público-privadas’ (public private partnership) é utilizada em diferentes países para designar o investimento privado no desenvolvimento de atividades de interesse público e a

¹³⁹ “O modelo gerencial introduziu inovações na administração pública, tais como maior controle sobre o orçamento, preocupação com o desenvolvimento de modelos de avaliação de desempenho e orientação dos serviços públicos para a satisfação dos usuários, contrapondo-se ao modelo burocrático, o qual priorizava o controle dos procedimentos no setor público, tendo como finalidade a garantia de decisões racionais, impessoais e igualitárias por parte da administração pública.” (SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri: Editora Manole, 2008. p. 7/8).

¹⁴⁰ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Parcerias Público-Privadas*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/Experiencia_Internacional/index.htm> Acesso em 03 out 2009.

utilização de modelos jurídicos igualmente privados na administração de tais atividades. Entretanto, a essa genérica concepção que é compartilhada por diferentes ordenamentos não corresponde uma homogeneidade normativa.¹⁴¹

Por essa razão, não há como se traçar um modelo jurídico global das parcerias público-privadas, tampouco identificar elementos caracterizadores capazes de subsidiar um estudo comparativo de ordenamento para ordenamento jurídico¹⁴². O que se constata, por conseguinte, é apenas a existência de alguns traços comuns à maior parte das diferentes experiências internacionais sobre PPPs, inexistindo um instituto jurídico único e definido.

Diogo Rosenthal Coutinho apresenta os principais traços geralmente presentes nas PPPs:

a) empregadas em uma ampla gama de setores, mormente naqueles em que grande aporte de capital privado é necessário, b) baseadas em arranjos de longo prazo (em geral, superiores a 10 anos), c) capazes de transferir ao setor privado o risco do desempenho e prestação de serviços públicos e d) baseadas numa lógica contratual do tipo output-based, na qual o setor público somente remunera o capital privado na medida em que os serviços são prestados, ano a ano (diferentemente da tradicional lógica input-based, na qual o governo paga seja ou não o serviço contratado efetivamente prestado.¹⁴³

Com tais características, a parceria público-privada foi concebida no início dos anos noventa durante o governo de Margareth Thatcher na Inglaterra, sob a denominação Public Finance Initiative (PFI). O principal intuito do governo era de contornar a escassez de recursos do Estado, fazendo com que se retomassem os investimentos nos setores de infraestrutura, mediante o aumento do capital privado nos projetos públicos.

¹⁴¹ HORBACH, Carlos Bastide. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais*. In CASTRO, José Augusto Dias de.; TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 26.

¹⁴² Bastante árdua é a tarefa de adentrar à análise comparativa de um determinado instituto em diferentes países, já que a mesma exige, além de estudo, uma pesquisa profunda e constante, de forma a não perder a atualidade. Este trabalho, devido ao delineamento de seu objeto, não tem a pretensão de esgotar o assunto, limitando-se a apresentar um panorama geral do tema.

¹⁴³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 48.

Além da busca por financiamento privado, o objetivo passou a englobar a necessidade de uma maior eficiência na contratação da prestação de serviços públicos. De acordo com o modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria estar demonstrada a observância do imperativo do bom emprego dos recursos (*good value for money*). Não haveria taxas de retorno asseguradas aos investimentos nem pisos de lucratividade.¹⁴⁴

No governo de Tony Blair o programa de PFI foi reestruturado, tendo em vista a constatação da necessidade de equilibrar a participação privada com a pública, admitindo-se que o Poder Público também assumisse parcela dos riscos oriundos do projeto. Com o ajuste, o modelo de contratação mereceu nova terminologia, sendo redefinido como *Public Private Partnership*.

Na Inglaterra, não há uma lei específica sobre parcerias público-privadas. Neste país, as parcerias público-privadas constituem, na realidade, uma série de medidas, metas e procedimentos que são concretizados pelos diversos instrumentos jurídicos já disponíveis. Não houve, portanto, a necessidade de criação de um novo instituto, tendo sido utilizadas formas contratuais tradicionais, genéricas ou típicas como as *joint ventures* e o *franchise*.

O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção da linha de trem que cruza o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (*Channel Tunnel Rail Link*), que teria custado cerca de £ 4 bilhões.¹⁴⁵

A experiência britânica na utilização de PPP tem mostrado resultados positivos no setor de transportes, assim como a construção/recuperação e operação de hospitais públicos. No setor de prisões e na construção e gestão de unidades de recuperação de jovens infratores o Governo Inglês paga ao contratado pela disponibilidade de vagas construídas e operadas, que assume fazê-lo nos moldes previamente contratados, disponibilizando à sociedade um serviço tipicamente

¹⁴⁴CAMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166.

¹⁴⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54.

administrativo. A gestão de parques públicos é, ainda, outro setor que tem sido objeto de estudo de viabilidade de PPP's.¹⁴⁶

Em Portugal, o Decreto-lei 86/2003 foi o responsável pela incorporação legislativa do conceito de PPP¹⁴⁷ e da mudança na forma de relacionamento entre o setor privado e o estatal na construção de infraestrutura pública.

A experiência de Portugal nas PPPs, apesar de ser considerada satisfatória, revelou inúmeros equívocos que levaram ao insucesso de alguns dos programas implementados.

O primeiro contrato firmado nos moldes de PPP, no início da década de 1990, foi a construção da ponte Vasco da Gama, sobre o Rio Tejo, uma das maiores do mundo. Em seguida, vários outros projetos foram implementados, envolvendo a construção ou reparação de rodovias e a criação de hospitais e de usinas de geração de energia.

Parte do programa voltado para as estradas ganhou a designação de SCUT¹⁴⁸, associada à forma de remuneração do capital privado, em que se adota o chamado pedágio-sombra (*shadow toll*), sendo o operador da estrada remunerado pelo Poder Público, e não pelo usuário final, com base no número de veículos que trafegam pela estrada. Apesar do grande apelo político em razão da ausência de cobrança direta de pedágios (“portagem”), as concessões do tipo SCUT mostraram-se insustentáveis do ponto de vista financeiro, representando grande ônus para o governo português, que tem anunciado a conversão de todas as *shadow tolls* em pedágios.

As PPPs portuguesas, em que pese terem propiciado ganhos de dinamismo no desenvolvimento da infraestrutura, tiveram problemas que podem servir de lições para as demais nações, como atrasos e adiamentos do lançamento de obras,

¹⁴⁶ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 83/84.

¹⁴⁷ “A legislação portuguesa entende como parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais os parceiros privados se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade que objetive a satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração serão, no todo ou em parte, do parceiro privado.” (SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri: Manole, 2008. p.12).

¹⁴⁸ Termo que significa “sem custo para o usuário”.

excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevistos, procedimentos demasiadamente burocráticos, em especial para obtenção de licenças ambientais, compartilhamento insuficiente e impreciso de riscos, pouca rivalidade na licitação, insuficiências técnicas em gestão de PPP etc.

Para mitigar esses aspectos negativos, o governo Português realizou algumas mudanças institucionais, como a criação de unidade gestora de PPP, com função de coletar, analisar e difundir informações, prover expertise técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados.

Além dessas medidas, uma importante mudança de comportamento colaborou para o resgate do modelo de Parcerias Público-Privadas em Portugal: O entendimento de que esta forma de contratação denota programa de longo prazo de execução e demanda esforços de sucessivos governos; a responsabilidade na realização dos cálculos financeiros e orçamentários necessários para a publicação de editais e afins, bem como a coordenação entre os diversos órgãos da Administração Pública foram medidas que passaram a ser melhor respeitadas e contribuíram para o sucesso das parcerias.

Na Europa, além da Inglaterra e Portugal, países como França, Itália, Irlanda e Holanda, também adotam esta modalidade de parceria.¹⁴⁹

O crescimento na utilização das parcerias nos países europeus levou a União Européia a editar algumas diretrizes para esta forma de contratação, cujo documento é intitulado 'Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem sucedidas' e reforça alguns conceitos que são comumente associados à noção das parcerias, em especial a divisão dos riscos de acordo com as capacidades de cada um dos parceiros.

As PPPs não são, todavia, exclusividade de países desenvolvidos, constituindo uma realidade importante nos países da América Latina, onde se destacam México e Chile.

No México, as PPPs foram empregadas pela primeira vez na década de 80, com o objetivo de financiar a construção de rodovias e, a partir de meados da

¹⁴⁹ Essas e outras experiências internacionais certamente poderiam ser relatadas com proveito para o leitor brasileiro. Isso demandaria, contudo, um esforço incompatível com os limites deste trabalho.

década de 90, tem aumentado o número de investimentos no setor energético, estando em estudo um plano de expansão para outros serviços.

No Chile, o rápido crescimento econômico por mais uma década tornou a infraestrutura existente insuficiente para atender aos fluxos econômicos crescentes. No início dos anos 90, decisões políticas foram tomadas no sentido de introduzir o capital privado no setor de infraestrutura, de modo a propiciar a construção e operação de estradas, pontes, túneis e aeroportos. A Lei de concessão então existente foi alterada, introduzindo “um processo competitivo baseado em arranjos considerados mais flexíveis para a outorga de concessões: obrigações mútuas foram definidas e um procedimento de resolução de conflitos (uma comissão de conciliação) foi criado, além de terem sido previstos mecanismos de estímulo e indução (subsídios e garantias governamentais) que permitiriam, entre outras coisas, que as próprias obras públicas fossem oferecidas como garantia do financiamento das concessões.”¹⁵⁰

O programa chileno de PPP definiu três linhas de ação principais: infraestrutura para a integração social, infraestrutura para a integração internacional e infraestrutura para o desenvolvimento produtivo. Os resultados positivos alcançados fizeram com que o governo chileno incluísse ao programa de PPP complexos hospitalares e unidades prisionais.¹⁵¹

Por meio desta análise, ainda que perfunctória, sobre a experiência internacional a respeito das PPPs foi possível demonstrar alguns traços de semelhança do instituto nos diversos países, dentre os quais se destaca o fato de terem sido implementadas não apenas como alternativa para a crise de financiamento, mas como uma nova forma mais eficiente de prover os serviços públicos e infraestrutura.

No que se refere aos êxitos alcançados, constata-se como traço comum das PPP's a viabilização de um volume de investimentos superior ao que seria possível com os mecanismos tradicionais; a execução mais rápida dos projetos; uma melhor

¹⁵⁰ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67/68.

¹⁵¹ SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri: Manole, 2008. p. 13.

alocação dos recursos; melhor qualidade dos serviços e incentivo à melhoria do desempenho do parceiro privado.

Foi inspirado nas experiências estrangeiras em Parceria Público-Privada que o Brasil vislumbrou esta nova forma de contratação como meio de suprir os déficits do país em infraestrutura, melhorar a eficiência dos serviços públicos e minimizar os problemas orçamentários, desenvolvendo diretrizes gerais para incentivar a participação da iniciativa privada nos projetos públicos.

3.4 DESENVOLVIMENTO SOCIOECONOMICO

A experiência internacional nas parcerias público-privadas teve fundamental importância para a introdução no Brasil desta nova forma de contratação, viabilizando a execução de projetos nas áreas de infraestrutura e serviços que dificilmente poderiam ser implementados pelos moldes de contratação até então conhecidos.

Contudo, o âmago do interesse do país nas PPPs deve ser justificado não apenas em seu fim último – execução de obras e serviços – mas, principalmente, na causa primária que lhe antecede e que efetivamente lhe atribui importância, qual seja a promoção do desenvolvimento nacional.

A relevância da necessidade de promoção do desenvolvimento é um assunto mundialmente discutido e cujo debate vem sendo priorizado desde a Declaração da ONU sobre o Desenvolvimento, datada de 1986.

A ONU, com esta declaração de amplitude universal, consolidou o ideal de que o desenvolvimento é um direito humano fundamental inalienável, baseado na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos para todos, independente de sexo, raça, cor, idade e crença, buscando a promoção do progresso social e a melhoria das condições de vida de toda humanidade¹⁵².

¹⁵² Art. 1º. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

A declaração da ONU sobre o direito ao desenvolvimento tratou não apenas de reconhecer que a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos é responsabilidade primária de seus Estados, mas também de conclamar uma participação ativa da sociedade no processo de busca do desenvolvimento e da distribuição justa dos benefícios daí resultantes.¹⁵³

No Brasil, a preocupação com o desenvolvimento econômico e social do país remonta à Constituição de 1934 que, sob influência da Constituição alemã de Weimar, inseriu ao lado dos direitos e garantias individuais clássicos um título sobre a ordem econômica e social.¹⁵⁴ As Constituições de 1967 (artigo 157) e 1969 (artigo 160) também mencionavam o desenvolvimento nacional, mas sempre inserido nas disposições relativas à ordem econômica, o que ensejava uma visão estreita sobre desenvolvimento como exclusivamente econômico.¹⁵⁵

O tema, sob a influência da declaração da ONU, recebeu a devida importância na Constituição de 1988 que, em seu artigo 3º, considerou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; com a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, da marginalização e finalmente a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos os brasileiros, sem distinção ou preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme ensina José Afonso da Silva, em sendo um dos objetivos fundamentais da República, o sentido de desenvolvimento nacional foi alargado em todas as suas dimensões: “Não se quer um mero crescimento econômico, sem justiça social, pois faltando esta o crescimento nada mais é do que simples noção

¹⁵³ Art. 2º. 1 A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. 2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

¹⁵⁴ Art 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

quantitativa, como constante aumento do produto nacional. A CF quer um desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, §1º).”¹⁵⁶

O desenvolvimento ao qual a Constituição da República se refere é aquele que se relaciona com a necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização, das desigualdades sociais, da promoção da justiça social e da proteção à dignidade da pessoa humana. Por estas razões, o termo ‘desenvolvimento nacional’ deve ser entendido como um desenvolvimento social e econômico.

Os artigos destinados a tratar da Ordem Econômica e Financeira na Constituição de 1988,¹⁵⁷ coadunam-se com os fundamentos da democracia brasileira no que se refere ao Direito do Desenvolvimento, tendo como sustentáculo a dignidade da pessoa humana, a valoração social do trabalho humano e da livre iniciativa, dentro de uma filosofia capitalista, procurando estabelecer as bases e diretrizes para o desenvolvimento econômico e por via de consequência o progresso social e cultural do país.

Neste contexto, o artigo 174, em seu § 1º, concede ao Estado como agente regulador e normativo, a função de fiscalizar, incentivar e planejar as atividades econômicas, traçando as diretrizes e bases do planejamento para o desenvolvimento nacional equilibrado, incorporando-o e compatibilizando-o com os planos regionais e nacionais de desenvolvimento, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

Em outras palavras, o direito ao desenvolvimento foi adotado em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental¹⁵⁸ de terceira dimensão¹⁵⁹ voltado

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

¹⁵⁷ Em especial o artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁵⁸ Gustavo Henrique Justino de Oliveira defende que, embora não expressamente previsto na Constituição Brasileira de 1988, entende-se que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental decorrente, nos termos do §2º do art. 5º da Constituição da República, tendo em vista a sua relevância. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito ao desenvolvimento na Constituição*

para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, devendo ser garantido e executado por meio de políticas públicas e da participação popular.

3.4.1 Parcerias Público-Privadas e Desenvolvimento

Uma questão que se coloca é identificar a abrangência do termo desenvolvimento, já que o mesmo não deve ser tratado apenas como sinônimo de crescimento econômico¹⁶⁰, devendo abranger aspectos sociais, culturais e ambientais, fundamentais para um efetivo melhoramento das condições de vida da população.

Eros Roberto Grau trata da questão ressaltando a distinção entre crescimento econômico – de aspecto meramente quantitativo – e desenvolvimento, este de caráter qualitativo e abrangendo a idéia de crescimento:

a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas

Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, Nov/dez/jan, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em 20 dez 2009.)

¹⁵⁹ “Florescidos na última década, os direitos fundamentais de terceira dimensão – de fraternidade ou solidariedade – se destacam por se desprenderem da figura do homem - indivíduo como o seu titular. São direitos que se destinam à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Inserem-se nesta perspectiva o direito à proteção ambiental, a faceta coletiva da tutela do consumidor, o direito à proteção ambiental, a faceta coletiva da tutela do consumidor, o direito à informação, o direito à auto-determinação e ao desenvolvimento econômico.” (FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 232. pp. 59-82, abr./jun. 2003. p. 66).

¹⁶⁰ A forma mais clássica e tradicional de se medir o crescimento econômico de um país é medir o crescimento de seu Produto Interno Bruto - PIB. O crescimento econômico, quando medido apenas pelo PIB, pode ser muito desigual de um país para outro. Um PIB altíssimo não quer necessariamente significar qualidade de vida. Desde 1993 o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento não avalia apenas o crescimento econômico do país, mas o seu efetivo desenvolvimento por meio de um índice criado em 1990 pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, que padroniza a avaliação e a medida do bem-estar de uma população: o IDH – índice de desenvolvimento humano. Este índice é uma medida comparativa que engloba três dimensões: riqueza, educação e expectativa média de vida.

quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.¹⁶¹

Alcimir Aguiar Rocha Neto apresenta uma justificativa bastante valorosa para a necessidade de análise do efetivo desenvolvimento econômico de um país, em detrimento de uma análise exclusivamente baseada em seu crescimento econômico, fundamentando que:

O desenvolvimento só passa a ser interessante quando o pensamos como uma ponte que nos levará aos bem estar dos povos. A partir do momento em que passamos a tê-lo como um fim em si mesmo, desvirtuamo-lo e acabamos por nos decepcionar e descobrir que aquilo que tanto almejamos como verdade não passava de outro passo numa caminhada rumo ao bem comum.¹⁶²

Amartya Sen, ganhador do premio Nobel de economia em 1998, apresentou com maestria a noção de desenvolvimento refutando o argumento de que crescimento econômico trará consigo o bem-estar social. O economista procurou difundir uma visão do desenvolvimento bem diferente da costumeira concentração sobre PIB, PNB, progresso tecnológico ou industrialização, que, segundo ele, têm sua importância contingente e condicional, mas não são as características definidoras do desenvolvimento.¹⁶³

Em sua obra, *Desenvolvimento como Liberdade*¹⁶⁴, o economista demonstra que o desenvolvimento de um país está essencialmente ligado às oportunidades que ele oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania. Na sua abordagem, a expansão da liberdade é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 217.

¹⁶² ROCHA NETO, Alcimir Aguiar. *Constituição, Política e economia: estudo hermenêutico sobre o desenvolvimento da esfera pública e do social e como isso pode se efetivar mediante a concretização da constituição. In Estado, Constituição e Economia*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2008, p. 44.

¹⁶³ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 323.

¹⁶⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409 p.

A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento.¹⁶⁵

Por esta razão, o autor acredita que para se falar em desenvolvimento necessário se faz remover as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”¹⁶⁶

Na referida obra, a questão dos serviços públicos é analisada sob a óptica de que em muitos casos a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos¹⁶⁷, motivo pelo qual, no contexto dos países em desenvolvimento, a necessidade de iniciativa da política pública na criação de oportunidades sociais tem importância crucial.¹⁶⁸

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda população. A natureza altamente trabalho-intensiva dos serviços de saúde e educação básica – e do desenvolvimento humano em geral – faz com que eles sejam comparativamente baratos nos estágios iniciais do desenvolvimento econômico, quando os custos da mão-de-obra são baixos.¹⁶⁹

Para Amartya Sen, a promoção do desenvolvimento humano tem influência direta sobre as habilidades produtivas das pessoas e, portanto, sobre o crescimento

¹⁶⁵ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

¹⁶⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

¹⁶⁷ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

¹⁶⁸ “Como já discutido, no passado dos atuais países ricos encontramos uma história notável de ação pública por educação, serviços de saúde, reformas agrárias, etc. O amplo compartilhamento dessas oportunidades sociais possibilitou que o grosso da população participasse diretamente do processo de expansão econômica.” (SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.170.)

¹⁶⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 170.

econômico, já que a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas, que devem ser vistas como agentes ativos de mudança e não como recebedores passivos de benefícios.¹⁷⁰

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.¹⁷¹

A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida, capazes de propiciar o desenvolvimento humano e, conseqüentemente, o crescimento econômico.

A partir do que foi exposto, justifica-se a responsabilidade do Estado na promoção do desenvolvimento do país, não apenas limitado a práticas que estimulam seu crescimento econômico – tal como fomento às indústrias e empresas - mas por meio de políticas públicas capazes de propiciar qualidade de vida e oportunidades aos cidadãos, espectro em que se insere a necessidade de disponibilização de serviços públicos de qualidade.

Por meio da prestação de serviços públicos o Estado visa a atender às demandas sociais, oferecendo aos cidadãos em geral, utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) que assume como próprias por reputar imprescindíveis, necessárias ou apenas por se tratar de conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.¹⁷²

Tendo em vista a grande importância da prestação de serviços públicos para a promoção do desenvolvimento nacional, quanto mais efetiva e eficiente for esta prestação, melhor será a consecução do Estado nos objetivos consagrados pela Constituição da República.

Nesta lógica, um dos mecanismos de grande importância para a prestação de serviços públicos pelo Estado são as parcerias com o setor privado, cuja

¹⁷⁰ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.11.

¹⁷¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.19.

¹⁷² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 599.

importância é fundamental, conforme destaca Eros Roberto Grau: “O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é, de resto, primordial.”¹⁷³

No mesmo sentido, Marcus Santos Lourenço afirma que “o desenvolvimento sustentável do Brasil necessita de uma grande aliança informal entre o Estado e o setor produtivo detentor do capital, da capacidade industrial, do conhecimento técnico e organizacional que possibilitam o desenvolvimento socioeconômico.”¹⁷⁴

A adoção do modelo de Parcerias Público-Privadas no Brasil é, destarte, um reconhecimento da importância do segundo setor no desenvolvimento do país, razão pela qual, consoante assevera Gustavo Henrique Justino de Oliveira, é correto afirmar que no sistema administrativo brasileiro a PPP é um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento¹⁷⁵, pois seu objeto visa a suprir necessidades dos indivíduos e da coletividade.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira assenta ainda que “os propósitos perseguidos pela nova legislação estão intimamente relacionados com a obrigação de o Estado conferir respostas mais rápidas e adequadas aos anseios da população,

¹⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 217.

¹⁷⁴ LOURENÇO, Marcos Santos. *Políticas Públicas e Desenvolvimento*. In Christian Luiz da Silva, Judas Tadeu Grasi Mendes (orgs). Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 55.

¹⁷⁵ A afirmação do autor resulta da análise do artigo 2º e 14 da Lei 11069/2004 conjugado com artigo 165, § 1º e 2 da CF. A Lei 11069/2004 não elencou os serviços e obras que podem ser objeto de um contrato sob o regime de PPP, mas o artigo 2º da lei traçou suas características. Além disso, o artigo 14 determina, no âmbito federal, a competência do órgão gestor para definição dos serviços prioritários para execução no regime de PPP. Logo, a decisão para celebração de uma PPP há de estar previamente afinada com a programação do Governo Federal, estabelecida no Plano Plurianual. Tomando como exemplo o Plano Plurianual 2004/2007 (Lei 10933/2004), o qual estabeleceu como megobjetivos a serem perseguidos, com vistas ao desenvolvimento do país, a (i) inclusão social e redução das desigualdades sociais, (ii) crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais e (iii) promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia, o autor conclui que “a possibilidade de que a programação originária prevista no PPA concretize-se pela via da celebração de uma PPP é patente, razão pela qual é correto afirmar que no sistema administrativo brasileiro a PPP é um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento.” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público privada. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. (coord.). *Parcerias Público Privadas um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 117).

instituindo um ambiente favorável ao desenvolvimento dos indivíduos e da coletividade.”¹⁷⁶

Segundo Ederson Garin Porto, a Lei 11.079/04 surgiu como um forte instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social do país, com melhor aproveitamento das forças produtivas do setor privado e menor dispêndio de recursos do setor público.¹⁷⁷

Antes mesmo da publicação da Lei 11.079/2004, Ângela Cássia Costaldello – comentando o projeto de Lei 2.546/2003 – defendida a potencial importância das parcerias público-privadas para as operações de concessão envolvendo urbanismo:

Com ações que congregam o atuar do Poder Público e dos particulares – com variadas qualificações, ou seja, como ‘proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados’ – em prol da urbanização, e que estão rigorosamente atrelados ao interesse público, executando o planejamento urbanístico, atendendo ao bem-estar da coletividade, a preservação do meio ambiente e da vida digna dos indivíduos, as operações urbanas consorciadas (compreendendo desde objetivos mais básicos, como infraestrutura viária e sanitária, ao mais complexo, como a alteração da conformação e da ocupação do solo), podem receber a devida adequação, complementarem-se e dar executoriedade à determinação que consta da Constituição da República de 1988 e das diretrizes do estatuto da cidade.¹⁷⁸

É inegável, portanto, que as PPPs se apresentam como um potencial instrumento de viabilização do aprimoramento dos serviços públicos no Brasil, capaz de contribuir para um melhor atendimento das demandas sociais e criar, como consequência, maiores oportunidades aos cidadãos para o exercício de suas liberdades, contribuindo, conforme foi analisado, para o desenvolvimento econômico e social do país.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público privada. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. (coord.). *Parcerias Público Privadas um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 119.

¹⁷⁷ PORTO, Éderson Garin. Parcerias Público-Privadas – Análise sob ótica do postulado constitucional da subsidiariedade. In CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 88.

¹⁷⁸ COSTALDELLO, Ângela Cássia. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In GUIMARÃES, Edgar (coord). *Cenários do Direito Administrativo, estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte, fórum, 2004. p.116.

4. SERVIÇOS PÚBLICOS E PPP

4.1 LEI 11.079/2004

Para uma melhor compreensão do tema objeto deste trabalho, imprescindível se torna realizar uma descrição dos principais dispositivos da Lei 11.079/2004, apontando as características do contrato de PPP e delimitando o seu objeto, com o intuito basilar de traçar um panorama geral sobre o escopo desta forma de contratação.

A Lei Federal 11.079, sancionada em 30.12.2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicadas aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estrados, Distrito Federal e Municípios¹⁷⁹.

Em que pese ter sido inaugurada no ordenamento jurídico como uma inovação legislativa capaz de solucionar problemas relativos aos serviços públicos e de infraestrutura do país, a Parceria Público-Privada não se trata, na realidade, de um instituto totalmente novo e até então desconhecido. Primeiro porque, antes mesmo da aprovação da lei federal sobre o tema, diversos Estados da Federação exerceram sua competência constitucional legislativa e aprovaram suas respectivas leis estaduais de PPP, como é o caso de Minas Gerais (Lei 14.868, de 16/12/2003), Santa Catarina (Lei 12.930, de 04/02/2004), São Paulo (Lei 11.688, de 9/05/2004) e Bahia (Lei 9.290, de 27/12/04).¹⁸⁰

Segundo, porque se verifica que as Parcerias Público-Privadas decorreram de uma necessária adaptação de institutos já existentes com a finalidade de suprir

¹⁷⁹ Artigo 1º da Lei 11.079/2004 (anexo).

¹⁸⁰ No entanto, segundo Alexandre Santos de Aragão, “o resultado prático das legislações estaduais foram, até a promulgação da Lei nº 11079/04, insignificantes, até em razão de não terem propiciado a segurança jurídica necessária sem um marco jurídico federal.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – ppp’s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, p. 105-145, abr/jun 2005, p. 124).

as demandas sociais que já não conseguiam ser supridas por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis à Administração Pública.

Segundo Carlos Bastide Horbach, “as parcerias público privadas são mais uma técnica de administração do que um novo instituto jurídico que mereça normatização própria e específica no Direito brasileiro.” O jurista defende que todas as ações entendidas como parcerias podem ser desenvolvidas com os instrumentos jurídicos já existentes, em especial com a concessão de serviço público, com a concessão de obra pública e com as demais formas contratuais previstas no ordenamento pátrio.¹⁸¹

De acordo com este autor, a nova legislação não é mais que um disfarce que a velha concessão passa a utilizar para fazer crer ao investidor estrangeiro que todos os riscos que eram por ele suportados, sejam eles cambiais, contratuais ou políticos, foram afastados, fazendo do Brasil um local de investimento seguro e de sua Administração um parceiro confiável.

Carlos Ari Sunfeld também ressalta que as Parcerias Público-Privadas vieram apenas a complementar a legislação vigente, de modo a possibilitar a contratação de espécies até então não permitidas pela lei.

quando se disse que o Brasil precisava de uma legislação de PPP, para poder adotar práticas bem-sucedidas na Europa e no Chile, por exemplo, tratava-se de um engano. O Brasil já tinha essa legislação. O que então se propunha como desafio não era criar o conceito de PPP ou dar contornos normativos a um tema esquecido. A questão era bem mais simples: complementar a legislação para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal.¹⁸²

Desse modo, a Lei das PPPs vem agregar ao arcabouço jurídico das parcerias entre a iniciativa privada e o Poder Público, duas novas espécies de contratos: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.¹⁸³

¹⁸¹ HORBACH, Carlos Bastide. Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais. In CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 43.

¹⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 20/21.

¹⁸³ Art. 2º, caput, da Lei 11.079/2004 (anexo).

As Parcerias Público-Privadas não deixam de ser, portanto, uma nova espécie do gênero contrato de concessão¹⁸⁴, criadas no intuito de se obter uma regulamentação que possibilite estender o contrato de concessão a serviços antes não alcançados, mas que demandavam uma solução para sua necessidade de investimentos.

A própria Lei 11.079/04 traz em si elementos suficientes para a formulação de um conceito das Parcerias Público-Privadas (PPP) tratadas na lei, identificados por Alexandre Santos Aragão nos seguintes termos:

Assim, podemos conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.¹⁸⁵

Além da exigência da contratação envolver necessariamente uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, o escopo de contratação das PPP's foi ainda limitado pela Lei 11.079/04, que estabeleceu a vedação para contratações inferiores a vinte milhões de reais¹⁸⁶ ou por período de

¹⁸⁴ Concessão em sentido amplo, abrangendo as espécies concessão de serviço público; concessão de obra pública; concessão de uso; concessão de direito real de uso; etc.

¹⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Aragão. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr/jun. 2005. p. 122.

¹⁸⁶ Segundo Gustavo Binenbojm, o artigo 2º, §4, inciso I, que veda a celebração de contratos de parceria público privado cujo valor seja inferior a vinte milhões de reais, trata-se de norma de conteúdo específico aplicável somente aos contratos celebrados pela Administração Pública federal, isto porque a ordem de grandeza de projetos e empreendimentos levados a efeito no âmbito federal é consideravelmente maior que a maioria dos demais entes federativos. “Assim, embora isso possa parecer uma porta aberta a abusos, entendo que cada ente federativo deve fixar seus próprios limites mínimos, compatíveis com a sua realidade sócio-econômica, mas sem descurar do fato de que as PPPs se destinam a situações excepcionais e que requeiram investimentos iniciais vultuosos do parceiro privado.” (BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 241, p. 159-175, jul/set 2005, p.168/169). Alexandre Santos de Aragão discorda deste entendimento, justificando que o que a Lei pretende é que as PPPs não sejam utilizadas para projetos que não tenham grande magnitude. Assim, “o fato desse legítimo objetivo geral muitas vezes não ser aplicável a pequenos municípios não faz com que a norma deixe de ser geral, já que combina o princípio da economicidade com o princípio da eficiência, centrando os escassos recursos públicos disponíveis em projetos que realmente sejam capazes de dar sustentabilidade ao desenvolvimento.” (ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr/jun. 2005. p. 122).

prestação do serviço inferior a 5 (cinco) anos ou superior a 35 (trinta e cinco) anos.¹⁸⁷

Outra limitação estabelecida pela Lei com a finalidade de facilitar a caracterização da Parceria Público-Privada é a vedação de celebração de contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.¹⁸⁸

A lei tratou ainda de fazer a necessária distinção entre as duas modalidades de concessão por ela regulamentada, delimitando o objeto que deve permear cada uma dessas formas jurídicas desta contratação. A concessão patrocinada, tratada no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 11.079/94¹⁸⁹, e concessão administrativa, definida no parágrafo segundo do mesmo artigo¹⁹⁰.

A concessão patrocinada possui um objeto mais bem delimitado e menos controvertido, sendo conceituada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro da seguinte forma:

É possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a administração pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.¹⁹¹

Na forma patrocinada, a PPP possui traços fortes de semelhança com a concessão comum, tanto que a própria Lei 11079/04 estabeleceu, em seu artigo 3º, parágrafo primeiro, a aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, bem como das demais que lhe forem correlatas. O principal fator de diferenciação entre os dois institutos é

¹⁸⁷ Art. 2º, § 4º. c/c art. 5º, inciso I, da Lei 11.079/2004 (anexo).

¹⁸⁸ Art. 2º, § 4º, inciso III, da Lei 11.079/2004 (anexo).

¹⁸⁹ Art. 2º, § 1º, da Lei 11.079/2004: “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

¹⁹⁰ Art. 2º. §2º da Lei 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.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

que, na concessão patrocinada, a amortização dos investimentos privados é feita, ao mesmo tempo, pela cobrança de tarifas dos usuários e pagamento do próprio erário¹⁹², o que não ocorre na concessão comum, onde a remuneração do concessionário deve advir necessariamente das tarifas cobradas dos usuários dos serviços, ou por receitas alternativas, desde que não envolvam pagamentos de natureza pecuniária feitos pela Administração Pública.¹⁹³

Uma diferença fundamental entre estas duas formas de concessão diz respeito à assunção dos riscos do empreendimento. Enquanto a Lei 11.079/04 estabelece como uma das diretrizes da Parceria Público-Privada a repartição objetiva de riscos entre as partes¹⁹⁴, a Lei n° 8.987/95 prevê enfaticamente a assunção da execução da obra ou serviço pelo concessionário, por sua conta e risco.¹⁹⁵

De acordo com Alexandre Santos de Aragão a divisão de riscos nas PPPs – que vai além dos riscos referentes a fatos imprevisíveis – permite uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento

¹⁹² Salvo autorização legislativa, a contraprestação pecuniária do Poder Público não poderá corresponder a mais de 70% da remuneração do parceiro privado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora o artigo 2º, §1º, da Lei 11079, ao definir a concessão patrocinada, fale em contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, essa contraprestação pode assumir todas as formas previstas no artigo 6º da lei (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 149). Carlos Ari Sunfeld, apresenta um entendimento diferente, no sentido de que as outras formas não-pecuniárias previstas no artigo 6º (III e IV) enquadram-se no conceito de receitas alternativas a que alude o art. 11 da lei de concessões, mas o mero do fato de um concessionário recebê-las não faz de si contrato uma concessão patrocinada. Para este autor, na concessão patrocinada deve haver necessariamente prestação pecuniária. “Mas, ao contrário do que fez quanto a concessão patrocinada (art. 2, §1º), a lei não exige que na concessão administrativa a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá ser por outras formas do artigo 6º.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32/33).

¹⁹³ “Embora o traço distintivo que o §3º do art. 2º estabeleceu entre a concessão comum e a PPP tenha sido a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, isso não significa que a Administração esteja impedida de efetuar pagamentos adicionais ao concessionário na concessão comum. Primeiro, porque há ocasiões em que a Administração possui o dever de fazer pagamentos ao concessionário, notadamente para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão comum. Segundo, por ser admissível que a Administração, mesmo na concessão comum regida pela Lei 8987 e ainda antes da Lei de PPP, realize pagamentos adicionais e permanentes ao concessionário, com natureza sinalagmática e em periodicidade regular. Tal era viável mesmo antes do advento da Lei de PPP, embora esse sistema estivesse descoberto das garantias especiais contra o inadimplemento do poder concedente, o que a Lei de PPP tendeu a solucionar com as estipulações do art. 8º” (OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 123)

¹⁹⁴ Artigo 4º, inciso VI, e artigo 5º, inciso III, da Lei 11.079/2004 (anexo).

¹⁹⁵ vide artigos 2º, incisos II, III e IV da Lei 8.987/ 95 (exceto fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*).

inicial do contrato. Nas PPPs poderão ser incluídos elementos para revisão da equação econômico-financeira do contrato como, por exemplo, a previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não são considerados como fatos imprevisíveis.¹⁹⁶

A lei não estabelece uma diretriz sobre a forma de divisão dos riscos entre as partes, mas exige que a mesma esteja devidamente delineada no contrato.¹⁹⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro concorda que, embora a Lei nº 11.079/04 não fale em equilíbrio econômico-financeiro, não há como negar às partes a observância desse direito. Para a autora, na concessão patrocinada, tal direito decorre da aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, em especial os artigos 9º e 10. Na concessão administrativa, em que pese não existir disposição expressa nem aplicação subsidiária dos artigos 9 e 10 da Lei 8.987, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro resulta de princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade, indisponibilidade do interesse público¹⁹⁸.

Nas PPPs, a possibilidade de divisão dos riscos com o Poder Público soma-se ainda, a favor do parceiro privado, às garantias oferecidas pelo Poder Público para consecução do projeto e seu financiamento, o que não ocorre nas concessões comuns.

As garantias previstas na Lei Federal podem ser resumidas em: vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais; contratação de seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais e, também, por fundo garantidor ou empresa estatal criada com essa finalidade¹⁹⁹.

A instituição de uma gama de garantias a favor do parceiro privado tem como finalidade principal assegurar a este e aos possíveis financiadores do projeto, a proteção de seu crédito e a garantia do retorno do investimento aplicado, em face dos riscos políticos de se fazer um contrato com a Administração Pública por um

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Aragão. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr/jun. 2005, p. 139.

¹⁹⁷ Artigo 5º, inciso III, da Lei 11.079/2004 (anexo).

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6º. Ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 154.

¹⁹⁹ Artigo 8º da Lei 11.079/2004 (anexo).

longo período, e cujo retorno financeiro somente será obtido após a disponibilização do serviço objeto do contrato.²⁰⁰

No caso de um descumprimento contratual pelo Estado, a possibilidade da lide não precisar ser levada ao Poder Judiciário afigura-se como outra forma de garantia estabelecida pela Lei 11.079/04. O artigo 11, III, prevê o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei de Arbitragem.²⁰¹

Para os contratos celebrados pela União Federal a Lei regulou ainda a criação de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, cujo fim é justamente prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias objeto da lei, facilitando o caminho dos credores na cobrança das dívidas do Estado as quais normalmente são realizadas por meio de precatórios.

O que torna esta opção de garantia interessante é o fato de que terá natureza privada, com patrimônio próprio e separado do patrimônio de seus cotistas, quais sejam a União, suas autarquias e fundações públicas.

Tendo em vista que o objetivo central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo, a partir de investimentos realizados pelo concessionário desde o início do projeto e com a sua remuneração condicionada à efetiva execução do serviço, Carlos Ari Sunfeld ressalta não só a necessidade de oferecer garantias que convençam o particular a realizar os investimentos mas também de impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros.²⁰²

Por esta razão é que a Lei 11.079/04 determinou, no âmbito das contratações de Parcerias Público-Privadas federais, a instituição por decreto de um órgão gestor com competência para definir os serviços prioritários para execução no

²⁰⁰ Artigo 7º da Lei 11.079/2004 (anexo).

²⁰¹ A respeito do tema, sugere-se o artigo *Arbitragem e Parceria Público Privada*, de Eduardo Talamini (in TALAMINI, Eduardo ; JUSTEN, Monica Spezia (coord). *Parcerias Público-Privadas*, um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 333-358) onde o jurista ressalta a questão da patrimonialidade do direito envolvido como requisito á admissão da arbitragem na PPP.

²⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

regime de PPP, autorizar e disciplinar a sua contratação, bem como acompanhar a execução dos contratos.²⁰³

Outras duas características típicas de um contrato de PPP são: o compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco do crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, prevista no artigo 5º, inciso IX, e a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito específico para implantar e gerir o objeto de parceria, conforme estabelece o artigo 9º da Lei.

A concessão administrativa segue o mesmo regramento da concessão patrocinada, diferenciando-se desta quanto ao seu objeto e forma de remuneração, afastando-se em semelhança da concessão comum, mas aproximando-se do contrato de terceirização de serviços e de empreitada de obras²⁰⁴. Ao contrário da patrocinada, na concessão administrativa não há a aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, mas tão somente a incidência adicional dos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da mesma lei, bem como do artigo 31 da Lei 9.074/1995.

O objeto vem delimitado no §2º do artigo 2º da Lei 11.079/04 como sendo “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Desta feita, “a concessão administrativa difere da concessão comum e da concessão patrocinada, por envolver não apenas a outorga de serviço público, mas a prestação genérica de serviços – públicos ou de terceiros – direta ou indiretamente para a Administração.”²⁰⁵

Esta modalidade deve ser utilizada quando for inviável a cobrança de tarifas dos usuários, seja por motivos econômicos ou sociais, por vedação jurídica, ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado.

²⁰³ Artigo 14 da Lei 11.079/2004 (anexo).

²⁰⁴ Em que pese as semelhanças, não há como confundi-la com terceirização de serviços e empreitada de obras públicas. O artigo 2º, §4º, III, da Lei 11079/04 estabelece que na parceria público-privada o objeto do contrato não se restringe à execução de obra ou ao fornecimento de mão-de-obra e bens, estando os mesmos vinculados à prestação de serviços. Na terceirização de serviços não há disponibilização de infra-estrutura pelo concessionário, mas tão somente a prestação do serviço, enquanto que na empreitada de obras há apenas a disponibilização da infra-estrutura, inexistindo a prestação de serviços.

²⁰⁵ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2006. p. 65/66.

A remuneração a ser prestada pelo Estado pode contemplar qualquer das formas previstas no artigo 6º, não sendo exigida como indispensável à pecuniária²⁰⁶. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.

Assim, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “como a concessão patrocinada supõe serviços públicos que permitam cobrança de tarifa do usuário, os demais serviços públicos, a serem prestados gratuitamente, somente poderão ser objeto de concessão administrativa.”²⁰⁷

A Lei 11.079/04 tratou de introduzir, destarte, duas novas modalidades de contratos de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, traçando diretrizes que devem ser observadas pela Administração Pública para o sucesso dessa contratação.

O artigo 4º da Lei menciona expressamente quais são essas diretrizes a serem cumpridas, e que podem ser resumidas em: eficiência, respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução²⁰⁸, indelegabilidade de funções exclusivas do Estado, responsabilidade fiscal, transparência, sustentabilidade financeira e a tradicional repartição objetiva dos riscos entre as partes.

A princípio, despiciendo seria a lei tratar sobre tais diretrizes, já que as mesmas decorrem de princípios constitucionais que devem ser seguidos em todos os atos e em qualquer contratação realizada pela Administração Pública, principalmente quando se tratar de delegação de serviços públicos, os quais são norteados ainda pelos princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade.

A busca pela eficiência é princípio constitucional inserto no artigo 37 da Constituição da República, e já direcionada à administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como os princípios da moralidade, publicidade e legalidade, aos

²⁰⁶ Ao contrário da concessão patrocinada, conforme já explicado.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6º. Ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

quais correspondem as diretrizes de transparência, responsabilidade fiscal e respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados.

A sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas da contratação, por sua vez, decorrem imediatamente da responsabilidade orçamentária dos órgãos da Administração Pública e do dever de promoção do bem estar social e garantia do desenvolvimento nacional pelo Estado.

De toda sorte, o histórico das contratações realizadas pela Administração Pública brasileira, sempre permeada de casos de ilegalidades, corrupção e má administração dos recursos públicos, justifica a inserção das diretrizes previstas no artigo 4º da Lei.

A questão da responsabilidade fiscal na celebração da PPP e da indelegabilidade de determinadas atividades exclusivas do Estado, em especial, merecem ser frisadas, analisadas e discutidas, já que mais freqüentemente são suscitadas como obstáculos à contratação por meio de PPP, conforme será abordado com mais atenção no tópico seguinte.

A Lei 11.079/04, ao direcionar um artigo exclusivamente para ressaltar as diretrizes de conduta da Administração Pública, reflete a importância e necessidade de sua observância, sob pena da não obtenção de êxito na consecução dos objetivos perseguidos pelo Estado. Não basta tão somente a realização de obras de infraestrutura ou a prestação de serviços públicos. A lei exige que estes sejam realizados com eficiência, vantagem econômica ao Estado, responsabilidade orçamentária, moralidade e legalidade, pois somente desta forma é que se faz possível um efetivo desenvolvimento econômico e social sustentável para o país, o que se constitui como o principal objetivo do Estado com a Lei 11.079/04.

A partir do que fora tratado neste tópico, conclui-se que as parcerias público-privadas, por se apresentarem como uma forma mais segura de contratação pelo parceiro privado - repletas de garantias e proteção contra riscos - e por deterem um forte poder de atração de investidores, devem ser utilizadas com cautela e com observância das diretrizes legais e princípios constitucionais, sob pena de ineficiência na sua finalidade relacionada a satisfação do interesse público.

4.2 A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NAS MODALIDADES PATROCINADA E ADMINISTRATIVA

Como decorrência dos próprios contornos da Lei 11.079/2004, as duas modalidades de contratação de Parcerias Público-Privadas apresentam caráter subsidiário em relação às denominadas 'concessões comuns'. A contratação por meio das novas modalidades de concessão somente será legítima quando restar demonstrada a inviabilidade da contratação por meio da concessão comum de serviço, de obra ou de uso de bem público, bem como a contratação direta em regime de empreitada, seja por manifesto desinteresse dos capitais privados ou pela insuficiência de recursos públicos para o investimento necessário.

Constatando-se, porém, a impossibilidade de contratação pelas formas tradicionais, recorrer-se-á às novas modalidades inauguradas, atentando-se para a espécie que se presta ao atendimento da necessidade apresentada: a concessão patrocinada ou a concessão administrativa.

Importante ressaltar, conforme já mencionado, que houve vedação expressa da Lei para contratação nas modalidades de Parcerias Público-Privadas, cujo objeto seja unicamente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (artigo 2º, §4º, III). Logo, sob qualquer modalidade, a contratação de Parceria Público-Privada envolverá a prestação de algum tipo de serviço ao Estado pelo particular, dentre os quais se encontra a prestação de serviços públicos.

A concessão patrocinada - por exigir a necessidade de uma remuneração parcial do parceiro privado pela própria exploração do serviço (geralmente por meio de cobrança de tarifa dos usuários) - poderá ser utilizada nas mesmas situações passíveis de um contrato de concessão comum, ou seja, na prestação de serviços públicos. Trata-se, portanto, de uma concessão de serviço público sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum.

Pode-se dizer com relação à concessão patrocinada que a mesma se trataria de um espécie do gênero concessão de serviço público.

Esta modalidade poderá ser utilizada, por exemplo, na construção e exploração de rodovias em regiões de pouco tráfego, em que apenas a cobrança de

tarifa dos usuários não é suficiente para remunerar o parceiro privado, ou ainda, pelos mesmos motivos, em estradas que cortam regiões mais pobres, onde o valor da tarifa a ser cobrado dos usuários deve ser mínima possível.

O serviço de coleta de lixo também poderá ser concedido por meio de concessão patrocinada, remunerando-se o parceiro privado através da exploração do serviço (pela venda de resíduos recicláveis, por exemplo) somada ao pagamento realizado pelo parceiro público.

O objeto da concessão administrativa, por outro lado, é bastante controvertido. Em que pese a definição legal de concessão administrativa não fazer alusão à delegação de serviço público, alguns juristas defendem ser possível a utilização para tal finalidade.

A controvérsia decorre da menção feita pela Lei à Administração Pública como usuária indireta dos serviços, o que conduz à possibilidade de o particular desempenhar atividades em proveito imediato de terceiros, sendo ela apenas beneficiária indireta.

De acordo com Marçal Justen Filho, em tais hipóteses, a concessão administrativa poderá envolver serviços públicos. “No entanto, não haverá delegação do serviço público. Ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio. Atuará sempre em prol da Administração Pública. Em outras palavras, seus atos serão atribuídos à Administração.”²⁰⁹

Este entendimento, contudo, não é unânime. Carlos Ari Sundfeld defende que a concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie de concessão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada, sendo que a distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário.²¹⁰

Essa opinião é corroborada por Gustavo Binenbojn que classifica a modalidade de concessão administrativa em duas subespécies: a) concessão

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.556.

²¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30.

administrativa de serviço público; b) concessão administrativa de serviços ao Estado.²¹¹

Neste contexto, será caso de concessão administrativa de serviço público quando envolver a prestação do serviço diretamente ao usuário, sem a cobrança de qualquer tarifa, e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas previstas no artigo 6º da Lei 11.079/2004). Em tal hipótese a Administração Pública é considerada a usuária indireta dos serviços, vez que estes são prestados diretamente pela concessionária à população.

Justificaria-se, portanto, esta modalidade de contratação quando não é possível a cobrança de tarifas de usuários como contraprestação do serviço público prestado. Gustavo Binenbojm utiliza o serviço de coleta de lixo como exemplo de concessão administrativa de serviço público:

Este seria o caso, por exemplo, de um serviço de coleta de lixo, sem cobrança de tarifa dos usuários diretos. A lógica econômica da concessão administrativa de serviço público assemelha-se à da concessão patrocinada, por envolver serviços econômicos não auto-sustentáveis. A diferença é que nesta modalidade, por razões técnicas, políticas ou econômicas, não se afigura viável a cobrança de qualquer tarifa dos usuários diretos, o que justifica que a contraprestação do concessionário fique a cargo do Poder Público, total ou parcialmente (caso haja receitas alternativas suscetíveis de serem geradas).²¹²

Para os juristas que negam a possibilidade de utilização da concessão administrativa para o fim de delegação de serviços públicos, a crítica que se levanta é calcada na alegação de inconstitucionalidade dessa forma de contratação, posto que a ausência de cobrança de tarifa dos usuários, não seria admitida por força do artigo 175 da Constituição da República, sob pena de não se configurar concessão de serviços públicos. Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira explica a controvérsia:

²¹¹ BINENBOJN, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. *In Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro. n. 241, pp. 159-175, jul/set. 2005. p. 162.

²¹² BINENBOJN, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. *In Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro. n. 241, pp. 159-175, jul/set. 2005. p. 166.

Celso Antônio, Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro estão dentre aqueles que defendem vigorosamente que, na concessão de serviços públicos referida pelo art. 175 da Constituição da República, a remuneração do concessionário deve-se dar basicamente pela tarifa cobrada ao usuário ou por outras receitas alternativas, complementares ou acessórias, ou de projetos associados, mas relativos à prestação do próprio serviço. Do que resulta que a concessão administrativa, sendo espécie de concessão de serviço público, não admitiria outra modalidade de contraprestação que não mediante tarifa e demais receitas alternativas etc.²¹³

Esta corrente doutrinária defende que uma tarifa sustentada exclusivamente pelo Poder Público não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra, o que descaracterizaria a parceria como um contrato de concessão. Importante ressaltar que, para Celso Antonio Bandeira de Mello é indispensável, sem o que não se caracteriza a concessão de serviço público, que o concessionário se remunere exclusivamente pela exploração do próprio serviço concedido. Por esta razão, o serviço de coleta de lixo domiciliar, quando prestado por empresa privada ao Poder Público, pode ocorrer mediante simples contrato de prestação de serviços, não sendo caso de contrato de concessão.²¹⁴

Gustavo Binenbojm manifesta-se em defesa da possibilidade de se estabelecer uma política tarifária com base em “tarifa zero” ao usuário, sendo os custos suportados integralmente pela Administração Pública. Seu posicionamento é fundamentado nos seguintes termos:

nada, absolutamente nada, no texto e no espírito do art. 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação dos serviços à população) tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários. (...) O que caracteriza o contrato administrativo de concessão de serviços públicos não é o pagamento da tarifa (ou de tarifa cheia) pelos usuários, mas a circunstância da sua gestão, execução e prestação direta do serviço pelo concessionário ao usuário. Uma política tarifária com tarifa zero pode ser a única ou a melhor que realiza o interesse público em um determinado caso.

²¹³FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2006. p.70/71.

²¹⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7. Jul/Ago/Set 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em 05 jan 2010.

Floriano de Azevedo Marques Neto compartilha deste entendimento:

A própria Constituição (art. 175, parágrafo único, III), o aludir à remuneração nos serviços públicos delegados, faz menção não a tarifas, e sim à política tarifária a ser definida por lei – o que, a meu ver, autoriza inclusive que o legislador defina serviços públicos que sejam objeto de concessão com uma política de subsídios públicos intensa (até mesmo se cogitando de serviços públicos com tarifa zero, como alhures chegou-se a defender).

O fato é que a concessão administrativa, ressalvada a sua nomenclatura, pouco se assemelha à concessão de serviços públicos, tanto que a própria Lei 11.079/2004 resumiu a aplicabilidade subsidiária da Lei 8.987/95 aos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39, além do artigo 31 da Lei 9.074/95.

Conforme asseverado por Ana Lucia Ikenaga Warnecke, o regime jurídico da concessão administrativa não é determinado pela nomenclatura dada pela Lei de PPP. Para ela, se o destinatário do serviço é a própria Administração, não há dúvida de que se trata de uma hipótese de contratação administrativa, mas não será de delegação de serviço público.²¹⁵

Apresenta-se temerário admitir a concessão administrativa de serviço público como uma subespécie de concessão de serviço público. A concessão administrativa deve ser qualificada como um contrato administrativo misto, híbrido, envolvendo um contrato de prestação de serviços e uma concessão de uso ou de obra pública, nomeadamente quando envolver a utilização de instalações privativas do Poder Público ou a execução de obra ou fornecimento de bens.

Paradoxal seria admitir a concessão administrativa para delegação de serviços públicos posto que se a responsabilidade pela remuneração do parceiro privado ficar inteira e exclusivamente atribuída ao Poder Público, este possivelmente continuará sem ter recursos para possibilitar o investimento, assim como já ocorria com as formas de contratação usuais. Neste caso, a sustentabilidade financeira da contratação restará fragilizada, o que não se coaduna com a finalidade da lei. Por esta razão, a única vantagem decorrente desta forma de contratação – o fato da

²¹⁵ WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Encampação e PPP, In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia, (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Um enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. p. 412-413.

remuneração do parceiro privado somente se iniciar após o início da prestação de serviços – não constituirá em diferencial suficiente para contrabalancear os enormes benefícios e garantias ao parceiro privado.

Mas em que pese a concessão administrativa não se adequar – de forma unânime - à delegação de serviços públicos, o mesmo não se pode dizer com relação aos serviços de relevância pública, para com os quais sua utilização terá fundamental importância.

4.2.1 Concessão administrativa e Serviços de Relevância Pública

Os serviços de relevância pública, segundo já estudado, não são passíveis de ser objeto de um contrato de concessão comum uma vez que este somente se configura quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público. Por esta razão, não caberia cogitar de delegação de concessão a alguém para que preste serviços de relevância pública, já que os mesmos não se constituem em serviços privativos do Estado.

Ademais, nos serviços de relevância pública freqüentemente não é possível reclamar contrapartidas dos usuários, como é o caso da prestação de serviços de saúde (artigo 198, 1º, da CF) e de ensino (artigo 206, IV, da CF), hipóteses em que há previsão constitucional de gratuidade na prestação pelo Estado, o que dificultaria a contratação pela modalidade de concessão comum ou patrocinada.

Entretanto, se comparado aos serviços públicos, os serviços de relevância pública admitem uma gama maior de instrumentos de parceria entre o setor público e o setor privado. “Trata-se de domínio em que a atividade de execução direta de serviços e a atividade de fomento administrativo, mediante outorga de títulos especiais, apoio financeiro e acordos de parceria, encontram lugar privilegiado para coexistir.”²¹⁶

²¹⁶MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviços de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.464.

Dada a fundamental importância da prestação desses serviços para a garantia de direitos fundamentais do cidadão, tais como educação, saúde, cultura etc, o Poder Público necessita de um instrumento capaz de atrair os investimentos e o interesse privado na execução e gestão dessas atividades, apresentando garantias concretas que assegurem o cumprimento do contrato.

Logo, a concessão administrativa se afigura como um instrumento adequado ao Poder Público para que este implemente uma parceria com a iniciativa privada no intuito de realizar investimentos nos serviços de relevância pública, conforme justifica Paulo Modesto:

Este modelo pode ser empregado, com sucesso e talvez com maior urgência, também para financiar a ampliação de serviços sociais do estado, em atividades livres à iniciativa privada, de expressiva relevância pública, mas desinteressantes para as empresas sem garantias de rentabilidade mínimas adrede pactuadas e firmemente reconhecidas.²¹⁷

Paulo Modesto exemplifica como a concessão administrativa poderia ser utilizada para delegação de serviço de relevância pública:

Figure-se a hipótese de a União Federal pretender a instalação de um hospital para atendimento gratuito e especializado a portadores de cardiopatias em um Município carente. Não dispondo a União de recursos orçamentários para a construção e operação de um novo hospital no referido Município, nem havendo auto-sustentabilidade econômica no projeto, pela incerteza da demanda e pelo caráter gratuito do atendimento, nem sendo possível a aquisição direta do serviço através de hospitais privados, por ausência de prestadores locais, pode-se cogitar da utilização do modelo da *concessão administrativa*, remunerando-se o concessionário que assuma a construção e operação do novo hospital mediante a previsão contratual de um *percentual de acréscimo* aplicável sobre a tabela geral de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou de uma *estimativa de utilização mínima* de procedimento médicos. Em contrapartida aos investimentos e obras exigidos para a construção do hospital, para aquisição das instalações e manutenção dos serviços, além da remuneração paga a todo empreendedor proprietário de hospital credenciado junto ao SUS, o Poder Público asseguraria ao concessionário uma *remuneração estimada de forma semelhante ao pedágio-sombra* ou aplicaria sobre a *efetiva utilização* de usuários um percentual adicional sobre a tabela de procedimento-padrão do SUS, com vistas à formação da PPP. O usuário não seria onerado com o custo de procedimentos médicos,

²¹⁷ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de 'Serviço Público', 'Serviços de Relevância Pública' e 'Serviços de Exploração Econômica' para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 484.

o Estado não precisaria arcar imediatamente com o investimento de implantação do serviço, e a amortização do capital privado investido ocorreria ao longo do tempo, assumindo o parceiro privado os riscos econômicos de demanda (maior ou menor quantidade de usuários) e outros que lhe sejam assinalados no vínculo que firmar com a Administração.²¹⁸

Outro exemplo possível seria a construção de escolas públicas em regiões de extrema pobreza, localizadas em áreas de difícil acesso. Essas regiões, além de não serem atrativas à iniciativa privada para a exploração econômica do serviço, também enfrentam dificuldades no momento da contratação de serviços terceirizados e até mesmo para o preenchimento das vagas destinadas a contratação de pessoal por meio de concurso público.

Em tais casos, diante dos benefícios contratuais instaurados pela Lei 11.079/2004 seria possível a implementação de uma parceria com a iniciativa privada, por meio da concessão administrativa, para a construção de escolas cumulada com a gestão dos serviços, tais como o de limpeza, merenda escolar, administração de cantinas, contratação de pessoal, jardinagem, conservação etc.

Conforme assevera Alexandre Santos de Aragão, especialmente em relação aos serviços públicos sociais ou culturais, as concessões administrativas revelam um grande espaço para a cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas, inclusive sem fins lucrativos – o chamado terceiro setor.²¹⁹

4.3 OBSERVAÇÕES PELA EFETIVIDADE DA LEI

Uma vez apresentados os motivos e as circunstâncias que levaram o Estado a criar este novo instrumento de parceria entre o setor público e o privado, além de demonstradas suas características, modalidades e as formas como poderão ser utilizadas na delegação de serviços públicos e serviços de relevância pública,

²¹⁸ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de 'Serviço Público', 'Serviços de Relevância Pública' e 'Serviços de Exploração Econômica' para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 481/482.

²¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – ppp's o direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro. Abr./Jun. 2005. p. 118.

necessário se faz, neste momento, estabelecer alguns cuidados que devem ser observados na utilização das Parcerias Público-Privadas.

Tendo sido inauguradas como um instrumento capaz de auxiliar na promoção do desenvolvimento do país, as Parcerias Público-Privadas demandam um especial cuidado do administrador público, a fim de evitar a sua utilização de forma dissonante ao interesse público.

Desde o Relatório da Comissão Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento criada pela Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito de sustentabilidade passou a agregar a noção de desenvolvimento econômico e social.

Segundo o relatório de Brundtland, o desenvolvimento sustentável é aquele que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades. Significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento socioeconômico e de realização humana e cultura, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

Com efeito, toda e qualquer medida tomada pelo Estado com o fim de promover o desenvolvimento socioeconômico do país deve resguardar a sua sustentabilidade, possibilitando um progresso contínuo da humanidade.

A sustentabilidade está vinculada à segurança e à eficiência, estando sempre relacionada às gerações futuras, implicando uma necessária preocupação com o amanhã.

Neste contexto, os projetos implementados por meio das Parcerias Público-Privadas não atenderão ao interesse público se a execução das obras e a prestação dos serviços se der de forma degradante, ineficiente e economicamente insustentável.

No âmbito das contratações federais, de fundamental importância neste sentido o órgão gestor de que trata o artigo 14 da Lei 11.079/2004, já que este possui competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de PPP, autorizar e disciplinar a sua contratação, bem como acompanhar a execução dos contratos.

Desta feita, a contratação de obras e serviços baseados no comprometimento irresponsável dos recursos públicos e na exploração insustentável e degradante dos recursos naturais deverão ser vetadas pelo órgão gestor, priorizando-se projetos capazes de promover um desenvolvimento econômico e social sustentável.

Outrossim, o debate público dos projetos e a realização de um estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação – previstos no artigo 10 da Lei 11.079/2004 – também são instrumentos previstos pela própria lei capazes de possibilitar uma fiscalização contundente a respeito da aprovação de contratações que visem a promoção de um desenvolvimento sustentável.

Entretanto, conforme bem asseverou Adilson Abreu Dallari, não se pode entender as PPPs como uma panacéia, como uma solução mágica, totalmente segura e isenta de dificuldades e até mesmo de contradições.²²⁰

A Lei apresenta alguns pontos frágeis, possibilitando seu uso inadequado principalmente por administradores desprovidos de boa intenção, razão pela qual, desde que implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, as Parcerias Público-Privadas não são unanimidade dentre os estudiosos do Direito Administrativo. O receio na sua utilização e as críticas quanto algumas de suas características são freqüentemente suscitados.

Um dos principais fatores dos quais advém as críticas levantadas sobre a Lei 11.079/04 decorre da falta de confiança dos brasileiros em seus administradores, o que é justificado pelos inúmeros casos de corrupção e desvio de verba pública noticiados diariamente.

Teme-se um desvirtuamento na utilização dos contratos de Parcerias Público-Privadas, ignorando-se seu objetivo primordial de promoção do desenvolvimento econômico e social sustentável, em prol de interesses escusos e restritos de alguns particulares.

Principalmente na modalidade das concessões administrativas de serviços ao Estado, o receio se instaura diante da possibilidade de que administradores públicos descompromissados com a moralidade administrativa venham a usar a

²²⁰DALLARI, Adilson Abreu. Parcerias em transporte público. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 366.

disciplina jurídica da lei das PPPs – com todas as garantias e benefícios ao parceiro privado - para as mesmas situações em que seria exclusivamente aplicável a disciplina dos contratos administrativos da Lei de licitações.²²¹

Freqüentemente, ainda, ressoam argumentos no sentido de que as PPPs seriam uma forma de burlar a Lei de Responsabilidade Fiscal²²², instituída para auxiliar no controle dos gastos públicos. Percebe-se o receio de uma insustentabilidade financeira das contratações por meio de PPP, decorrente do endividamento do Estado por meio de um comprometimento demasiado dos recursos públicos.

Ainda assim, ponderando-se as críticas, os receios e analisando-se os dispositivos da lei, é possível concluir que a culpa por um eventual desvio de finalidade da lei deverá ser atribuída exclusivamente ao administrador público - individualmente considerado - e não a uma falha Estatal na elaboração da lei.

Isto porque, as normas estabelecidas pela Lei 11.079/2004 demonstram uma preocupação em instituir alguns mecanismos de controle e de limites às administrações no que se refere ao empenho das finanças públicas, bem como de restrições à contratação das Parcerias Público-Privadas, como se pode extrair, por exemplo, dos artigos 4º, 10, 22 e 28 da Lei ²²³.

²²¹ Ademir Montes Ferreira e Jonábio Barbosa Santos manifestam-se neste sentido, fazendo um alerta quanto a utilização das PPPs; “Embora com aspectos bastante atraente, as parcerias público-privadas devem representar a última opção do administrador, quando forem inexistentes os recursos necessários para a implantação de serviços e obras fundamentais ao desenvolvimento do país e ao atendimento das necessidades da população, justificando-se, apenas, quando não houver a possibilidade de transferência para o parceiro privado do risco econômico de empreendimentos de interesse público. Caso contrário, os serviços auto-sustentáveis passarão a ser contratados pelo modelo de parcerias, como forma de melhor proteger o capital privado, enquanto as necessidades sociais em setores deficitários quedarão esquecidas no rol das prioridades públicas.” (FERREIRA, Ademir Montes; SANTOS, Jonábio Barbosa. *As Parcerias Público-Privadas e o Sistema Normativo Brasileiro. Revista IOB de Direito Administrativo*. v.1, São Paulo: IOB Thomson, n. 8, pp. 110-150, ago. 2006. p. 148.)

²²² Esse argumento decorre do fato de que os gastos do governo com as contraprestações dos contratos de PPP poderão ser contabilizados como gastos correntes (caracterizado como pagamento por serviço) e não como dívida do setor público (caracterizada como pagamento para a aquisição de um ativo), conforme explica Alexandre Aragão Santos. (ARAGÃO, Alexandre Aragão. *As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr/jun. 2005. p. 126). Na realidade, a Lei das PPPs não optou por qualquer dessas categorias, aludindo - quanto aos critérios para fazer a classificação do gasto em uma ou outra categoria – a uma regulamentação esclarecedora a ser editada pela Secretaria do Tesouro Nacional (art. 10, I, “c”, primeira parte, c/c o art. 25).

²²³ Inteiro teor da lei em anexo.

Percebe-se, com isso, que a Lei 11.079/04, além de inserir uma nova modalidade de contratação que possibilita a execução de obras e prestação de serviços que até então o Estado não detinha a capacidade de realizar, preocupou-se também em traçar diretrizes de conduta e de proteção do instituto, com a finalidade de assegurar o sucesso dessas novas parcerias. Eventual insucesso não deve ser atribuído a uma falha legislativa, mas ao uso inadequado do instrumento.

Importante lembrar que o receio decorrente da falta de confiança no administrador público não é exclusivo da PPP, estando presente em qualquer contratação envolvendo dinheiro público. Adilson Abreu Dallari menciona, com razão, que “as concessões de serviços públicos comuns continuam enfrentando problemas decorrentes da indefinição regulatória e da insegurança jurídica. Não existe vacina contra políticos oportunistas e inescrupulosos, que criam dificuldades para vender facilidades.”²²⁴

Adilson Abreu Dallari ressalta ainda a importância da ampla publicidade dos procedimentos realizados como forma de conter o desvio de finalidade da Lei:

Para que se possa alcançar um mínimo de segurança, é indispensável que os contratos de parcerias sejam precedidos de ampla publicidade, com efetiva possibilidade de participação pelos interessados. Primeiramente porque a publicidade é a maior arma contra a corrupção; e em segundo lugar porque é preciso dar espaço aos que sempre são contra tudo (Hay Gobierno, sou contra), para que possam se manifestar antes da celebração do contrato. É indispensável, ainda, a participação da sociedade nos organismos de controle das parcerias, para evitar desvio de quaisquer das partes.²²⁵

Realizado um alerta quanto à necessidade de uma fiel observância pelo administrador público dos dispositivos da Lei 11.079/2004, principalmente no que se refere aos seus objetivos e diretrizes – a fim de possibilitar contratações eficientes e direcionadas para projetos prioritários, que visem o desenvolvimento econômico sustentável do país - necessário outro alerta no que se refere ao limite do objeto das contratações.

²²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Parcerias em transporte público. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 366.

²²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Parcerias em transporte público. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 366.

Referido alerta passa pela necessidade de observância do artigo 4º, III, da Lei 11079/2004, o qual fez especial destaque à questão da indelegabilidade das funções e atividades exclusivas do Estado, razão pela qual seu estudo e interpretação exigem uma maior atenção.

4.3.1 Indelegabilidade das funções e atividades exclusivas do Estado.

A questão da indelegabilidade das funções do Estado ganhou relevância no Brasil a partir da década de 90, com o início do movimento de Reforma Administrativa e a propagação das idéias neoliberais. O objetivo de redução do aparelhamento do Estado nas mais diversas atividades e a difusão das parcerias com o setor privado para o exercício de atividades da Administração Pública acabou por fomentar um debate a respeito da limitação jurídica à terceirização no âmbito da função administrativa.

A discussão justifica-se pela relevância do tema. Determinadas competências caracterizam-se como funções típicas estatais indelegáveis à gestão privada, por traduzirem atividades que pressupõem o exercício do poder estatal destinado à realização de valores fundamentais e decorrem, notadamente, do conteúdo do princípio da República, que impõe a reserva de poderes instrumentais à satisfação do interesse do povo nas mãos do Estado.

O trespasse de tais atividades a particulares não pode ser admitido ante o risco de frustração de objetivos constitucionais que deverão ser perseguidos pelo Estado, o que torna as competências instrumentais a esse fim inalienáveis e intransferíveis.

Dentre as atividades que refletem o poder de império do Estado e que são, destarte, indelegáveis, estão aquelas essenciais à produção e à aplicação do Direito, do monopólio da força e da imposição de tributos.

José Roberto Pimenta de Oliveira coloca, ao lado do Princípio Republicano, outros três princípios fundamentais para a exata compreensão da indelegabilidade dessas atividades, 1) o princípio da isonomia, “que inadmite qualquer tratamento jurídico dos administrados desgobernado de critérios logicamente respaldados nos

valores constitucionais que visa a realizar”; 2) o princípio da legalidade, que impede qualquer disposição contratual sobre o exercício de deveres-poderes que juridicamente não poderão ser desatrelados do órgão ou ente governamental habilitado a titularizá-lo; 3) princípio da moralidade, que condena o mero trespasse a entes privados de atividade estatal condicionadora de direitos.²²⁶

A privatização das atividades estatais deve resguardar, portanto, o limite das funções indelegáveis, sob pena de ofensa aos princípios basilares do Estado de Direito, e aos objetivos primordiais do Estado.

Neste sentido, a Lei 11.079/2004 tratou de ressaltar expressamente, dentre suas diretrizes, a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.”²²⁷ Em que pese a obviedade do preceito, a menção feita pela lei não é de todo despicienda²²⁸ tendo em vista a amplitude do conceito estabelecido nos parágrafos de seu artigo segundo.

Conforme identifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressalvados os casos do artigo 4º, III, da Lei 11.079/04, tudo o mais pode ser objeto de concessão.²²⁹ Para esta autora, a abrangência das atividades passíveis de concessão administrativa é tanta que “se não fosse a limitação do artigo 22²³⁰ da Lei 11.079/2004 e uma

²²⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 415/416.

²²⁷ Artigo 4º, inciso III, da Lei 11.079/2004

²²⁸ “Mas e se a lei não tivesse assim estatuído? Acaso tais atividades teriam passado a ser delegáveis? Simplesmente prescindível o texto, por conseguinte, encontrando razão apenas no já mencionado risco da interpretação literal. Qualquer que seja o ângulo pelo qual se analise o dispositivo, a constatação é desconcertante: poderia a lei ter estabelecido que, mediante a constituição de parcerias público-privadas, determinadas atividades exclusivas do Estado poderiam ser delegadas a particulares?” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29.). Uma resposta a este questionamento pode ser retirada da análise de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira: “Tendo em vista que a lei deve ter fundamento de validade na Constituição e não o contrário, segue-se que realmente a lei não poderia ter disposto de modo diverso daquele do inciso III, do artigo 4º transcrito. Rigorosamente nem precisava tê-lo dito, porque decorrência natural da Constituição. Mas, em tempos de acerbadada ‘contratualização’, não é despiciendo fazê-lo, a fim de evitar a ‘carnavalização’ da interpretação constitucional.” (FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2006. p. 55/56.)

²²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 144.

²³⁰ Art. 22. “A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos

limitação natural decorrente da insuficiência de recursos financeiros para essas parcerias, poder-se-ia prever uma privatização em massa da Administração Pública”²³¹.

A concessão administrativa, em especial, por não estar totalmente identificada às atividades estatais enquadradas como serviços públicos, justifica uma preocupação ainda maior, já que seu objeto pode abarcar um leque bem mais amplo de atividades administrativas e de gestão.

Constituindo o artigo 4º, inciso III, a única limitação material²³² ao uso das PPP's, o objeto do contrato a ser firmado com a iniciativa privada deve estar bem delineado, a fim de que não acabe por abranger atividades tipicamente indelegáveis. Por esta razão, a doutrina vem se posicionando no sentido de que “questões estratégicas e políticas, em setores como defesa e segurança pública e mesmo nas áreas de educação e saúde demandam cautela no uso das parcerias.”²³³

E, em que pese uma apreciação superficial do assunto apontar para uma facilidade de delimitação das atividades passíveis de se tornarem objeto de Parcerias Público-Privada (dando a entender ser “todas as atividades que não sejam exclusivas do Estado”), uma análise mais detida das situações fáticas refletem uma complexidade a princípio inesperada.

Constata-se que até mesmo dentro das funções indiscutivelmente indelegáveis, como é o caso do Poder de Polícia, podem existir atividades passíveis de exploração pela atividade privada, conforme ensina o professor Fernando Vernalha Guimarães.²³⁴

contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 144.

²³² A expressão 'limitação material' está sendo utilizada para classificar a limitação quanto ao conteúdo (tipo da atividade estatal), diferentemente do que seria uma limitação formal, referente, por exemplo, ao valor do investimento, prazo do contrato, etc.

²³³ FERREIRA, Ademir Montes; SANTOS, Jonábio Barbosa dos. As parcerias público-privadas e o sistema normativo brasileiro. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 1, São Paulo: Thomson, n. 8, p. 110-150, ago. 2006. p. 116.

²³⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As parcerias Público-Privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 390/391.

A despeito de reconhecida a indelegabilidade de algumas competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública, hipóteses existem em que os participantes poderão desempenhar atividades instrumentais e acessórias ao exercício destas competências. A doutrina tem examinado a questão. Nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos) não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência na propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia. Nestas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada.

São consideradas atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do Poder de Polícia, por exemplo, os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.

No caso da administração dos estabelecimentos prisionais, não há dúvidas de que as atribuições de caráter disciplinar devem ser exercidas por servidores do Poder Público, enquanto serviços de fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas são passíveis de delegação ao setor privado.

A controvérsia começa a surgir quando a análise envolve serviços imediatamente instrumentais à manifestação das competências dotadas de coação administrativa, como é o caso das atividades de suporte à segurança e vigilância interna do presídio, a exemplo do monitoramento eletrônico. A dificuldade se manifesta em delimitar até que ponto tal atividade trata de mero instrumento ao exercício do Poder de Polícia²³⁵, passando a se confundir com atividade indelegável do Estado.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a questão se resolve pela distinção do ato como expressivo de uma determinação de autoridade pública ou ato como mera atividade material de fiscalização passível de ser realizada por instrumentos precisos, como ocorre no uso de máquinas que conservam registrados os dados apurados para fins de controle governamental.²³⁶

²³⁵ Carlos Ari Sundfeld ensina que “há, porém, larga margem para discussão quanto ao sentido da expressão ‘exercício do poder de polícia’, que é tudo menos precisa na linguagem jurídica.” Para este jurista, a melhor tendência é a de interpretá-la como sinônimo de ‘exercício do poder de autoridade’, isto é, de coação (exemplo: o de apreender veículos irregulares na estrada). (SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.)

²³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7,

Para o jurista, serão delegáveis os atos de fiscalização realizados em concurso com a tecnologia moderna, quando estes propiciarem aferições exatas, libertas de impessoalidade e revestidos de objetividade:

Para execução desta atividade material, precisa por excelência e desde que retentora de dados para controle governamental, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, os quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí porque não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

Como exemplificação, o autor utiliza o caso de instalação de parquímetros de propriedade e sob a guarda de empresa privada contratada pelo Poder Público. O posicionamento adotado neste caso é de que a expedição de multa por tais máquinas não pressupõe delegação ao particular para a prática de ato jurídico de polícia, já que, na realidade, a multa estará sendo expedida pelo próprio Poder Público, sendo que a máquina em apreço se trata de mero veículo para prolação do ato administrativo. Além disso, neste caso, não haveria a prática de atividade alguma do particular, exceto a guarda e manutenção do equipamento, já que a produção do ato seria automática.²³⁷

Tratando-se, portanto, de ato material instrumental e preparatório, destituído de atribuição de poder a determinado particular e incapaz de engendrar um desequilíbrio entre os administrados em sua relação com a Administração Pública, válida e desejada se apresenta a utilização de equipamentos tecnológicos e a gestão dos mesmos pela iniciativa privada, como forma de auxílio na prestação das atividades estatais.

Nessas situações, com efeito, figurando a administração pública como usuária direta dos serviços, admitir-se-á a contratação por meio de concessão

julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 06 jan 2010.

²³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 06 jan. 2010.

administrativa, atribuindo-se à iniciativa privada sua instalação e gestão, já que não haverá delegação de função estatal.

O mesmo se pode dizer das atividades instrumentais à atividade jurisdicional do Estado, como é o caso da administração dos cartórios judiciais e da delegação de atividades de informatização processual.

Outra questão que tem implicação nesta análise deriva da imprecisão terminológica do artigo 4º, III, que é apontada pelo professor Carlos Ari Sunfeld, no sentido de que “não há em nossa doutrina um conceito definido sobre o que seriam as “atividades exclusivas do Estado”, tampouco a própria lei 11.079/2004 tratou de formulá-lo.”²³⁸

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são aqueles que não podem ser objeto de delegação. São apenas duas hipóteses: serviço postal e correio aéreo nacional. A exclusividade ocorre pelo fato das atividades referidas não estarem elencadas no rol do inciso XII, do artigo 21, da Constituição da República.

Este entendimento, contudo, é bastante controvertido. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 220.906-9/DF, decidiu que os serviços postais se configuram como monopólio estatal. Em sendo monopólio estatal, tais serviços estariam excluídos da categoria de serviços públicos e incluídos no rol das atividades econômicas que foram afastadas dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Ocorre que o artigo 177 da Constituição, ao elencar as atividades objeto de monopólio estatal não fez menção aos serviços postais. Outrossim, o artigo 21, X, atribuiu à União apenas a manutenção dos serviços, deixando de dispor sobre a sua efetiva prestação.

Percebe-se, portanto, que questão é polêmica e sua discussão bastante complexa, motivo pelo qual não há espaço neste trabalho para esmiuçar a

²³⁸ “[...] Ademais, a indelegabilidade também ficou vinculada a um conceito em branco (‘outras atividades exclusivas do Estado’), cujo preenchimento depende de categorias – de resto, bastante polêmicas – que não se encontram na Lei das PPPs.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38).

controvérsia. O que importa, neste momento, é tentar delimitar quais seriam as “atividades exclusivas do Estado” mencionadas no artigo 4º, III, da Lei 11.079/2004.

Dependendo do entendimento que se adote é possível considerar que, além das funções estatais indelegáveis à iniciativa privada, a lei fez menção aos serviços postais e ao correio aéreo nacional, nos termos do inciso XII do artigo 21 da Constituição.

Partindo-se da premissa de que tais serviços se constituem monopólio estatal, figurando na mesma categoria das atividades elencadas no artigo 177 da Constituição, a conclusão será pela vedação ao uso das Parcerias Público-Privadas para atividades de monopólio do Estado, o que seria de todo despiciendo.

5 CONCLUSÃO

A história do Brasil é marcada por inúmeras transformações grandiosas ocorridas em pouco espaço de tempo, tendo sido consagrado apenas há pouco mais de duas décadas um Estado social e democrático de direito. Ainda assim, nestes aproximados 22 anos transcorridos desde então, as transformações não cessaram, e o Estado continua tentando se adaptar às mudanças que ocorrem na sociedade com o objetivo de cumprir os objetivos que lhe foram atribuídos.

A sociedade, cada dia mais crítica, mais intelectualizada e moralmente aprimorada, exige uma mudança de conduta por parte do Estado, não apenas por meio de prestações concretas de utilidade e comodidade material, mas também por ações e omissões que resguardecem direitos fundamentais de todos os graus ou gerações.

Até alguns anos atrás, não se falava em consciência ecológica, pouco se aludia em direitos humanos. A noção de desenvolvimento era atrelada única e exclusivamente ao crescimento econômico do país.

Entretanto, a partir do momento em que o Estado passou a se preocupar e a assumir a responsabilidade pelo bem-estar social, avançava-se um degrau na escada da evolução em direção ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Agora, conquistados mais alguns degraus, olha-se para baixo e se percebe a primeira inconsistência do passado, a de que o Estado não é capaz de sozinho suprir todas as necessidades sociais de forma a acompanhar as transformações no modo de vida dos cidadãos, as quais ocorrem num ritmo bem mais acelerado. Da mesma forma, constata-se uma segunda inconsistência, a de que não basta ao Estado tão somente promover medidas que visem a um desenvolvimento econômico do país, se as providências neste sentido não estiverem assentadas em medidas sustentáveis e que visem a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos.

Como consequência, iniciou-se na década de noventa uma série de parcerias entre o setor público e o privado, delegando-se a este último algumas atribuições estatais antes reservadas exclusivamente àquele, resultando num

desafogamento da máquina estatal e na prestação de serviços públicos mais eficientes à população.

A delegação de serviços públicos não implicava a desvinculação da figura do Estado de seu papel de promotor de direitos fundamentais. Ao contrário, a busca por novos instrumentos de parceria foi apresentada como um meio do Estado alcançar os objetivos constitucionais através de condutas positivas e palpáveis, sem olvidar de proteger os cidadãos contra a atuação abusiva da iniciativa privada.

Nesta toada, emergiu no ordenamento jurídico a Lei 11.079/2004 que institui as Parcerias Público-Privadas no Brasil, com a primordial finalidade de estimular a execução de obras e serviços de infraestrutura, promovendo o desenvolvimento socioeconômico do país por meio da atração de capitais privados para atividades de interesse público.

Este modelo de contratação foi inspirado em experiência estrangeira, posto que, sopesando-se os casos, em termos de sucessos e insucessos, verificou-se que, em geral, os países que adotaram esta forma de contratação conseguiram viabilizar um volume de investimentos superior ao que seria possível com os mecanismos tradicionais, executando de forma mais rápida e eficiente os projetos de infraestrutura e serviços.

Vislumbrou-se nas Parcerias Público-Privadas uma forma do Estado tentar atingir um de seus objetivos primordiais – e que se caracteriza como um direito fundamental de terceira geração – qual seja o de promover o desenvolvimento socioeconômico do país.

Com efeito, corroborando das lições de Amartya Sen, tem-se que o desenvolvimento de um país está essencialmente ligado às oportunidades que ele oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania. A expansão da liberdade é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento.

Por esta razão, a política pública tem importância crucial na criação de oportunidades sociais. A prestação de serviços públicos de qualidade é uma forma eficaz de proporcionar a liberdade aos cidadãos para que estes possam exercer suas habilidades produtivas.

Somente um povo servido de serviços públicos de qualidade - tais como educação, saúde, segurança, transporte etc. - pode sentir-se livre para canalizar seu potencial produtivo para o exercício de atividades econômicas.

Concluiu-se, nesta senda, que o Estado somente atingirá os fins pretendidos quando possibilitar um desenvolvimento nacional não apenas no sentido de crescimento econômico, mas no sentido social e sustentável, e, para esta missão, as Parcerias Público-Privadas podem ser instrumentos de grande valia.

Uma análise dos principais dispositivos da Lei 11.079/2004 demonstrou, por um lado, a preocupação do legislador em estabelecer mecanismos de atração do capital privado – principalmente através do oferecimento de garantias concretas do cumprimento da obrigação pela Administração. De outro vértice, restou evidenciado o cuidado para com as questões de interesse público, em especial as que envolvem a responsabilidade fiscal, a eficiência e a transparência nos procedimentos e no emprego dos recursos da sociedade, a fim de que as contratações resultem em efetivas vantagens socioeconômicas ao Estado.

No que se refere à prestação de serviços públicos, as duas modalidades de contratação estabelecidas pela Lei 11.079/2004 – concessão patrocinada e concessão administrativa – ensejam aplicações distintas.

Partindo-se de uma classificação que distingue serviços públicos de serviços de relevância pública, a pesquisa direcionou-se para a conclusão de que a delegação de serviços públicos poderá se valer dos benefícios da Lei 11.079/2004 desde que contratada pelo modelo da concessão patrocinada, enquanto os serviços de relevância pública poderão ser melhor estimulados através de contratos de concessão administrativa.

A concessão patrocinada – que ao lado da concessão comum se configura como uma nova espécie do gênero contrato de concessão - possibilitará a delegação de serviços públicos nos casos em que apenas a exploração do serviço não é suficiente para remunerar o parceiro privado, justificando a necessidade de uma remuneração por parte do parceiro público. Com isso, áreas até então desprezadas pela iniciativa privada e inalcançadas pelas “mãos” do Estado poderão finalmente contar com a prestação de serviços públicos por meio de parcerias entre os dois setores.

A concessão administrativa, por sua vez, apresenta-se como um instrumento viável para implementação de parcerias entre o setor público e o setor privado envolvendo serviços de relevância pública, principalmente em razão destes não se constituírem serviços privativos do Estado, não sendo, portanto, passíveis de delegação por meio de contrato de concessão.

Ademais, em relação aos serviços de relevância pública freqüentemente não é possível reclamar contrapartidas dos usuários, como é o caso da prestação de serviços de saúde (artigo 198, 1º, da CF) e de ensino (artigo 206, IV, da CF), hipóteses em que há previsão constitucional de gratuidade na prestação pelo Estado, o que dificulta a contratação por meio da concessão comum ou patrocinada.

Cada uma das modalidades apresenta, portanto, uma utilidade específica, mas ambas se configuram como instrumento de viabilidade para execução de obras e serviços em prol do desenvolvimento do país.

A escalada em rumo a um país inteiramente desenvolvido socioeconomicamente ainda é longa; inúmeros degraus deverão ser transpostos, e alguns anos serão demandados. O desafio não é fácil, mas cada pequeno passo contribui de forma ímpar para o alcance do objetivo final. O que não se pode, em hipótese alguma, é retroceder. Toda e qualquer medida em prol do desenvolvimento deve respeitar os aprendizados já assimilados.

É dizer, o Administrador Público não pode se valer da Lei 11.079/2004 para acolher projetos insustentáveis, que acarretem um endividamento público ou até mesmo um esgotamento de recursos naturais.

A escolha dos projetos deve estar sempre pautada no objetivo de concretizar direitos fundamentais, através da obtenção de vantagens socioeconômicas ao Estado e respeito aos interesses e direitos dos cidadãos.

Neste sentido, deve-se atentar para que o ímpeto de trespassar à iniciativa privada as atividades de incumbência Estatal não atinja as atividades e funções exclusivas do Estado, indelegáveis por natureza.

O certo é que, mais uma vez, o sucesso ou não do instrumento jurídico dependerá da conduta dos administradores públicos e da ponderação no momento de sua utilização.

O instrumento está posto, é legítimo e estabelece todas as diretrizes para a sua correta utilização. A observância de tais diretrizes é incumbência dos administradores, não podendo ser atribuído ao texto da lei eventuais insucessos decorrentes da desídia e até mesmo das más intenções que permeiam determinados agentes públicos.

Se utilizadas da forma como idealizadas, as Parcerias Público-Privadas são aptas a proporcionar a difusão dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública, apresentando-se como um instrumento de grande valia ao desenvolvimento socioeconômico do país.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. A concessão no contexto da reforma do Estado. In MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – ppp's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 240, pp. 105-145, abr/jun. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 237, pp. 1-6. jul/set. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 311-371, jul./set. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BINENBOJN, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, pp. 159-175, jul/set. 2005.

BLANCHET. Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Editora brasiliense, 2006.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In COSTALDELLO, Ângela Cássia (coord.). *Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Juruá: Curitiba, 2005.

BRASIL, Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm > Acesso em: set. 2009.

BRASIL, Lei 9.074 de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm > Acesso em: set. 2009.

BRASIL, Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm > Acesso em: set. 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: out. 2009.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em: out. 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > Acesso em: out. 2009.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm > Acesso em: out. 2009.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Parcerias Público-Privadas*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/Experiencia_Internacional/index.htm> Acesso em 03 out 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo, estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo horizonte: Fórum, 2004.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Parcerias em transporte público. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

DOMINGUES, Guilherme Moro. Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. In COSTALDELLO, Angela Cassia. *Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Jurua, 2005.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. v. II. Paris: Fontemoing e C. Editeurs, 1923.

FERREIRA, Ademir Montes; SANTOS, Jonábio Barbosa. As Parcerias Público-Privadas e o Sistema Normativo Brasileiro. *Revista IOB de Direito Administrativo*. v.1. São Paulo: IOB Thomson, n. 8, pp. 110/150, ago. 2006.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. Belo Horizonte: Forum Administrativo, n. 3, pp. 253-257, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 232, pp.59-82, abr/jun. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As parcerias Público-Privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais. In CASTRO, José Augusto Dias de. TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. v. II. Paris: Marcel Giard, 1934.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do Poder de Polícia. In TELLES, Antonio A. Queiroz. ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). *Direito Administrativo na Década 90: Estudos jurídicos em homenagem ao prof. J.Cretella Junior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOURENÇO, Marcos Santos. *Políticas Públicas e Desenvolvimento*. In SILVA, Christian Luiz da, MENDES, Judas Tadeu Grasi (orgs). Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável. Petrópolis: Vozes, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em: 06 de jan 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V: Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de 'Serviço Público', 'Serviços de Relevância Pública' e 'Serviços de Exploração Econômica' para as Parcerias Público-Privadas. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Público: Conceito e delimitação na ordem constitucional. *In Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Editora Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público privada. *In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. (coord.). Parcerias Público Privadas um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, Nov/dez/jan, 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf> > Acesso em 20 dez 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. *In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ORTIZ, Gaspar Arinõ; MARTINEZ, Juan Miguel de La Cuétera; *et al.* El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. A proposta de PPP no Brasil e as dificuldades concretas. *In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia, (coord.). Parcerias Público-Privadas: Um enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

PORTO, Éderson Garin. Parcerias Público-Privadas – Análise sob ótica do postulado constitucional da subsidiariedade. *In CASTRO, José Augusto Dias de.*

TIMM, Luciano Benetti (org). *Estudos sobre parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização dos direitos fundamentais. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 2.ed. Paris: Dalloz, 1962.

ROCHA, Leonel Severo. *A construção do tempo pelo direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org). Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo: Edições Portão, 2003.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, pp. 23-48, out./dez. 1999.

ROCHA NETO, Alcimor Aguiar. Constituição, Política e economia: estudo hermenêutico sobre o desenvolvimento da esfera pública e do social e como isso pode se efetivar mediante a concretização da constituição. In *Estado, Constituição e Economia*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2008.

SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Contratos de concessão de serviços públicos*. Curitiba:Juruá, 2002.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri: Manole, 2008.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'a brasileira'?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 230, pp. 45-74. out/dez. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 242, pp.109-118, out/dez, 2005.

VALLE. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Encampação e PPP, In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia, (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Um enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

ANEXO – LEI 11.079/2004



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.

Mensagem de veto

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos [arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), e no [art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#). ([Regulamento](#))

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), e nas leis que lhe são correlatas. ([Regulamento](#))

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Capítulo II

DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no [art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos [§§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de](#)

[21 de junho de 1993](#), e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no [inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#);

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do [art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#);

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. 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. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Capítulo III

DAS GARANTIAS

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#);

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Capítulo IV

DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no [parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#).

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Capítulo V

DA LICITAÇÃO

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no [§ 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos [arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de 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 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os [§§ 3º e 4º do art. 15](#), os [arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do [inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#);

II – [\(VETADO\)](#)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#), para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos [incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo:

I - 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;

II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Capítulo VI

DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À UNIÃO

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: [\(Vide Decreto nº 5.385, de 2005\)](#)

- I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

§ 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

- I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;
- II – Ministério da Fazenda;
- III – Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

- I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

§ 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

§ 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

§ 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. ([Vide Decreto nº 7.070, de 2010](#))

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

Art. 17. O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o [inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964](#).

§ 1º O estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas.

§ 2º A representação da União na assembléia dos cotistas dar-se-á na forma do [inciso V do art. 10 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967](#).

§ 3º Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia 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.

§ 2º O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

§ 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

§ 7º Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

Art. 19 O FGP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurando-se a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo.

Art. 20. A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores.

Parágrafo único. Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Art. 21. É facultada 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, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Capítulo VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. Fica a União autorizada a conceder incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, instituído pela [Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003](#), às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas.

Art. 24. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

Art. 26. O [inciso I do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 56

§ 1º

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

....." (NR)

Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

~~Art. 28. A União não poderá conceder garantia e 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 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.~~

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e 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 3% (três por cento) da

receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. [\(Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009\)](#)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

~~§ 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.~~

§ 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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009\)](#)

§ 3º [\(VETADO\)](#)

Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), na [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa](#), na [Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais](#), no [Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967](#), e na [Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950](#), sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

Art. 30. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de dezembro de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ
*Bernard
Nelson Machado*

INÁCIO

LULA

DA

SILVA
Appy

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 31.12.2004

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)