



As parcerias público-privadas e as transformações da administração pública brasileira

A presente pesquisa tem por objeto analisar o regime das Parcerias Público-Privadas, que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 11.079/04, como novas formas de contratação, na modalidade de concessão, entre o setor privado e o Estado.

Em virtude disso, em princípio, surgem as seguintes dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa: a) as mudanças ocorridas na estruturação e formação do Estado, contribuíram para o surgimento e implementação das Parcerias Público-Privadas?; b) quais são e no que consistem as modalidades de concessão de serviços públicos introduzidos pela Lei n.º 11.079/04?; c) quais são as características marcantes das Parcerias Público-Privadas?; d) quais as razões que fazem, essa nova forma de contratação, ser considerada um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado brasileiro?; e) quais são os pontos polêmicos e controvertidos acerca das Parcerias Público-Privadas?

Para tanto, poder-se-ia supor, respectivamente, o seguinte: a) em decorrência do Estado Liberal ter perdido espaço para o Estado Social, e posteriormente, para o Estado Democrático de Direito, a máquina pública assumiu responsabilidades muito amplas na própria infra-estrutura propiciando o surgimento das Parcerias Público-Privadas; b) a norma vigente implantou duas novas formas de contrato de concessão de serviços públicos, sendo elas: a modalidade patrocinada e administrativa; c) dentre suas características marcantes podemos destacar que a modalidade de licitação adotada na Lei n.º 11.079/04 foi a de concorrência, tendo algumas peculiaridades no seu procedimento, a forma de contraprestação paga pelos serviços prestados, não advém apenas do usuário, mas sim com a participação do Estado e pluralidade compensatória prevista no artigo 6º da referida Lei; d) a finalidade do legislador em implementar o regime de Parceria Público-Privada se deu, inicialmente pela indisponibilidade dos recursos financeiros do estado em realizar investimento, principalmente infra-estruturais, bem como a busca pela eficiência na gestão dos serviços prestados pelo parceiros privados; e) quando o Estado busca um parceiro privado para a realização de algum serviços público, tendo como norteador o principio da subsidiariedade, ele visa suprir as ineficiências decorrentes da sobrecarga de deveres e responsabilidades estatais.

O trabalho apresenta uma metodologia indutiva, mediante a observância da dogmática jurídica materializada na pesquisa bibliográfica, em virtude de natureza predominante das normas jurídicas.

Ter-se-á por objetivo principal fazer uma análise do regime de Parcerias Público-Privadas diante das transformações ocorridas na Administração Pública brasileira, com o implemento da Lei nº. 11.079/04. Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente, apresentar um breve panorama das Parcerias Público-Privadas; em seguida, evidenciar a importância deste regime no ordenamento jurídico brasileiro; ademais, diferenciar as modalidades de contrato de concessão advindas da promulgação da referida Lei; e por fim, evidenciar a ineficiência do Poder Público para a realização de obras em infra-estrutura e manutenção de bens e serviços.

Este trabalho será dividido em três capítulos, sendo que no primeiro tratará da conceituação de Estado e os seus elementos constitutivos; uma breve síntese histórica do Estado Liberal ao Estado Subsidiário; e por fim, a estruturação da Administração Pública. No segundo capítulo, será abordado a Lei n.º 11.079/04, fazendo um histórico das Parcerias Público-Privadas, apresentando conceito, modalidades, histórico, experiências em outros países e a sua forma de contratação. No terceiro capítulo, será demonstrado as vantagens e desvantagens das Parcerias Público-Privadas, bem como a dupla tributação embutida na sua contratação.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e conseqüentes discussões a respeito deste tema, torna-se interessante, conveniente e viável um estudo minucioso acerca dos contratos administrativos, em suas formas e concessão, firmados entre a Administração Pública e o setor privado, evidenciando os problemas e desafios enfrentados na sua aplicação nos dias atuais.

CAPÍTULO I – DA FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 CONCEITO DE ESTADO

Há uma enorme dificuldade em conceituar a ideia de Estado, pois existem inúmeros conceitos, com várias correntes doutrinárias. “O conceito de Estado vem evoluindo desde a antiguidade, a partir da Pólis grega e da Civitas romana.” (MALUF, 2007, p. 19).

Para Bonavides (1999, p.94)

o Estado é simplesmente a organização social do poder de coerção ou a organização da coação social ou a sociedade como titular de um poder coercitivo regulado e disciplinado, sendo direito por sua vez a disciplina da coação.

O conceito de Estado pode ser mais abrangente ainda, levando em consideração os vários campos do conhecimento que se dedicam ao seu estudo. Em sua acepção sociológica, o Estado, propriamente dito, é tido como um fenômeno social onde existe uma integração de forças sociais. Quando analisado filosoficamente, o Estado passa a ser considerado um mero fenômeno cultural/político. Logo o valor social é o mais alto, e concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobre-paira tão somente o absoluto.

No campo jurídico, o Estado, é tido como uma entidade geradora de direito positivo. Por fim, chega-se a uma acepção mais recente do que é o Estado, que o considera como uma Nação politicamente organizada, tendo como diretriz básica e fundamental a organização.

Portanto, para Freide (2006, p. 35)

é, pois, o Estado, em síntese, um agrupamento humano em território definido, politicamente organizado, que, em geral, guarda a ideia de Nação. Daí exatamente a construção do conceito sintético de Nação política juridicamente organizada para definir conclusivamente o termo Estado.

Por sua vez, Araújo (2006, p. 06) assevera que

pelo próprio enunciado, verificamos que, sem uma população permanente, não possuindo território determinado e governo autônomo e soberano, o Estado não pode existir. Esses elementos devem coexistir, são partes essenciais do todo.

A acepção de Estado muda à medida que são analisados os seus diversos campos de atuação. Sua definição mais recente o define como responsável pela organização e controle social, uma vez que detém de um poder coercitivo para fazer valer suas normas. Neste sentido, para que seja caracterizado como Estado, de fato, é necessário que estejam presente seus elementos constitutivos, os quais serão analisados no tópico seguinte.

1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO

Os elementos que constituem a base do Estado são divididos pela doutrina majoritária como povo, território e governo soberano. É cediço que o povo é componente humano do Estado; território é a base física e o governo soberano é o elemento condutor do Estado, que detém o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado pelo povo, sendo que não há e nem pode haver Estado independente sem soberania.

Neste sentido, Bobbio (2006, p. 48) assevera que

os pressupostos (elementos essenciais) de existência do Estado, como já informado na tradução conceitual de Estado, podem ser elencados de forma tríade, compreendendo o elementos físico do território, o elemento humano do povo e o elemento subjetivo da soberania.

Sendo assim, o Estado é tido como uma instituição organizada política, social e juridicamente, constituída por um conjunto de indivíduos estabelecidos em um determinado território de maneira permanente, onde normalmente a lei máxima é uma Constituição escrita, e que obedecem a um governo autônomo, possuindo soberania reconhecida internamente e externamente.

1.2.1 População/Povo

Segundo Maluf (2007) a população é o primeiro elemento formador do Estado, o que independe de justificação. Sem essa substancia humana não há que cogitar da formação ou existência do Estado. Entretanto, a população pode ser classificada como nação, quando os indivíduos que habitam o mesmo território possuem como elementos comuns a cultura, língua, a religião e sentem que há, entre eles, uma identidade; ou como povo, quando há reunião de indivíduos num território e que apesar de se submeterem ao poder de um Estado, possuem nacionalidades, cultura, etnias e religiões diferentes.

Sendo assim, seu pensamento difere da corrente majoritária que define como primeiro elemento de formação do Estado o povo, que “por sua vez, engloba o somatório de nacionais no solo pátrio e no exterior, não identificando, pois, como o conceito de população, que inclui os estrangeiros no território estatal.” (FREIDE, 2006, p.39).

Portanto, “é unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o estado se forma”. (DALLARI, 2009, p. 95).

1.2.2 Território

O território é o aspecto geográfico, onde reside uma determinada população, limitando, assim, a própria atuação do Estado. Maluf (2007, p. 26) complementa que

o território é patrimônio sagrado e inalienável do povo, frisa Pedro Calmon. É o espaço certo e delimitado onde se exerce o poder do governo sobre os indivíduos. Patrimônio do povo, não o Estado como instituição, poder é de imperium, não de dominium. Nada tem em comum com o direito de propriedade. A autoridade governamental é de natureza eminentemente política, de ordem jurisdicional.

Neste sentido Dallari (2009, p. 86) assevera que

a noção de território, como componente necessário do Estado, só apareceu com Estado moderno, embora, à semelhança do que ocorreu com a soberania, isso não queira dizer que os Estados anteriores não tivessem território. Na cidade-estado, limitada a um centro urbano e a uma zona rural, circunvizinha, não havendo ensejo para conflito de fronteiras, não chegou a surgir a necessidade de uma clara delimitação territorial. Além disso, o tipo de relacionamento entre a autoridade pública e os particulares, não tornava imperativa a definição da ordem mais eficaz num determinado local.

Mais adiante, Freide (2006, p. 39) acrescenta que

o território abrange, de forma simplória, algumas partes componentes, tais como: o solo, o subsolo, o espaço aéreo, o mar territorial, a plataforma submarina, navios e aeronaves de guerra (em qualquer lugar do planeta, incluindo o território estatal estrangeiro), navios mercantes e aviões comerciais (no espaço livre, ou seja, nas áreas internacionais não pertencentes a nenhum estado soberano) e, para alguns autores – apesar de inúmeras controvérsias – as sedes das representações diplomáticas no exterior (embaixadas).

Território, portanto, é o lugar determinado que um Estado exerce seu domínio.

1.2.3 Governo Soberano

Positivamente, é o conjunto das funções necessárias à manutenção da administração pública e da ordem jurídica.

Neste sentido, Maluf (2007, p. 27) afirma que “o governo – terceiro elemento do Estado – é uma delegação de soberania nacional, no conceito metafísico da escola francesa. É a própria soberania posta em ação, no dizer de Esmein.”.

Neste viés, Dallari (2009, p. 74) acrescenta que

o conceito de soberania, claramente afirmado e teoricamente definido desde o século XVI, é um dos que mais tem atraído a atenção dos teóricos do Estado, filósofos de direito, cientistas políticos, internacionalistas, historiadores das doutrinas políticas, e de todos quantos se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos e políticos.

Verificando suas características basilares, Friede (2006) reconhece que a soberania é sempre una, posto a impossibilidade de coexistência, no mesmo espaço territorial-estatal, de duas soberanias distintas; indivisível, considerando que se aplica à universalidade dos fatos político-jurídicos; inalienável, levando em consideração que, uma vez concebida não pode ser desconstituída; imprescritível, no sentido de que não se encontra condicionada a termo temporal, e se aderente ao território estatal e ao vínculo nacional, visto que não concebida a partir da

existência do elemento humano – povo – e do elemento físico – território -, e que corresponde, sob a ótica substantiva, a um poder que é necessariamente supremo, ilimitado, incondicionado, intangível e coativo.

Por fim, a soberania traduz-se no elemento abstrato de raiz política, que permite, em última análise, a indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídico).

1.3 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O modelo absolutista, que até então era necessário para a proteção da classe burguesa durante o processo de transição entre feudalismo, característico da Idade Média, para o capitalismo, considerado como marco da Idade Contemporânea, tornou-se, em meados do século XVIII, antiquado frente à necessidade de um processo de industrialização. Neste sentido, era essencial que o homem ampliasse seu espaço para se desenvolver e a sua liberdade para produzir. Com isso, a crescente ideia de uma menor intervenção estatal na economia ficava cada vez mais nítida.

Nascia assim o Estado Liberal, que, apesar de sua mínima interferência na produção e no consumo, preservava o conceito de soberania e de diferenciação entre propriedade privada e pública.

Para Streck e Morais (2012, p.90), o Estado Liberal apresenta as seguintes características

A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

B – A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.

C – A democratização surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada para mecanismos de democracia semi-direta – referendun e plebiscito – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

D – O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos

Posteriormente, com o advento da Revolução Francesa, os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, resultaram em uma nova estruturação da organização mundial, em que a não intervenção estatal, nos campos social e econômico, tornava-se cada vez mais imprescindível para a expansão do comércio.

a revolução francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o trunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia política.

Esta forma de Estado, portanto, seria fruto de um pensamento liberal, pensamento este discutido por vários intelectuais nos últimos cinco séculos, mas que teria suas bases nas teses de John Locke (1632-1704), considerado o pai do liberalismo, principalmente por conta de suas ideias em “Dois tratados do governo civil”, obra publicada no final do século XVII. No primeiro tratado, ele faz uma crítica ao tipo de Estado caracterizado pelo poder absolutista do rei, pautado na escolha divina. No segundo tratado, escreve sobre a origem, extensão e objetivo do governo civil.

Mais adiante, Bonavides (1996, p. 83) assevera que

Locke levantou o problema da propriedade e do trabalho, pois referiu o direito de cada um à sua própria pessoa e ao seu trabalho individual, “à obra de suas mãos que lhe pertence”, pelo que revela não existir dificuldade em compreender “como o trabalho pôde, desde a origem, criar um direito de propriedade”, propriedade cuja salvaguarda é “o fim principal que persegue os homens em instituindo comunidade (Estados) e em se submetendo a um governo”.

O Estado Liberal não é necessariamente democrático, mas, ao contrário, foi concebido historicamente em sociedades nas quais prevalece a desigualdade e à participação no governo, sendo ela bastante restrita em termos gerais, limitada a classes dominantes. Para Bonavides (1996, p. 43) “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático”.

Seus ideais buscavam alcançar um regime constitucional, exercido através do sistema representativo de governo. Esse regime, por sua vez, limitaria poder de mando assegurando a supremacia da lei; a divisão do poder em três órgãos distintos (Executivo, Legislativo e Judiciário) com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas; separação nítida entre o direito público e o direito privado; neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; a liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; a igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, sexo ou crença; a igual oportunidade de enriquecimento e de acesso aos cargos públicos, às conquistas da ciência e a cultura universitária, e, por fim, a não intervenção do poder público na economia particular – propriedade privada.

Posto isto, temos a sociedade repousada sobre uma igualdade de direito, onde todos dispõem dos mesmos direitos civis. Contudo, o Estado Liberal, não obstante das formas estatais, até então implantadas, mantém uma desigualdade de fato, ocasionando, assim, diversas críticas à sua estruturação.

O reconhecimento da igualdade de todos diante da lei, da justiça e do que foi imposto, não exclui a diferença das condições sociais, a disparidade das fortunas e a distribuição muito desigual da cultura. Além da desigualdade de princípio e da desigualdade de fato, a sociedade liberal repousa essencialmente no dinheiro e na instrução, que são os dois pilares da ordem liberal, os dois pivôs da sociedade.

Neste sentido, Bastos (2004, p. 213) conclui que

A experiência histórica não confirmou todas as previsões do ideário liberal. Pelo livre jogo das forças econômicas não foi possível atingir o bem-estar da classe trabalhadora. Logo se constatou que a liberdade para contratar reinante entre o empregado e o empregador era uma mera aparência, já que o desnível de força socioeconômica era muito acentuado. Em muitos outros aspectos a presença do Estado se fez necessária para suprir as omissões, para coibir abusos e para compreender objetivos não atingíveis pela livre iniciativa.

Logo, a figura de um Estado não intervencionista e garantidor de direitos meramente formais, foi superado pelo Estado Social, que contava com uma maior intervenção do Estado, a fim de assegurar aos cidadãos a igualdade e a efetivação de direitos fundamentais.

Souza (2008) entende que são diversos os fatores que impulsionaram esta modificação na forma de Estado. Essa alteração na estrutura estatal se iniciou com a Revolução Industrial, pois, diante um aumento da classe proletária fez-se necessário alterações em diversos setores que até então não eram contemplados com nenhum tipo de investimento, tais como a urbanização, a previdência e as condições de trabalho. Posteriormente, cita a crise do liberalismo econômico evidenciada com a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, razão pela qual foi instituída a política do “New Deal”, que apregoava uma maior intervenção estatal no campo econômico, a fim de recuperar e reformar a economia norte-americana. Por fim, a Segunda Guerra Mundial que impôs ao Estado a assunção de um papel controlador de recursos sociais.

Com isso, houve uma ampliação dos serviços assistenciais públicos, incorporando as áreas de renda, habitação e previdência social, entre outras. Paralelamente à prestação de serviços sociais, o Estado Social passou a intervir fortemente na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas a fim de garantir a geração de riquezas materiais junto com a diminuição das desigualdades sociais.(B

No entanto, todos estes tipos de serviços assistenciais são de caráter público e reconhecidos como direitos sociais. A partir dessa premissa, pode-se afirmar que o que distingue o Estado do Bem-estar de outros tipos de Estado Assistenciais não é primordialmente a intervenção estatal nos campos social e econômico com o objetivo de melhorar os padrões de qualidade de vida da população, mas sim o fato dos serviços prestados serem considerados direitos dos cidadãos.

Neste sentido, Bonavides (1996, p. 11) assevera que

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, o instituiu ao mesmo passo um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivas do passado.

Portanto, o Estado Social veio pra suprir as imensas desigualdades causadas pelo Estado Liberal, introduzindo, assim, uma maior intervenção estatal nos campos social e econômico. No entanto, gerou, também, políticas totalmente intervencionistas e autoritárias, permitindo que a riqueza e o poder fossem distribuídos com base na quantidade de trabalho despendido na produção, embora não haja concordância entre os socialistas sobre como, e em que medida isso poderia ser conseguido. Portanto, a modificação desta forma estatal fez-se necessária haja vista que ainda evidenciava as desigualdades existentes na sociedade.

1.4 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é uma forma estatal que busca superar a estruturação conflitante concebida anteriormente, entre o Estado Liberal e o Estado Social. Ele não assegura somente a proteção aos direitos de propriedade, mais que isso, defende através das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no “Princípio da Dignidade Humana”.

Neste sentido Silva (1997, p. 124) afirma que

o Estado Democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próxima, pode vir a caracterizar-se o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais de democracia e do socialismo.

Esse posicionamento se justifica na ideia de que o Estado Democrático de Direito busca a realização de uma organização social voltada para as ideias de Justiça, Liberdade e Igualdade, respeitando-se sempre os direitos fundamentais do povo e dando a este, o poder de participar efetivamente da vida política do Estado.

Portanto com a concepção de Estado Democrático de Direito, segundo Streck e Morais (2012, p. 104)

a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do status quo, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar papel simbólico protetivo de manutenção do espaço vital da humanidade.

Streck e Morais (2012) indicam que os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito são: a constitucionalidade, que assegura a constituição como instrumento básico da garantia jurídica, vinculando, assim, todos os atos do

legislador à carta Magna; a organização democrática da sociedade; a justiça social, como corretivo das desigualdades; a igualdade, afim de assegurar uma sociedade mais justa; as divisões dos poderes ou funções; a legalidade, e por fim, um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos seja como Estado de Distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem a autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa da garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade. Neste sentido, tem-se os princípios como reguladores da justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo qualquer norma que venha contra tais princípios deveram ser consideradas inaplicáveis, pois senão estaria esta, abalando os pilares que regem esta forma estatal. Este Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia, onde o cidadão é o legítimo titular do poder, embora seja exercido por representantes. Neste sentido Moraes (2005, p. 17) assevera que o

Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Deste modo, percebe-se que a base estrutural para que um Estado seja realmente Estado Democrático de Direito não é apenas a lei, mas também a obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão.

Mais adiante, e ainda dentro deste cenário protecionista e, ao mesmo tempo, prestacional, começa-se a questionar sua eficiência e economicidade. Além disso, a sua avantajada dimensão intervencionista, passou a ser tida como um fator de inibição do crescimento da economia e óbice à livre concorrência.

1.5 O ESTADO SUBSIDIÁRIO

Com o alargamento do Estado Democrático de Direito e das suas conseqüentes dificuldades em bem desempenhar todas as atividades a que se propôs, surge a idéia de um Estado Subsidiário, essencialmente regulador e não executor, e que mantém apenas suas funções de ente soberano (SPARAPANI, 2012).

Ademais, com a constatação da ineficiência e a ingerência da Administração Pública para prestar diretamente os serviços de interesse social aliado aos custos excessivos para sua manutenção, iniciou-se no mundo contemporâneo, uma série de transformações, com a finalidade privada de reduzir a atuação direta do Estado, repassando-se à iniciativa privada atividades que, por sua natureza, podem ser executadas por particulares.

Neste sentido, Modesto (apud Maurano, 2004, p. 01) observa que

o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento do Estado. Não promover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável ante as desigualdades das necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades sociais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos.

Retoma-se, então, a ideia de subsidiariedade, a qual, por sua vez, tem como princípio basilar a parceria entre o Poder Público e a sociedade. No Estado Subsidiário, a Administração Pública passa à iniciativa privada a realização das atividades econômicas, reservando para si aquelas de que participa ou nas quais intervém somente em setores essenciais ou indelegáveis, a qual a iniciativa privada se apresenta deficiente.

Di Pietro (2006, p. 38), assevera que não há que se confundir o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo de concepção liberal, uma vez que,

neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da ideia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento, já referida.

Ademais, Maurano (2004, p. 01) acrescenta que o “Estado Subsidiário se concretiza através de instrumentos de desestatização, que pode ocorrer através de três mecanismos principais: privatização, publicização e terceirização”

De acordo com o autor a privatização é a venda de ativos públicos, que, por algum motivo, não devem mais permanecer dentro do setor público. A publicização é transformar órgãos estatais de direito privado e sem fins lucrativos, que recebem recursos do orçamento público além de outras fontes possíveis. E terceirização é contratar externamente a execução de serviços a serem prestados por terceiros.

Neste viés, Bazilli e Montenegro (apud Sparapani, 2012, p. 01)

[...] pela diminuição de seu tamanho; pela privatização das entidades estatais não comprometidas na realização das atividades típicas do Estado; pelo prestígio da liberdade econômica e da livre concorrência; pela extinção dos monopólios; pela descentralização das atividades do Estado ainda que típicas; pela agilidade e eficiência da máquina estatal, inclusive com novos modelos gerencias; pela parceria com a sociedade civil; pela participação do cidadão na Administração Pública, em especial no controle da qualidade dos serviços prestados; etc.”.

Portanto, entende-se que o Estado Subsidiário dá uma nova dimensão ao Estado e, igualmente, à sua relação com a sociedade, passando de interventor e ator principal para fomentador e colaborador. Por intermédio desta particularidade, a iniciativa privada ganha o papel de grande protagonista desta forma estatal, erguendo a bandeira da intervenção econômica reduzida bem como o controle de gastos públicos.

1.6 GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO

É cediço que a forma de organização estatal determina a forma de governo a ser implantado a um determinado Estado. Fica a cargo da Administração Pública a prestação e a organização dos serviços públicos garantidos aos cidadãos. “A organização das instituições que atuam o poder soberano do Estado e as relações entre aquelas instituições fornecem a caracterização das formas de governo” (DALLARI, 2009, p. 224).

1.6.1 Distinções pertinentes

É necessário fazer uma distinção entre as duas palavras, que na terminologia das ciências do Estado possuem significados entre si complementares. Sendo assim, o governo é tido como “o exercício pelo soberano da autoridade política, isto é, a soberania posta em ação” (MENEZES, 1998, p. 367) e a administração “tem um sentido mais baixo e prático como instrumento de efetivação do governo, ao qual ele se subordina” (MENEZES, 1998, p. 367).

Queirós Lima (apud Menezes, 1998, p. 368) conclui que

é sobre essa base que, segundo o conceito subjetivista, se firma a diferença capital entre governo e administração: governo é o complexo das funções que competem diretamente à nação e são exercidas por intermédio dos representantes, os quais, porque encarnam a própria vontade nacional, não estão sujeitos a dar contas de seus atos funcionais a nenhuma autoridade constituída; e administração pública é o conjunto das funções que estão a cargo dos agentes, os quais não têm nenhum caráter representativo e estão subordinados aos órgãos de governo.

Portanto, chega-se a ideia de uma função governamental e uma função administrativa, as quais necessitam da existência de seus respectivos órgãos: de governo e de administração.

1.6.2 Funções e Órgãos

Para Menezes (1998) os órgãos devem ser compreendidos como os que dispõem de competência legal para o exercício de atribuições estatais. Neste sentido, são, portanto, os indivíduos ou grupos sistematizados de indivíduos, aos quais o Estado confia o papel de desempenharem suas atividades.

As funções, em contrapartida, devem ser entendidas como as numerosas e complexas atribuições assinadas à conta do Estado. Logo, são as atividades estatais em realização, entregues a uma pessoa ou conjunto de indivíduos, previamente designados.

Sobre a correspondência existente e a que deveria existir entre as funções e órgãos, Queirós Lima (apud Menezes, 1998, p. 369) assinala que

em princípio, a cada função deveria corresponder um órgão, que a exercesse. Mas na prática essa coincidência não se verifica. Um mesmo sistema de encargos pode competir a vários órgãos, cada um desempenhando, dentro desse campo comum, os atos que lhe são adequados. Por outro lado, um mesmo órgão pode ter a seu cargo várias atribuições, que se vão filiar em funções perfeitamente distintas. A chave do sistema constitucional consiste precisamente em distribuir as diferentes classes de atividades do Estado pelos vários órgãos, por forma que a ação de um sirva de aparelho de controle da ação dos outros.

Sendo assim, órgãos são tidos como uma unidade de atribuição específica dentro da organização do Estado.

1.6.3 Representantes e Agentes

O Estado enxerga, em regra, que os órgãos são os veículos de expressão de sua vontade, e os escolhe e trata de maneira a concentrá-los em duas categorias: representantes da própria soberania e agentes do poder público.

Neste sentido, Duguit (apud Menezes, 1998, p. 370) assevera que

os representantes ou órgãos de representação são os que querem em ligar da nação e cuja vontade é como se ela emanasse diretamente da nação. A noção de representação repousa bem sobre a idéia de mandato; a nação exprime sua vontade por seu corpo eleitoral; mas seu corpo eleitoral não exerce ele mesmo a soberania da qual ele é órgão direto e supremo; há um ou diversos mandatários; estes mandatários exprimirão uma vontade, que é a sua de fato, mais que de direito, por via do fenômeno da representação, será como se ela emanasse diretamente da nação; terá pois os mesmo caracteres, a mesma força. Enquanto os órgão de representação, os representantes não tem uma vontade distinta da vontade da nação; o que eles dizem, o que eles comandam, é a nação que o diz, que o comanda... A consequência lógica da idéia da representação é a que a vontade dos representantes, sendo vontade da nação, não pode ser controlada por uma vontade superior a ela.

Os agentes são colocados sob a autoridade e o controle dos órgãos de representação; eles não têm nenhum caráter de representação, isto é, não exprimem a vontade da nação. Isto não quer dizer, entretanto, que os agente não façam senão atos materiais de execução; eles podem também praticar atos jurídicos, mas só o podem fazer nos limites fixados pela vontade nacional expressa pelos órgãos de representação. A vontade do agente não é a vontade da nação; ela é de fato e até juridicamente a vontade do agente, a qual a lei conferiu o poder de criar efeito de direito quando ela se faz em certo domínio.

Neste sentido, é nítida a diferenciação feita entre representantes e agentes, os quais não devem ser confundidos, pois desempenham funções distintas.

1.6.4 Serviços Públicos

Em torno de serviços públicos, que foram referidos como o objeto primordial da administração pública, há uma série de teorias que ficam melhores situadas na esfera específica do Direito Administrativo.

Segundo Bordeaux (apud Menezes, 1998, p. 372) os serviços públicos são abrangidos por funções administrativas, que por sua vez, ficam a cargo de órgãos que não passam de agentes do poder público.

Atualmente a noção de serviços públicos vem se ampliando cada vez mais. Neste sentido Anderson Dutra (apud Menezes, 1998, p.372) acrescenta que

Ao fenômeno do crescimento do poder discricionário da Administração, contestado em países de adiantada cultura jurídica, expansão que deriva da mesma tendência de ingerência da Estado nos domínios econômico e social, pois é intuitivo que o poder público, para executar tarefas e encargos antes peculiares às empresas privadas, teve de flexibilizar-se, abandonando as rígidas formulas e critérios que regulam o exercício das funções estatais de sabor clássico.

Portanto, chega-se a um conceito de que os serviços públicos são o conjunto de atividades e obras pelas quais o Estado atende aos interesses gerais, satisfazendo às necessidades coletivas. Com isso, ao tentar satisfazê-las o Estado transfere ao setor privado por meio de contratos administrativos, a implementação e gestão de bens e serviços, aludindo a característica principal desta forma estatal – a descentralização do poder.

1.7 O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO NO BRASIL

Ao final de 1979, o Brasil iniciou seu processo de privatização, com o surgimento do Programa Nacional de Desburocratização, criado pelo Decreto 83.740/79, não ficando, assim, à margem dos demais Estados. Tal programa não apresentou grandes resultados, arrastando-se por vários anos.

A iniciativa só foi retomada em 1990, com o lançamento do Programa Nacional de Desestatização – PND, criado pelo Decreto 8.031/90. Seus principais objetivos eram o ordenamento estratégico da economia, a redução da dívida pública, a retomada dos investimentos nas empresas privatizadas, a modernização da indústria e o fortalecimento do mercado de capitais. “Todavia, a ausência de planejamento (jurídico, sobretudo) adequado, aliada ao insucesso do plano de estatização do governo federal, impediu resultados satisfatórios do Programa.” (GUIMARÃES, 2012, p. 16).

A partir de 1995, com o apoio da maioria dos Estados-membros e um planejamento estatal suficiente, teve início o efetivo processo de privatização de empresas do Estado e da transferência da prestação direta de serviços à esfera privada.

Para Guimarães (2012, p. 17)

ressurgem daí as concessões como instrumento largamente utilizados pela recriação do Estado, promovendo-se a substituição de uma responsabilidade de execução no tocante às tarefas públicas por uma responsabilidade-grantia. O processo se faz acompanhar de um marco regulatório, em que entes independentes concentram poderes de tutela sobre setores estratégicos. Os resultados positivos desse processo passam a ser considerados, virando-se a página na história do Estado para consolidar um amplo conjunto de reformas estruturais.

A constante busca do Estado pelo instrumentário do Direito privado acabou sendo batizada de “fuga para o direito privado”, introduzindo, assim, o Direito Administrativo em uma renovada esfera de relação com os privados.

Paralelamente, com a insuficiência de recursos públicos contraposta à idéia de expansão e desenvolvimento do Estado, os quais são concretizados com obras e serviços de infraestrutura, é nítida a evolução do clássico conceito de contrato administrativo para os novos instrumentos de parcerias entre o setor público e o setor privado.

CAPÍTULO II – OS REFLEXOS DA LEI 11.079/04 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

2.1 DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Ao longo da história ocorreram significativas transformações na formação e estruturação do Estado. Portanto, em um determinado momento da organização estatal “há o reconhecimento do declínio do Estado-prestador e do ressurgimento de um Estado-modesto, mínimo ou simplesmente, suficiente.” (GUIMARÃES, 2012, p. 16). Um dos principais ideais que sustentou o movimento de redução de dimensões do Estado foi a proposta de otimização dos serviços públicos paralela à suspensão da insuficiência do Estado no custeio de uma prestação direta de obras e serviços.

Segundo Guimarães (2012, p. 16)

do processo de desestatização promovido em inúmeros países, decorreram a venda de empresas estatais e a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado. Além disso, verificam-se quebra de monopólios e desregulação do mercado, introduzindo-se a concorrência em determinados serviços públicos a partir da flexibilização de barreiras regulatórias.

Portanto, diante de um Estado ineficiente e precário, que não foi capaz de realizar obras de infra-estrutura e prestar serviços básicos de qualidade, surgem novos contratos administrativos firmados com o setor privado na modalidade de concessão a fim de garantir a execução e a prestação dos mesmos.

2.1.1 Conceito

Parceira Público-Privada é o contrato pelo qual o parceiro privado assume o compromisso de disponibilizar a administração pública a prestação de serviços ou a execução de obras por ele previamente projetadas, financiadas e construídas. Em contrapartida, há uma remuneração periódica paga pelo Estado e vinculada ao seu desempenho no período de referência.

O *caput* do artigo 2º da Lei 11.079/04 a define as Parcerias Público Privadas uma forma de “contrato administrativo de concessão, na modalidade, administrativa ou patrocinada.”

Neste viés, Motta (2008, p. 274) acrescenta que

as PPP são contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (art. 2º, caput, Lei nº 11.079/04), com prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos (incluídas as prorrogações), destinados a estabelecer vínculo obrigacional com o Poder Público e o setor privado para implantação ou gestão de serviços e atividades públicas, nos quais o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

Segundo o autor, que as Parcerias Público Privadas são contratos firmados entre a Administração Pública e o setor privado, com a duração mínima de cinco anos e a máxima de vinte anos, para a implantação ou gestão de bens e serviços.

Di Pietro (2006, p. 161) conclui que

do artigo 2º e seus parágrafos resulta que a parceria público privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que a Administração seja a usuária ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado; na segunda modalidade tem-se a concessão administrativa em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima esta modalidade do contrato empreitada

As Parcerias Público Privadas surgiram como uma nova forma de contratação da Administração Pública com a participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão de infra-estrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos e demais setores carentes e esquecidos, por um Estado que a cada dia se mostra mais ineficiente e precário.

2.1.2 Histórico

As mudanças na conjuntura econômica global, fundamentalmente a partir das décadas de 80 e 90, determinaram alterações significativas no perfil orgânico e funcional dos Estados. A demanda pela prestação de serviços públicos viu-se reprimida, ao passo que crescia a necessidade de investimentos em infra-estrutura para viabilizar o crescimento sustentado.

Para Ferraz (2008, p. 271)

as mudanças na conjuntura econômica global, fundamentalmente a partir das décadas de 80 e 90, determinaram alterações significativas no perfil orgânico e funcional do Estado brasileiro. O manche da política econômica mundial, em face exaustão da capacidade de investimentos, foi a estabilização da economia e o equilíbrio orçamentário, tendência que se confirmou pela proliferação de Códigos Fiscais adotados por vários Estados Capitalistas nos anos 90 e seguintes (v. G. Budget Enforcement Act – EUA, Tratado de Maastrich – EU, Fiscal Responsibility Act – Nova Zelândia, Lei de Responsabilidade Fiscal – Brasil).

Mais adiante o autor acrescenta que no Reino Unido, em 1992, buscando soluções ao déficit público limitado do desenvolvimento, foram criados alguns projetos de parcerias, como derivação do processo de privatização levado a efeito pelo Governo Thatcher, sob a sigla FPI – *Private Finance Initiative*.

Neste sentido Guimarães (2012, p.18), acrescenta que

outros países europeus desenvolveram fórmulas similares, ressentidos da perda da capacidade de investimento (premidos pela necessidade de impor limites ao déficit público para equacionar o orçamento) gerada, sobretudo, pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), surgido em 1997 no direito comunitário. Plante-se, nesse cenário, a noção de uma fórmula contratual universalmente batizada de Public Private Partnerships - Parceria Público Privada.

Cogitou-se, com essa nova modalidade de contratação administrativa, abandonar o esquema clássico de contratação de obras e serviços, firmados até então por contratos de compra e venda, para substituí-los por contratos compartilhados de financiamento infra-estrutural, visando, sobretudo, à melhoria da eficiência na prestação de serviços públicos e a desoneração dos orçamentos estatais.

Nesta esteira, Motta (2008, p. 274) acrescenta que

o sucesso das PPP possibilitou sua expansão aos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Japão, Holanda, Hong Kong, União Européia, Chile, México, República Dominicana. Estima-se que atualmente cerca de 60 países introduziram ou estudam a introdução de tais contratações. Explica-se a proliferação do modelo pelo ganho de eficiência conseguido no aporte de recursos financeiros e na melhoria da qualidade de prestação dos serviços públicos essenciais pelos particulares.

Segundo Gasparini (apud Alves Junior, 2001, p.01)

num sentido amplo, parceira público privada é todo ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios políticos. Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei Federal das PPPs, pode-se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido.

O Brasil, não foi diferente, e recorreu a essa modalidade contratação de modo a superar óbices, que até existiam, para um crescimento sustentado com políticas de desenvolvimento. Neste contexto, surgiu a Lei Federal 11.079/04, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público Privadas.

2.1.3 Experiência em outros países

Inicialmente no Reino Unido, onde esta forma de contratação teve sua origem, há busca constante por esta forma contratação devido o financiamento pelo setor privado, mas também pela sua eficiência na contratação da prestação de serviços públicos. Segundo Pereira (2006, p. 05)

o projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000, do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (Chanel Tunnel Rail Link), que teria custado cerca de £ 4 bilhões.

Ainda segundo o autor, nos Estados Unidos as Parcerias Público-Privadas, são uma característica primária da política e do sistema de bem-estar norte americano. Existe uma relação de interdependência entre o setor público e os operadores privados. Na área social, a associação voluntária de indivíduos, precedeu o amparo estatal e atividade empresarial, acalando assim os problemas mais alarmantes da sociedade americana.

Neste sentido Pereira (2006, p. 05) acrescenta que

Organizações não-lucrativas (setor non-profit) assumiram o desempenho de uma série de papéis voltados para a satisfação de necessidades públicas tidas como não abrangida pelo escopo de atuação do Estado e das empresas. As PPP norte-americanas, nessa área, em geral tomam a forma de contratos de aquisição de serviços (purchase-of-services contracts), por méis dos quais entes governamentais remuneram agentes non-profit, pela prestação de determinados serviços.

Como visto, este modelo é bastante utilizado visando a redução dos custos do investimento, à ausência de mão-de-obra especializada no setor público e expertise do setor privado, à falta de suporte e apoio estatal, excesso de procedimentos burocráticos, necessidade de implementação rápida de projetos e de inovação e qualidade nos serviços.

No Chile, não diferente dos demais países da América Latina, o crescimento econômico rápido frente à sua estrutura se viu insuficiente para atender a demanda nacional. Neste sentido a experiência chilena com as Parcerias Público Privada são consideradas muito bem sucedidas. Neste sentido Pereira (2006, p. 06) afirma que “desde 1994, o governo chileno engajou-se em 36 projetos, com ênfase na infra-estrutura de transportes rodoviários, envolvendo recursos na ordem de US\$ 5,5 bilhões”

Em Portugal a primeira Parceira Público-Privada foi firmada na década de 1990 para a construção de um ponte, sobre o Rio Tejo. Mais adiante vários outros projetos foram implementados, envolvendo a construção ou reparação de rodovias e criação de hospitais e de usinas de geração de energia. Neste sentido Pereira (2006, p. 06) conclui que

as PPP portuguesas têm propiciado ganhos de dinamismo no desenvolvimento da infra-estrutura, contudo, verificam-se problemas que podem servir de lições, como atrasos e adiamentos do lançamento de obras, excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevisto, 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, função do coletar, analisar e difundir informações, promover expertise técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados.

No entanto Malheiros (apud Caldas, 2011, p. 225) observa que

inclusive, é de se ponderar, a observação da experiência internacional das Parcerias Público-Privadas impõe algumas ressalvas. [...] Também há que se ter presente que as Parcerias Público-Privadas não são padronizadas, mas desenvolvidas sob medidas e especialidades de cada país apresentando-se em cada experiência, em cada medida, como única. Malgrado tais circunstâncias, a avaliação da experiência internacional com as Parcerias Público-Privadas é valiosa para identifica o seu potencial como os principais obstáculos e desafios à sua utilização mediante a idéia firme de que já são extremante úteis para gerar e aumentar a eficácia dos investimentos em infra-estrutura, não obstante suas operações sejam de implantação muito complexa e seus resultados passíveis de serem alcançados apenas a médio e longo prazos.

Conclui-se que diante as necessidades de cada Estado, as Parcerias Público-Privadas se adéquam às suas carências e necessidades, se tornando, portanto, diferente das demais experiências. Tão logo, por se tratar de uma forma nova de

contratação, ainda são muitos os obstáculos a serem superados mediante a sua implementação correta.

2.2 DA LEI Nº 11.079/04

A Lei nº 11.079/04, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas, no âmbito da Administração Pública. Para Di Pietro (2006) a justificativa marcante que acompanhou o seu projeto, é de se destacar que com a sua aprovação, haveria agora 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.

Mais adiante a autora acrescenta que com a aprovação da referida Lei, são duas as formas de contratação das Parcerias Público-Privadas – a concessão administrativa e a concessão patrocinada – e que a forma de remuneração abrange total ou parcialmente, feita através da contribuição pecuniária do poder público. Na concessão administrativa essa contribuição é somada à contraprestação paga pelo usuário. Na patrocinada, ela é paga integralmente pelo poder público.

Neste sentido, Di Pietro (2006, p. 159) afirma a existência de outro objetivo que

é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para a seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público.

Esse objetivo de privatização a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, se dá com a finalidade seus serviços sejam prestados com mais eficiência e abrangência.

2.2.1 A concessão patrocinada

A concessão patrocinada é a modalidade de contrato de Parceira Público-Privada em que as tarifas cobradas dos usuários não são satisfatórias para compensar os investimentos realizados pelo parceiro privado. Sendo assim, na concessão patrocinada, o Poder Público, em adição às tarifas cobradas dos usuários, contempla a remuneração do parceiro privado por meio de aportes regulares de recursos orçamentários.

A seu conceito é definido na Lei nº 11.079/04, artigo 2, parágrafo 1º como

a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95 de 13-2-1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado

A base estrutural do seu conceito veio com a Lei 8.987/95, quando se definiu o que era a concessão comum de serviço público, suas características, prazos e modalidades. No entanto existem diferenças marcantes que as diferem.

O principal ponto de diferenciação está na forma de remuneração uma vez que a concessão patrocinada, além das receitas advindas das tarifas cobradas aos usuários, há uma contraprestação pecuniária da Administração Pública paga ao parceiro privado. Já a concessão comum há somente a cobrança de tarifas aos usuários.

Os riscos dos investimentos nas concessões patrocinadas, segundo Guimarães (2012) são repartidos com o parceiro privado, diferentemente da concessão comum, onde o parceiro privado assume este papel sozinho. Para tanto o Poder Público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto uma série de garantias, as quais solidificam o investimento e diminuem os riscos. Com isso, na concessão patrocinada, há o compartilhamento de ganhos econômicos de correntes da redução de riscos de crédito dos financiamentos utilizados pelo setor privado.

Neste sentido, o autor acrescenta que do ponto de vista da identificação do conceito-tipo legal desta forma de concessão, há de que se fazer presente em sua estruturação, cumulativamente os seguintes elementos: a delegação da gestão do serviço público; aplicação do sistema tarifário, ou seja, a cobrança de tarifas dos usuários; a contraprestação pecuniária promovida pela Administração Pública cronicamente integrada na remuneração do concessionário, compreendendo assim, as tarifas pagas pelos usuários e/ou receitas provenientes de fontes alternativas.

A remuneração paga pela Administração Pública poderá ser feita direta, em pecúnia, por ordem bancária, ou pelas formas previstas no artigo 6º da Lei nº 11.079/04, assim dispostas:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outros meios de lei.

Isto significa que nem sempre esta contraprestação paga pela Administração Pública ao parceiro privado poderá ser feita de forma indireta.

Mais adiante, Guimarães (2012, p. 90) adiciona que a concessão patrocinada

deverá possuir valor mínimo estimado de R\$ 20 milhões e ter prazo de vigência mínimo de prestação de serviço de 5 e máximo de 35 anos -, podendo ainda conformar-se segundo outras condições legalmente disponíveis às partes na pactuação (como o estabelecimento de garantias, inclusive ao parceiro privado através de fundo garantidor).

Acrescenta o autor que esta forma de concessão é tida pela Administração Pública como um instrumento jurídico para engendrar programas de criação, recuperação e expansão de infraestrutura e do serviço público. Portanto, ao se pressupor a contraprestação pecuniária paga pela Administração Pública, veem-se dois propósitos imediatos arraigados a sua compensação. O primeiro veste juridicamente os arranjos contratuais de serviços públicos, quando a receita tarifária e outras receitas ancilares não é o suficiente para cobrir todos os gastos obtidos com o investimento. Por último, mas não menos importante, é a necessidade de calibrar o nível dos riscos envolvidos em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público nos ganhos econômicos, mitigando assim, as incertezas que tornariam o investimento pouco atraente.

O objeto da concessão patrocinada coincide com o objeto da concessão comum. Essa modalidade concessória pressupõe delegação de serviço público pelo Poder Concedente a concessionário, que auferirá remuneração a partir de tarifas pagas pelos usuários, somada a contraprestação paga pela Administração Pública. Neste sentido Guimarães (2012, p. 120) acrescenta que

tal como na concessão comum, a concessão patrocinada poderá ter por objeto a concessão (exclusivamente) de serviço público ou a concessão de obra pública, associada à prestação de serviço público ou a prestação de serviços que lhe são acessórios (à obra). Desde que vinculada a concessão de serviço público ou à concessão de obra pública a contraprestação pecuniária promovida pelo Poder Público, configurar-se-á uma concessão patrocinada.

Conclui-se que a concessão patrocinada, portanto, é uma forma contratação administrativa na modalidade de concessão, para a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público.

2.2.2 A concessão Administrativa

A concessão administrativa é a modalidade de Parceria Público-Privada que, em função do contexto do serviço de interesse público a ser prestado pelo parceiro privado, não é possível ou conveniente a cobrança de tarifas aos usuários de tais serviços. Nesse caso, a remuneração do parceiro privado é integralmente proveniente de aportes de recursos orçamentários do poder público com quem o parceiro privado tenha celebrado o contrato de concessão.

Esta forma de concessão é definida no artigo 2, parágrafo 2º da Lei 11.079/04 como “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”.

Por sua vez, Di Pietro (2006, p. 167) assevera que

na concessão patrocinada (da mesma forma que na concessão de serviços públicos comum ou tradicional), a execução de serviço público é delegada ao concessionário, que vai assumir a sua gestão e a sua execução material. Na concessão administrativa, se o objeto for a prestação do serviço, o concessionário, da mesma forma que na empreitada, vai assumir apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço.

O primeiro dado que se extrai do seu conceito legal é que, seu principal objeto é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalações de bens.

Para Guimarães (2012, p.165) a concessão administrativa

surge em decorrência da aplicação da lógica concessória a prestações (serviços e obras) tomadas direta ou indiretamente pela própria Administração. Por um lado, estende a lógica concessória a atividades juridicamente incompatíveis com o sistema tarifário, e, por outro, disponibiliza à Administração via para o custeio integral do serviço público tarifável por contraprestações públicas.

Neste sentido, esta forma de concessão poderá obedecer a duas formulações distintas, com configurações subjetivas. Se for uma concessão administrativa de serviços tomados diretamente pela Administração (sem delegação de gestão), põe-se na condição de sujeitos apenas do parceiro público e o parceiro privado. Logo, chega-se a uma estruturação subjetiva equivalente àquela dos contratos administrativo gerais. Se for nos casos em que a concessão administrativa seja de serviços públicos ou sociais tomados indiretamente pela administração, que envolvem delegação, é formada uma relação bilateral, mas com efeitos que alcançam os usuários do serviço. (GUIMARÃES, 2012).

Como já ficou demonstrado, a concessão administrativa não haverá contraprestação paga pelo Poder Público ao parceiro privado. O pagamento do contrato será promovido exclusivamente pela Administração, ainda que eventualmente complementado por receitas adicionais. No entanto, estas prestações podem ser pagas diretas, em forma de pecúnia, por meio de ordem bancária, ou de forma indireta, conforme o artigo 6º da Lei nº 11.079/04.

Neste sentido, conclui-se que a concessão administrativa é 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.

2.3 DA CONTRATAÇÃO

A contratação das Parcerias Público-Privadas deve ser precedida de licitação, na modalidade de concorrência, sendo regido pelas regras gerais constantes na Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/93, e mostrando, assim, única em certos aspectos.

Para a instauração do processo licitatório é exigido a autorização da autoridade competente, embasada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade na contratação e comprove que o impacto das despesas não prejudicará os resultados fiscais e previsão no PPA (Plano Plurianual), conforme disposto no artigo 10º da lei nº 11.079/04.

Seguindo esta esteira, seu edital adota as regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, além de algumas específicas da Lei nº 8.987/95 e da própria Lei nº 11.079/04, dentre elas a preferência de empresa brasileira em caso de desempate e a possibilidade de adoção do regime de arbitragem para diminuir conflitos decorrentes do contrato. Caso o edital permita, poderá haver também a apresentação de propostas escritas seguidas de lances em viva voz.

Além disso, o edital pode prever a inversão da ordem das fases da habilitação julgamento, hipótese assim disposta no artigo 13 da Lei nº 11.079/04

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 as 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.

Tal previsão legal determina que além da inovação trazida com o iniciativa de lances verbais, a referida Lei, também instituiu a opção para o administrador de inversão na ordem das fases de habilitação e julgamento, tornando a modalidade muito semelhante ao pregão. Dessa forma, admite-se que primeiro sejam

analisadas as propostas e, só em seguida, sejam abertos os envelopes contendo os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para a verificação do atendimento das condições determinadas no edital.

Para Caldas (2011, p. 452) os critérios para julgamento das propostas são

menor tarifa a ser cobrada pelo serviço; menor valor da contraprestação a ser paga pelo Poder Público; ou a combinação de um ou outro desses critérios com o de melhor técnica apresentada (art. 12, II). Admite-se, portanto a etapa prévia de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançaram a pontuação mínima exigida.

Em seu artigo 9º, a Lei nº 11.079/04 determina a constituição de uma sociedade de propósito específico “incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”, sendo, portanto, uma entidade destinada a controlar a efetivação da Parceria Público-Privada. É expresso na mencionada Lei, que tal sociedade deverá ser constituída antes da celebração do contrato. Sendo assim, a sua interpretação mais recente conferida ao dispositivo, é no sentido de que esse momento deverá ocorrer depois da realização da licitação e antes da celebração do contrato.

Neste sentido Alves Junior (2011, p. 01) assinala que

essa pessoa jurídica constituída pelos contratantes, cuja finalidade única é implantar e gerir a consecução do objetivo da PPP (devendo ser instituída uma nova sociedade toda vez que ocorrer uma nova concessão administrativa sob a forma de Parceria Público Privada) poderá ser criada sob a forma de companhia aberta, com ações negociadas no mercado e, em regra, com a maioria do capital votante pertencente ao setor privado (exceto na hipótese da sua aquisição por instituição financeira controlada pelo Poder Público).

Para Marinela (2010, p. 517) o objetivo da constituição dessa nova pessoa jurídica é “separar a interessada parceria daquela que, após a licitação, está incumbida da execução do objeto do contrato, viabilizando com isso maior controle por parte do poder concedente”.

Portanto, chega-se a conclusão que a forma de contratação das Parcerias Público-Privadas, é realizada por meio de licitação, na modalidade de concessão, seja ela administrativa ou patrocinada, seguindo alguns procedimentos específicos para a sua efetivação.

Ademais, é uma das características basilares do Estado Subsidiário a regulação dos serviços, e não mais a sua execução. Com a introdução das Parcerias Público-Privadas, esta forma estatal amoldou-se perfeitamente a esta forma de contratação, uma vez que toda a execução e gestão de serviços e utilidades são do parceiro privado.

Neste sentido, o principal foco das Parcerias Público-Privadas é o foco na infraestrutura estatal, que hoje se mostra precária diante da real necessidade da população. Serão elas um problema ou a solução?

CAPÍTULO III – O ESTADO INFRATOR

3.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Como já demonstrado anteriormente, a criação das Parcerias Público-Privadas, foi um avanço na política brasileira visando proporcionar o desenvolvimento nacional, possibilitando ao setor privado a realização de parcerias com o setor público para que, com recursos próprios, possa assumir a responsabilidade de determinadas obras ou serviços públicos não atendidos pela ineficiência e precariedade da Administração Pública.

Neste sentido, Motta (2008, p. 280) afirma que

a exaustão da capacidade investir dos Estados capitalistas, sobretudo daqueles em vias de desenvolvimento (v. G. Brasil), exige novas fórmulas para viabilizar crescimento econômico. A proposta das PPP é solução que se apresenta viável, valendo destacar que a implantação do marco regulatório em nível federal (Lei nº 11.079/2004) é apenas o primeiro passo para longa empreitada.

Portanto, como qualquer outro instrumento jurídico, as Parcerias Público-Privadas possuem vantagens e desvantagens, sendo que o investimento de capital privado faz acreditar que haverá cuidados na execução dos serviços na busca de ganhos, de produtividade e eficiência, ainda que seja auferido lucro, com intuito de atender a crescente demanda social.

Figueiredo (2012, p. 117) assevera que

na prática, mais uma vez os modelos de gestão privada de recursos públicos com finalidades públicas, terminam por ser revelar, em inúmeros casos, visceralmente contrários aos propósitos legais idealizados.

Mesmo que o subsídio disponibilizado ao parceiro privado seja compatível com a qualidade dos serviços prestados, há de se reconhecer que muitas das vezes tais procedimentos de verificação não são realizados de forma adequada a detectar alguma irregularidade no serviço prestado pelo mesmo, aliado à sua má fé.

Mais adiante, Figueiredo (2012, p. 115) acrescenta que

a corrupção generalizada que contamina o sistema político e solapa a credibilidade nas instituições democráticas acaba por atizar a cobiça de indivíduos oportunistas e “espertos”, que vêem nos novos instrumentos de voluntarismo e de parceria entre o público e o privado não a consagração do interesse coletivo, mas apenas mais uma forma de ganhar dinheiro fácil.

Segundo o autor, a corrupção que assola a sociedade atual nos dias de hoje, faz diminuir a credibilidade destas parcerias firmadas entre o Estado e o parceiro privado, uma vez que na maioria das vezes elas visam satisfazer apenas interesses individuais e não do coletivo.

Di Pietro (2006, p. 297) observa que

no tema da parceria encontram-se no direito brasileiro inúmeros exemplos de situações que ou são frontalmente ilegais ou, pelo menos, estão na zona fronteira com a ilegalidade e a imoralidade administrativa. Isto sempre em nome da eficiência. É precisamente em nome dessa eficiência que tais situações vêm sendo toleradas e mantidas.

A autora verifica inúmeras situações onde o parceiro privado burla as limitações impostas a ele, tendo como justificativa a eficiência na prestação e gestão de serviços. Portanto, ferem-se, assim, os princípios basilares da Administração Pública: legalidade e moralidade.

3.1.1 Vantagens

A deficiência do aparelho administrativo e financeiro do Estado e da Administração Pública muitas das vezes dificulta, ou impede a realização do serviço eficiente para atender as necessidades de caráter social e econômico, devido o desenvolvimento do mundo globalizado.

Para Lima e Melo (2011, p. 14) as “PPP’s viabilizam a atração do investimento privado auxiliando o Estado no cumprimento das suas obrigações legais, assim não há motivo da iniciativa privada não investir no nicho de mercado”.

A expansão do investimento em infra-estrutura é uma condição fundamental para que, neste contexto, se firmem parcerias entre o ente estatal e o setor privado, viabilizando aos cidadãos uma prestação mais adequada de bens e serviços.

Ademais, Pinto (apud Lima e Melo, 2011, p. 14) assevera que

a utilização dos projetos PPP contribuirá para a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse público, bem como contribuirá para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos.

Portanto, uma das vantagens das Parcerias Público-Privadas, segundo Lima e Melo (2011, p.14) é a possibilidade

de a obra ser financiada com recursos privados, o que permite ao governo alavancar os investimentos em infra-estrutura, sem onerar os cofres públicos e mantendo seu endividamento estável, utilizando a capacidade administrativa e de inovação e, ainda, transfere pelo menos parte do risco para o setor privado.

Segundo os autores, com a implementação desta nova forma de contratação, o Estado se vê em situação de maior conforto e segurança, uma vez que tendo os riscos repartidos como parceiro privado. Além do mais há a possibilidade dos investimentos serem custeados por este, o que ocasiona um alívio aos cofres públicos.

Outras vantagens das Parcerias Público-Privadas, é que estas permitirão ao Estado planejar o desenvolvimento do país, viabilizando investimentos maiores do que o orçamento permite e aumentando, assim, a eficiência do gasto público já falidos da Administração Pública. Neste sentido, Lima e Melo (2011, p. 15) afirmam que

a flexibilização contida neste tipo de parceria é superior aos instrumentos legais atuais, dentre elas as Leis de Concessões e Permissões Lei nº 8.987/95, e a Lei nº 8.666/93 que trata das Licitações e Contratos, entre outras, o que Serpa importante para sua implementação em setores como o de transportes, energia, saneamento, habitação e recursos hídricos entre outros.

No caso de conflitos advindos das Parcerias Público-Privadas, poderão ser estes, sanados através da Lei nº 9.037/96, que é a Lei de Arbitragem. Neste sentido, ao afastar da guarida do Poder Judiciário tais conflitos, os problemas que poderiam demorar anos para serem solucionados, acabam sendo resolvidos com uma maior rapidez e dinamicidade. Portanto, “as partes se valem deste mecanismo de solução de litígios, tais como o sigilo, economicidade, rapidez, flexibilidade e informalidade, objetivando superar os problemas de ordem econômica”. (LIMA e MELO, 2011, p.15)

Portanto, a efetivação das Parceiras Público-Privadas, como meio de concretizar de serviços públicos, merece notoriedade. Elas podem proporcionar tanto ao ente estatal, quanto ao parceiro privados vantagens em que ambos os lados possam sair ganhando.

3.1.2 Desvantagens

É cediço que as Parceiras Público-Privadas, encontram diversas situações em que sua efetivação se esbarra nos óbices criados pelo ordenamento jurídico vigente.

Neste viés, Mendes (2012), afirma que são cinco os problemas encontrados na contratação das Parcerias Público-Privadas. Em primeiro lugar, destaca-se a necessidade de uma formulação mais complexa do contrato, do que nas concessões comuns, uma vez que além da partilha de riscos entre as partes, é preciso que se estime qual será o subsídio público r ao parceiro privado. Logo, “isso implica não só na dificuldade no desempenho dessa relação financeira de longo prazo, como também embute risco e corrupção, de acusações políticas de beneficiamento de empresas, etc.” (MENDES, 2012, p.05).

Em segundo lugar, o autor aponta que o Tesouro Nacional e os Tesouros Estaduais tem sido bastante cautelosos em relação aos riscos fiscais que vivem, no fato de o governo assumir o compromisso de fazer pagamentos ao longo de muitos anos a

uma empresa privada, uma vez que

existe a possibilidade de que agentes governamentais passem a usar esse mecanismo para driblar as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal relativas a limite máximo de endividamento dos entes públicos sem registrá-los no orçamento. (MENDES, 2012, p.05).

Em terceiro lugar, evidencia a baixa capacidade do setor público brasileiro para prospectar e formular projetos de infra-estrutura. Sendo assim, “ao lidar com esses projetos, as agências públicas acabam, muitas vezes, não sendo capazes de avaliar e distinguir corretamente a viabilidade financeira e a viabilidade econômica” (MENDES, 2012, p. 06). Como consequência deste fato, é dada preferência aos projetos mais rentáveis, que são encontrados na maioria das vezes nas concessões comuns.

Em quarto lugar, Mendes (2012, p. 06) coloca empecilho à contratação das Parceiras Público-Privadas, o fato da

Lei nº 11.079, de 2004, em seu art. 7º, ao contrário do que ocorre em outros países, não admite que sejam pagos subsídios aos parceiros privados durante a fase de construção (reforma/ampliação) da infraestrutura.

Neste sentido, tal pagamento só poderá ser feito quando tiver sido iniciada a operação dos serviços, inviabilizando, assim, as concessões patrocinadas ou administrativas, uma vez que necessitam de um grande incentivo inicial e um longo prazo para atividades pré-operacionais.

Por fim, o autor aponta como ultimo problema, o baixo grau de autonomia política de nossas agências reguladoras, que reduzem o grau de segurança do parceiro privado, temendo ser pressionado por questões políticas, e da população, que vê a possibilidade de corrupção nas relações com os parceiros privados.

Conclui-se então, que com a baixa disponibilidade orçamentária por parte do setor público brasileiro e a grande carência na infra-estrutura, faz-se necessário um aperfeiçoamento na legislação e nas instituições, para viabilizarem a expansão das Parceiras Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que elas podem proporcionar uma melhora significativa bens e serviços disponibilizados aos cidadãos.

3.2 DUPLA TRIBUTAÇÃO: O CALOTE OFICIAL

Como já ficou demonstrado, todos os entes, sejam eles de direito público ou privado, quando empregados na Administração Pública, direta ou indiretamente, deixam a desejar. Para Figueiredo (2012, p. 118), se evidenciam “especialmente quanto aos padrões de eficiência, lisura, boa governança e aos princípios jurídicos da finalidade, razoabilidade e moralidade”

Ademais, Figueiredo (2012, p. 118) assevera que o mais grave

ficou evidenciado quando o estado brasileiro busca institutos do direito privado ou se associa à iniciativa privada sob os eflúvios de supostas exigências de dinamicidade e modernidade, ele está, na verdade, captando mais recursos dos particulares, como nas parcerias público-privadas.

Portanto, o Estado, não satisfeito em já ter recebido uma contraprestação do setor privado, sob a forma de tributos, que, diga-se de passagem, é uma das mais elevadas do mundo, para a execução e gestão de obras públicas, por conta de sua ineficiência e precariedade, acaba fracassando nesta missão.

Ademais, o este estatal mobiliza o empresário particular para construir ou manter essas obras, impondo ao cidadão, que, teoricamente, já pagou por esses serviços, ao adimplir com os impostos cobrados para este fim, o dever de pagar a este, remunerando o capital empregado. Por este raciocínio, Figueiredo (2012) conclui que as Parcerias Público-Privadas, em qualquer uma de duas formas, correspondem a verdadeiros calotes oficiais.

Ainda segundo o autor, mesmo considerando-as um calote oficial, esta forma de contratação acaba por funcionar na prática. Quando a primeira parcela de tributos paga a Administração Pública, para a efetivação destes serviços não é realizada, e, posteriormente, se paga pelo benefício a ser utilizado, “que é entregue ao particular sob a forma de pedágio ou outro modo de remunerar a utilização do bem público, este sim, é aplicado corretamente sob o acicate autoritário da fiscalização estatal” (FIGUEIREDO, 2012, p.119).

Sendo assim, quando o cidadão paga uma elevada carga tributária para a efetivação de serviços assistencialistas e de infra-estrutura ao ente estatal, o mesmo diante de sua ineficiência e precariedade, não o faz. Mais adiante, o Estado cobra do parceiro privado, quando firmado a parceria, a efetivação de obras e serviços, os quais não foi capaz de proporcionar. Para compensar os gastos com a sua execução e gestão, é cobrado novamente do cidadão, agora pelo parceiro privado, uma contraprestação, a fim de custear os investimentos realizados, agora investidos corretamente.

Mais adiante, Estorninho (apud Figueiredo, 2012, p. 119) ensina que este fenômeno é chamado de “fuga para o Direito Privado”, afirmando que

para compreender exactamente esse fenômeno é preciso lembrar que, tradicionalmente, quando o Direito Administrativo não espelhava o estado de Direito e não possuía verdadeiras formas jurisdicionais de proteção, a utilização do Direito Privado pela Administração Pública era favorável ao cidadão; hoje, pelo contrario, existe o perigo de a Administração, através de uma “fuga para o Direito Privado” se libertar de sua vinculações jurídico-públicas.

Esta fuga mencionada pela autora, aqui no Brasil, corresponde a uma fuga aos regramentos do Direito Público para adimplir responsabilidades coletivas não atendidas, uma vez que, somente com a participação do setor privados que as

necessidades do ente estatal conseguirão ser efetivadas.

Ainda nesta esteira, Figueiredo (2012, p. 119) assevera que esta mencionada fuga para o Direito Privado “corresponde a mais uma drenagem de recursos do setor produtivo por via oblíqua ou indireta para suprir ineficiências da Administração Pública.”. Acrescenta ainda que o Estado ao buscar parcerias com o setor privado a fim de viabilizar a prestação de determinados serviços públicos, repasse-se aos particulares, sob o escudo do princípio da subsidiariedade, encargos que originalmente pertenciam ao setor público no âmbito do Estado Social ou Estado Providência. (FIGUEIREDO, 2012)

Por fim, não basta apenas a criação de institutos que visem a melhoria estatal, sem que estas obras e serviços, proporcionados à população, sejam devidamente geridas e executadas pelo parceiro privado, sempre em prol do interesse público ou legítimo. Para isso, é necessário que a Administração Pública se firme em padrões éticos e morais, bem como aos parâmetros de direito fundamental à boa administração.

Para tanto, Freitas (apud Figueiredo, 2012, p. 120) preconiza que o princípio da boa administração consiste no

direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Conclui-se então, que sem a observância desses pressupostos e enquanto não houver meios eficazes de controle da Administração Pública fundados nos princípios da efetividade da Constituição, de nada adianta as inúmeras mudanças na estruturação legal ou a substituição das formas ou do regime jurídico dos instrumentos de ação, tendo como exemplo as Parcerias Público-Privadas.

CONCLUSÃO

O presente estudo partiu de uma análise do tema: as Parcerias Público-Privadas e as transformações na Administração Pública brasileira, apresentando conceitos, modalidades e críticas a essa nova forma de contratação..

Pretendeu-se, com este trabalho, evidenciar que o Estado Liberal se caracterizava pela pouca, ou quase nenhuma intervenção na economia e na solução de problemas sociais. No início do século XX o Estado Liberal passou por modificações profundas advindas das Revoluções Sociais. O modelo de Estado contemporâneo no Brasil, conhecido por Estado Social, tem como característica, justamente, uma maior intervenção nos campo social e econômico, modificando assim, a estrutura do chamado Estado Liberal, o qual se iniciou. Em decorrência deste papel a máquina pública assume responsabilidades muito amplas na própria infra-estrutura que serve de base para atividades econômicas. Assim, ao lado dos grandes encargos na prestação de serviços públicos essenciais, o Estado ainda tem

que investir na realização de obras públicas de custo muito elevado. Daí o surgimento das novas formas de concessões de serviço público e das Parcerias Público-Privadas.

Sabe-se, por exemplo, que a norma vigente implantou duas novas formas de contrato de concessão de serviços públicos, sendo elas: a modalidade patrocinada e a administrativa. A primeira é a mesma prevista na lei 8.987/95, Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos, ou seja, uma delegação de prestação de serviços públicos, precedido, ou não, de obra pública feita pelo Poder Público, tendo como característica marcante, e que a distingue das concessões comuns a forma de remuneração pela atividade exercida pelo particular. A segunda por sua vez, também se aproxima do contrato de prestação de serviço comum, sendo que neste caso a administração é usuária direta, ou indireta, do serviço prestado e o mesmo, de acordo com a lei, deve ser mesclado com a execução de obra e o fornecimento de bens.

A pesquisa mostrou, também, que dentre as características marcantes das Parcerias Público-Privadas dispostas na Lei 11.079/04, podemos destacar que a modalidade de licitação, foi a concorrência, com algumas peculiaridades na realização do procedimento licitatório a serem abordadas no presente trabalho; a forma contraprestação pelos serviços prestados que neste caso, não advêm somente do usuário, como é caso da concessão comum, mas da própria Administração Pública; e o prazo de vigência do contrato de parceria compatível com a amortização dos investimentos realizados.

Em relação ao aspecto jurídico, restou demonstrado, por meio da doutrina e tendo em vista a legislação existente, que a finalidade do legislador em implementar o regime de Parceria Público-Privada se deu inicialmente pela indisponibilidade dos recursos financeiros do Estado em realizar investimentos, principalmente infra estruturais, em seus diversos setores, bem como a busca pela eficiência na gestão dos serviços prestados pelo parceiro privado.

Por fim, quando o Estado busca um parceiro privado para a realização de algum serviço público, tendo como norteador o princípio da subsidiariedade, ele visa suprir as ineficiências decorrentes da sobrecarga de deveres e responsabilidades estatais. Nesse mesmo sentido, a incapacidade para acompanhar e fiscalizar a execução dos projetos apresentados, aliada a conduta desonesta e fraudulenta de muitos parceiros privados fomentam ainda mais a falta de credibilidade popular em relação ao Estado.

REFERÊNCIAS

ARALDI JÚNIOR, João Irineu. A falibilidade do juspositivismo frente ao moderno estado de direito e a aceleração das relações interpessoais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-uridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8208>. Acesso em jun 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 6ª edição, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos – org. Por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Sub Chefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013

BRASIL. Lei 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Sub Chefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013

BRASIL. Lei 11.079 de 30 de Dezembro de 2004. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Sub Chefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013

CALDAS, Roberto. Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAPISTRANO, Márcio Anderson Silveira. Responsabilidade do Estado por atos lícitos: do modelo liberal ao sistema solidarista. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12586>. Acesso em 06 junho de 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5 ed., 2. Reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006.

- DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade Como forma de Estado de Direito. Kriterion, Belo Horizonte, v 45, n. 109, junho de 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0100-512X2004000100004&lng=en&nr...>. Acesso em 16 de maio de 2013.
- FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Parceiras público-privadas: aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FREIDE, Reis. Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parceria Público-Privada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DE GOIÁS (IDAG); MOTTA, Fabrício (Org.). Direito público atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- LIMA, Eldo de; MELO, Luísa Paula Ribeiro Nogueira. Vantagens de uma Parceria Público-Privada. In Revista Fiar, vol. 01, nº. 01, 2011. <http://www.fiar.com.br/revista/pdf/1328197414VANTAGENS_DE_UMA_PARCERIA_PBLICOshyPRIVADA4f2aaf268aode.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2013.
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 27ª ed. Rev. E atual. Pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto, São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Niterói: Impetus, 2010.
- MAURANO, Adriana. A redefinição do papel do Estado e a introdução de novas figuras jurídicas no Direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 531, 20 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6073>>. Acesso em 29 de agosto de 2013.
- MENDES, Marcos. O que são Parceiras Público-Privadas (PPP)? In Brasil, Economia e Governo, 2012. Disponível em <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2012/04/o-que-são-parcerias-público-privadas.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2013.
- MENEZES, Anderson de. Teoria Geral do Estado – atual. Por José Lindoso. 4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005
- PEREIRA, Carlos Eduardo de Queiroz. Parceiras Público-Privadas: Novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para controle. Universindade de Brasília – Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2006. Disponível

em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053994.PDF>> Acesso em: 29 de agosto de 2013.

SOUZA, Fabio Luis Mariani de. O Estado social. (2008). Disponível em: <<http://www.litoralmania.com.br/colunas.php?id=796>>. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

SPARAPANI, Priscilia. O modelo de estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11257>. Acesso em: 29 de agosto de 2013

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VECHIO, Giorgio Del. Teoria do Estado. São Paulo, Edição Saraiva, 1957.

Disponível em: <http://matheusmansodefigueiredo.jusbrasil.com.br/artigos/187520065/as-parcerias-publico-privadas-e-as-transformacoes-da-administracao-publica-brasileira>

