

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

CARINA LOPES SILVA DONADON

**PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DA LEI DAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÃO PATROCINADA
E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA**

MARÍLIA
2013

CARINA LOPES SILVA DONADON

PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DA LEI DAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÃO PATROCINADA E
CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientadora:
Prof^a. Dr^a. IARA RODRIGUES DE TOLEDO

MARÍLIA
2013

DONADON, Carina Lopes Silva.

Privatização dos Serviços Públicos à Luz da Lei das Parcerias Público Privadas: Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa; orientadora: Profa. Dra. Iara Rodrigues de Toledo. Marília, SP [s.n.], 2013.

118 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

CDD

CARINA LOPES SILVA DONADON

PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DA LEI DAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÃO PATROCINADA E
CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

Orientador: _____
Prof^a. Dr^a. Iara Rodrigues de Toledo

1° EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2° EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, ____ de _____ de 2013.

Dedico este trabalho a Deus, a meus amados pais Sebastião e Cida, a minha irmã Cláudia e em especial, ao meu marido Fábio, que sempre me apoiou e me deu forças para concluir essa importante etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Centro Universitário “Eurípides de Marília - UNIVEM” que, ao me receber, proporcionou-me a oportunidade de aprendizado e realização de um grande sonho.

Ao Corpo Docente do Programa de Mestrado em Direito, por toda dedicação e ensinamentos; aos amigos do Curso de Mestrado, pela jornada e pelo apreço; às sempre prestativas Taciana e Leninha, que nunca pouparam esforços para nos atender da melhor forma possível, nos incentivando com carinho e amizade.

Aos Professores Dr. Lafayette Pozzoli, Dra. Marisa Rossinholi e Dr. Edinilson Donisete Machado, pelas importantes contribuições que fizeram a este trabalho.

À Professora Dra. Iara Rodrigues de Toledo, que gentilmente aceitou-me como orientanda - o que me honrou imensamente!

Agradeço por toda atenção, carinho, paciência e orientação.

A Deus que é a razão de tudo!!!

“Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso e pessoas fracassadas. O que existem são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles.”

(AUGUSTO CURY)

DONADON, Carina Lopes Silva. **Privatização dos serviços públicos à luz da lei das parcerias público-privadas: concessão patrocinada e concessão administrativa**. 2013. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

O presente trabalho traça uma análise crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, sobre a privatização dos serviços públicos à luz da lei nº 11.079/2004, trazendo reflexões sobre Parceria Público-Privada que trata do compartilhamento contratual de responsabilidades entre a Administração Pública e o ente privado na prestação de serviços de interesse coletivo. Na realidade, são modalidades especiais de concessões públicas e diferenciam-se das demais ao apresentarem características peculiares decorrentes da estratégia da Administração Pública que, visando suprir a deficiência econômica estatal frente a determinados setores sociais que exijam grandes investimentos, oferece maiores garantias aos parceiros privados para que estes tenham interesse em investir nesses setores. Desta maneira, permite-se a atuação do Poder Privado, ainda que indireta, na prestação de serviços e obras públicas não privatizadas do Estado e para as quais este não dispõe de recursos para exercê-las diretamente. A Administração Pública, indiretamente, vem proporcionar serviços públicos de cunho eminentemente social aos seus administrados, mediante os contratos de Parcerias Público-Privadas que, dotados de objeto diferenciado, têm como destino a prestação ou a exploração de serviço público ou de obra pública, os quais ficam a cargo dos parceiros privados que, para tanto, são destinatários de contraprestação, total (concessão administrativa) ou parcial (concessão patrocinada), prestada pelo parceiro público, o que não se vislumbra nas demais modalidades de concessão. O procedimento licitatório é também exigido pela Lei das Parcerias, como nas demais espécies de contrato público. São impostas algumas limitações à instituição das Parcerias Público-Privadas, bastando à ocorrência de qualquer uma delas para impedir a consecução contratual. Tanto a Administração como o ente privado irá responder proporcionalmente às responsabilidades assumidas na celebração contratual e em conformidade com a gravidade da falta, em caso de eventual inadimplência. As Parcerias Público-Privadas como instrumentais utilizados pelo Poder Público em nome do interesse social, devem ser aplicadas aos princípios que regem globalmente a Administração Pública, estando alguns deles consagrados constitucionalmente pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988, contudo o rol apresentado no artigo supra não é taxativo, sendo a Administração Pública também regida por outros inúmeros princípios, dentre os quais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Na realidade, o objetivo das Parcerias Público-Privadas é incentivar o investimento privado em serviços públicos considerados estratégicos e de grande importância para o crescimento do país.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas; concessão comum; concessão administrativa; concessão patrocinada; privatização.

DONADON, Carina Lopes Silva. **Public services privatization under the Law of public-private partnerships: sponsored concession and administrative concession**. 2012. 118 f. Course essay (Law Master Degree) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

The current essay draws a critical analysis of the foundation of legal dogmatic, about public services privatization under the law number 11.079/2004, bringing reflections on Public-Private Partnership which deals with contractual sharing of responsibilities between Public Administration and the private on provision of collective interest. In fact, they are special modalities of public concessions and differ itself from others by presenting peculiar characteristics due the Public Administration strategy which, in order to supply the state economical shortcoming front determined social sectors which demands huge investments, offer greater warranties to private partners so they may be interested in invest in these sectors. Thus, it is allowed the Private Power performance, however indirect, on services and public works not private of Estate and for which this does not have resources to directly exert. The Public Administration, indirectly, provides social public services to their administrators, through contracts of Public-Private Partnership that, gifted on different aim, has got as destination public service or work installment or exploitation, which are private partners' role for which they are addressee of total consideration (administrative concession) or partial (sponsored concession), provided by public partner, that does not sees in other types of concessions. The bidding procedure is demanded by Partnership Law as well as the other kinds of public contract. Some limitations are imposed to the institution of Public-Private Partnership, simply for occurrence of any of them to block the achievement of contract. Both the Administration and the private entity is going to respond proportionately to the contractual responsibilities on celebration and in accordance with the seriousness of the misconduct, in case of possible default. The Public-Private Partnerships as instrumental utilized by the Public Power in the name of social interest, should be applied to principles which globally rules the Public Administration, being some of them constitutionally consecrated by the article 37 of Federal Constitution of 1988, although the presented list in the article above is not exhaustive, being the Public Administration also governed by several principles, among them, the principle of public interest supremacy upon private interest. In fact, the aim of Public-Private Partnerships is to encourage the private investment in public services considered strategic and very important to the country growth.

Keywords: Public-private partnerships, common concession, administrative concession, sponsored concession and privatization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA ATUAÇÃO ESTATAL PERANTE A SOCIEDADE	14
1.1 Do Estado Liberal ao Estado Social	14
1.2 O Estado subsidiário de direito.....	15
1.3 Princípios da administração pública	16
1.3.1 Noções gerais dos princípios	16
1.3.2 Princípios aplicáveis na Administração Pública, de acordo com o artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988.....	21
1.3.3 Outros Princípios aplicáveis no Âmbito da Administração Pública.....	26
1.4 A Utilização das PPP's historicamente.....	33
CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA PRIVATIZAÇÃO	37
2.1 A importância da privatização	37
2.1.1 Fundamentos	37
2.1.2 Âmbito de atuação da privatização	37
2.2 As PPP's na prática (Concessão e PPP)	38
2.2.1 Modalidades de concessão.....	38
2.2.1.1 Concessão comum.....	40
2.2.1.2 Concessão patrocinada.....	44
2.2.1.3 Concessão administrativa	45
2.2.2 Concessão de serviço público como contrato	47
2.2.3 Concessão de obra pública, autorização e permissão de serviço público... ..	48
CAPÍTULO 3 – PARCERIA PÚBLICO- PRIVADAS (PPP) – LEI N° 11.079/2004	50
3.1 Conceito de PPP na legislação e na doutrina	50
3.2 Análise de caso concreto de PPP no Brasil	52
3.3 Características específicas das parcerias público-privadas	59
3.3.1 Remuneração.....	59
3.3.2 Admissibilidade do instituto da arbitragem	61
3.3.3 Peculiaridades do procedimento licitatório e as limitações impostas	62
3.3.4 Fundo garantidor de parceria público-privadas (FGP)	65
3.3.5 Vencimento contratual, penalidades e a fiscalização	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	73
ANEXOS	77

INTRODUÇÃO

Pretende-se por meio dessa pesquisa jurídica traçar uma análise crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, sobre a privatização dos serviços públicos à luz da lei das parcerias público-privadas (Lei n° 11.079/2004), nas modalidades concessão patrocinada e concessão administrativa.

No desenvolvimento do presente estudo, várias foram as fontes de pesquisa, ou seja, através de doutrinas; jurisprudências; acórdãos; textos retirados da internet, fonte de ricas informações nos dias atuais; meios de comunicações, entre eles jornais e revistas.

Também foi realizada uma pesquisa sobre casos concretos acerca do tema e breve análise dos benefícios e malefícios decorrentes das Parcerias Publico Privadas.

No Primeiro capítulo, foram feitos apontamentos sobre o Estado Liberal, Estado Social e Estado subsidiário do Direito. O Estado no decorrer da história, nem sempre atuou diretamente no setor econômico, juntamente com os acontecimentos ele foi ampliando sua esfera de ação e em dado momento chegou a levar a ação estatal a todos os campos da vida social. Contudo, o Estado não conseguiu cuidar de todos os setores, visto a falta de recursos, entrando em crise.

Com o surgimento dos neoliberais a idéia de redução do tamanho do Estado, encontrou respaldo nas diretrizes da globalização econômica, tais como a livre movimentação de capitais por todos os países, a quebra de barreiras comerciais e a eliminação de restrições a investimentos estrangeiros.

No Brasil, as modificações mais significativas iniciaram-se no governo Fernando Collor de Mello (15/04/1990 a 29/09/1992), mas somente foram concretizadas no governo de Fernando Henrique Cardoso, presidente por dois mandatos consecutivos (1995 a 1998 e de 1999 a 2002).

A reforma do Estado consolida a idéia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Desta forma, pretende-se que o Estado reduza seu papel de prestador de serviço direto.

A Lei n° 11.079/2004 instituiu expressamente as Parcerias Público-Privadas, modalidades contratuais especiais de concessão de serviços ou obras

públicas, com o objetivo de suprir a ausência de recursos públicos necessários ao investimento em setores de cunho econômico social que exigiam investimentos de maior monta e não privativos da execução direta do Estado, tendo-se em vista serem os mesmos de imprescindível interesse público, devendo ser prestados de forma adequada e eficiente, sem onerar os administrativos.

Na realidade, elaborou-se a Lei das Parcerias Público-Privadas com a finalidade de atrair investidores privados para os setores sociais, oferecendo a estes condições especiais. Contudo, para ser contemplado com a possibilidade de obter condições especiais junto a Administração são necessários que sejam rigorosamente atendidos os requisitos estabelecidos expressamente no dispositivo legal em questão. A participação financeira do Estado apresenta-se como um dos principais diferenciais entre as Parcerias Público-Privadas e as demais modalidades de concessão pública.

Válido ressaltar, a importância dos princípios aplicados na Administração Pública, eles representam papel de grande importância no Direito Administrativo, visto que concede liberdade a Administração e ao Judiciário de estabelecer o equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados.

Foram feitos apontamentos sobre os princípios aplicáveis na Administração Pública, de acordo com o artigo 37, *caput* do Constituição Federal de 1988 e os demais princípios também aplicáveis, isto é, de acordo com o artigo 37, *caput*, princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência; e de igual importância os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, segurança jurídica, motivação, devido processo legal e ampla defesa, controle judicial dos atos administrativos e supremacia do interesse público sobre o privado.

Fez-se necessária uma breve análise histórica do desenvolvimento da relação existente entre os setores público e privado para, a partir de então, justifica-se a necessidade da instituição da Lei de Parcerias que, sendo dotada de cunho eminentemente social, teve por escopo suprir as deficiências econômicas do aparelho estatal, atendendo às necessidades de setores sociais que, por sua natureza, sejam destinatários de custos mais elevados, ao possibilitar a prestação eficiente de serviços públicos adequados, ainda que executados indiretamente pelo Estado, através da figura dos parceiros privados. Deve-se ressaltar a

importância fundamental da imposição legal de limitações, tanto ao parceiro público quanto ao parceiro privado, com o intuito de ser obtido o efetivo respeito aos princípios constitucionais e administrativos, a fim de se atingir, primordialmente, a moralidade administrativa.

No segundo capítulo, foram tecidas considerações à respeito da importância da privatização no Brasil e sobre as modalidades de concessões públicas, que vêm a ser classificadas em concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa, sendo a primeira delas regulada pela Lei nº 8.987/95, enquanto as demais, pela Lei nº 11.079/2004. Também foi demonstrada as diferenças entre concessão, permissão e autorização, institutos já conhecidos anteriormente a promulgação da Lei Federal.

No terceiro e último capítulo, passou-se à abordagem das Parcerias Público-Privadas como novo marco regulatório brasileiro, ao proporcionar ao Poder Público a possibilidade de execução, ainda que indireta, de obras e serviços públicos que exijam altíssimos investimentos econômicos, quando o Estado esteja desprovido de recursos, através da figura do parceiro privado que, em contrapartida, será destinatário de garantias especialíssimas, dentre as quais merece destaque a repartição dos riscos da atividade contratada entre o Estado como parceiro público e seu respectivo parceiro privado.

Casos concretos, como o projeto da Linha 4 – amarela do Metrô de São Paulo; Rodovia MG – 050, em Minas Gerais e Emissário Submarino de Salvador, na Bahia. A Parceria Público Privada que primeiro ficou concretizada foi a Linha 4 – amarela (Anexo A).

Também foi mencionado o Projeto de Lei do Senado Federal nº 513, de 2001, que discorre sobre o estabelecimento de normas gerais para a contratação de Parceria Público Privada a fim de promover a construção e administração de estabelecimentos penais, visando a ressocialização do detento, desafogar o sistema carcerário atual e aplicar o dinheiro público de forma coerente e eficaz.

Finalizando este trabalho, foram enfatizadas as características inerentes às Parcerias Público-Privadas, quais sejam: o objeto específico, a remuneração diferenciada, a tão controvertida admissibilidade do instituto da arbitragem, os diferenciais existentes em seu processo licitatório, as limitações impostas tanto aos parceiros públicos quanto aos parceiros privados, a figura do órgão público

como gestor das Parcerias, a instituição obrigatória do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, as garantias financeiras e creditícias, as penalidades e a fiscalização.

CAPÍTULO 1 – PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA ATUAÇÃO ESTATAL PERANTE A SOCIEDADE

1.1 Do Estado Liberal ao Estado Social

Bonavides (1993, p.14-30) ensina ter o Estado Liberal, que vigorou durante o período compreendido entre os séculos XVII e XVIII da Era Cristã, surgido por obra da burguesia que, através de reações anti-absolutistas, corroe as bases do absolutismo. Podendo ser citadas, dentre as mencionadas reações: Revolução Inglesa (1689), a Revolução Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789 a 1799), tendo esta última fulminado o absolutismo. O Estado Liberal é um modelo estatal que prega a limitação do Poder dos Governantes, assegurando uma falsa igualdade e liberdade social.

Por volta do século XIX surgiu o Estado Social de Direito como decorrência de reações anti-liberais, dentre as quais mereceu destaque uma quarta revolução, ou seja, a Revolução Industrial. Nesse período surgiu o proletariado como nova classe social que, infelizmente, foi marginalizada em virtude da omissão do aparelho estatal.

O Estado Social de Direito, que foi consolidado com o advento da Segunda Guerra Mundial, atribuiu ao Estado a busca pela igualdade social, mediante sua intervenção na ordem econômica e social. Todavia, essa intervenção provocou o crescimento imensurável do aparelho estatal, acarretando a deficiência dos serviços públicos que atingiu, direta e nocivamente, as necessidades sociais da coletividade, acabando por distanciá-la do tão sonhado bem estar social.

Não bastasse tal defasagem, houve também a desestabilização no sistema de separação de poderes, assegurado constitucionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao fortalecer o Poder Executivo, que passou a legislar, utilizando-se indiscriminadamente de medidas provisórias, em detrimento do Poder Legislativo, ao qual compete tal tarefa, primordialmente. Por sua vez, o Poder Judiciário também não foi capaz de acompanhar os inúmeros conflitos que surgiram subitamente como decorrência da celeridade do crescimento estatal.

O Estado Democrático de Direito adquiriu caráter ainda mais democrático com a efetiva participação popular nas decisões do Estado, tendo-se em vista o interesse público e a busca da realização da justiça social. Contudo, os serviços públicos continuavam deficitários, pois a grande extensão do Estado o impossibilitou de cumprir integralmente seu papel frente ao galopante crescimento das necessidades sociais.

Conseqüentemente, quando falamos em Estado Democrático de Direito, imaginamos a participação efetiva do cidadão e mais, notamos a presença concreta da justiça material realizada.

1.2 O Estado subsidiário de direito

O Estado Subsidiário surgiu como bálsamo curador, com a finalidade de sanar as deficiências na prestação dos serviços públicos, ao suprir as presentes e emergentes necessidades sociais.

Para tanto, fundando-se no Estado Democrático de Direito, objetivou-se reduzir o tamanho descomunal da máquina estatal, ao limitar sua atuação, que passou a ser restrita às atividades que lhe são inerentes, privatizando as demais, ou seja, deixando-as a cargo do setor privado, mediante a delegação dessas atividades pelo setor público, especialmente através de contratos de concessão, dos quais são espécies da Parceria Público-Privada.

No entanto, o Estado não se desonera de sua tarefa primordial, isto é, a de garantir a prestação dos serviços públicos adequados e contínuos a toda à coletividade, competindo-lhe obrigatoriamente suprir eventuais deficiências nesses serviços, tendo, portanto, atuação subsidiária.

Conforme os ensinamentos de Di Pietro (2009, p. 15):

O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção do Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do estado. Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Reum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

Assim, o princípio da subsidiariedade está em um:

[...] Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais. (DI PIETRO, 2009, p. 16).

Com a efetiva participação do parceiro privado em conjunto com o parceiro público, as barreiras existentes vão se dissolvendo e as possibilidades de crescimento com relação à prestação de serviço e da satisfação da coletividade sem dúvida aumentam enormemente.

1.3 Princípios da administração pública

Embora realizado grandes estudos e reflexões sobre o Direito Administrativo, notamos que ainda há muito que se analisar e estudar, devido ser considerado um ramo do direito relativamente novo perante os demais.

1.3.1 Noções gerais dos princípios

Atualmente, vêm se entendendo que os princípios estão compreendidos no conceito de lei e também no conceito de princípios gerais do direito. Dessa forma, é dividido respectivamente em princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica, sendo que essa tendência recebe o nome de pós-positivista.

Espíndola (1999, p. 28) entende que:

[...] os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas.

Segundo Mello, as discussões e os debates que ocorrem sobre os princípios entre os juristas, conseqüentemente fazem com que se dividam em

campos opostos, principalmente os positivistas e jusnaturalistas. Cabe ressaltar que, segundo o autor acima citado, a posição dos positivistas é que “corresponde aos princípios gerais de dado direito positivo, confundido por alguns com a própria analogia jurídica”; enquanto para os jusnaturalistas “corresponde aos princípios gerais de direito sem cogitação de dada ordem jurídica específica, transcendendo o problema da técnica jurídica para o da filosófica do direito” (MELLO, 1969, p. 358).

Atualmente, os juristas enfrentam grandes desafios para compreender, interpretar e aplicar os princípios corretamente. De acordo com estudos realizados, descobriu-se que há uma tendência de alguns de não atribuir aos princípios a sua devida importância no ordenamento jurídico, aplicando unicamente o direito puro e simples.

Para Cretella Júnior (1988, p. 07) os “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

É relevante apontar que a doutrina contemporânea tem se preocupado de certa forma com a importância dos princípios, pois eles são utilizados como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito.

O vocábulo princípio possui dois sentidos, isto é, um vulgar e outro técnico. Na linguagem vulgar, princípio tem sentido de “aquilo que vem antes de outro, origem, começo, momento em que se faz uma coisa pela primeira vez” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 43).

Até mesmo o dicionário procura estabelecer diferenciações entre estes dois sentidos. Então, na concepção vulgar o princípio nada mais é do que “momento ou local ou trecho em que algo tem origem”, a seguir diz que é “causa primária” e finaliza dizendo que é “preceito, regra” (PRINCÍPIO, 2004).

Sendo assim, princípios na realidade é a base, o alicerce de qualquer ciência e, por seu turno, caso haja alguma alteração em determinada ciência, esta deve ser subordinada a esses princípios; a não ser que, quando ocorrer essas alterações no ramo da ciência, os princípios também já tiverem sido modificados em qualquer dimensão; às vezes são tão pequenas as alterações que nem se percebe.

Já o princípio no sentido técnico, é vago, ou seja, “não oferecendo nenhuma indicação precisa sobre o papel lógico da proposição que se considera” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 44).

Delgado (1994, p. 34-44) entende que:

[...] filosoficamente, princípio é ‘finte ou causa de uma ação’ para, de imediato, explicar que ele é uma ‘proposição que se põe, no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.

Importante ressaltar, que muitos doutrinadores enaltecem a importância dos princípios, sendo que, um deles foi Norberto Bobbio, que ao descrever o seu entendimento, apontou também os equívocos que a palavra princípio pode trazer. Conforme o autor, os princípios gerais são normas como todas as outras e, para sustentar esta posição, utiliza de dois argumentos, quais sejam:

[...] ‘se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser norma também eles: se abstrato da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas?’ (BOBBIO apud DELGADO, 1994, p. 35).

Os princípios possuem supremacia no escopo do ordenamento jurídico e justamente por esse motivo, sua atuação no direito não é uniforme, ou seja, eles exercem funções diversificadas.

Há várias classificações elaboradas sobre os princípios. Entre elas entendemos que a mais certa seria a adotada por Cretella Júnior, visto que divide em princípios em onivalentes, plurivalentes, monovalentes e também acrescenta os setoriais. Esta “classificação é fundamentada no critério da abrangência procurando defini-los e indagar até que ponto se referem a está ou àquela ciência, ou mesmo, ao próprio pensamento em si” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 45).

De acordo com Cretella Júnior (1999, p. 45) os princípios onivalentes valem para qualquer ciência, isto é, “são proposições gerais, porque delas podem ser deduzidas diversas proposições especiais”.

O autor ainda salienta que essas proposições são:

[...] os princípios racionais ou princípios diretores do conhecimento, proposições formais que dirigem o exercício do pensamento, como: o princípio de identidade, o princípio de contradição, o princípio de terceiro excluído e o princípio da razão suficiente (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 46).

Para melhor compreensão, necessário se faz explicar cada um desses itens apontados acima, ou seja, quando se falar em princípio de identidade significa que um mesmo termo deve representar um mesmo conceito, pois “a mesma proposição não pode ser verdadeira e falsa, ao mesmo tempo e sob a mesma relação” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 46).

Com relação ao princípio de contradição, significa, por exemplo, que não pode haver duas posições contrárias e corretas sobre a mesma coisa e ao mesmo tempo, ou seja, “uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo” (GASPARINI, 1995, p. 5).

O princípio de terceiro excluído, que por sua vez também é chamado de princípio do meio excluído, relata que se determinada proposição foi verdadeira, a outra será considerada falsa, sem que seja possível uma terceira solução, pois entre a afirmação e a negação não há possibilidade de meio termo.

Quanto ao princípio da razão suficiente:

[...] declara que nada existe sem que haja uma razão para isso (ou sem que haja uma razão que explique o porquê dessa existência ou desse acontecimento), ou, nas palavras do próprio filósofo, que aliás, considera esse princípio como uma das grandes proposições em que se alicerça o raciocínio humano, nenhum fato é verdadeiro ou inexistente e nenhum enunciado é verdadeiro sem a razão suficiente para que assim seja e não seja de outro modo (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 47).

Todos os princípios acima expostos são denominados onivalentes. É relevante apontar ainda, que os princípios onivalentes têm lugar de destaque entre os princípios, visto que é considerado o ponto de partida para enunciação

de outras proposições, sendo que estas podem ser peculiares a um determinado grupo de ciências.

Os princípios plurivalentes têm valor para um determinado grupo de ciências, pois enquanto os princípios onivalentes são comuns a todas as ciências, os princípios plurivalentes são comuns apenas a um determinado grupo de ciências. Como exemplo de princípios plurivalentes, pode-se citar “o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas” (DI PIETRO, 2010, p. 62).

Quanto aos princípios monovalentes, entende-se que são aqueles destinados a um só campo do conhecimento. Di Pietro (2010, p. 62) relata que “há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais do direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei”.

Para finalizar a classificação dos princípios, importante se faz explanar brevemente sobre os princípios setoriais, que por seu turno, nada mais são do que “proposições básicas que informam os diversos setores em que se divide a ciência” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 50).

Sendo assim, o Direito Administrativo é composto por determinados princípios que podem ser do próprio Direito Administrativo, como também podem ser de outros ramos do direito público.

O Direito Administrativo, como toda área de Direito, possui determinados princípios. Esses princípios devem ser classificados, pertencem a um campo repleto de lacunas, que por sua vez, exigem serem preenchidas com a máxima urgência.

Em decorrência disso,

[...] o art. 37, caput, reportou de modo expresse à Administração Pública (direta, indireta ou “fundacional”) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente em Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros, por nele estarem obrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de

Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo (MELLO, 2000, p. 56).

Os princípios representam papel de grande importância no Direito Administrativo, pois através deles é possível estabelecer o equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados.

1.3.2 Princípios aplicáveis na Administração Pública, de acordo com o artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988

Para melhor desenvolvimento do presente estudo serão expostos os pontos de maior relevância de cada princípio aplicável ao Direito Administrativo.

A Constituição Federal de 1988 apresenta dispositivo elencando os princípios aplicados na Administração Pública, ou seja, de acordo com o “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”, no entanto, aplicamos também outros princípios, estes, empregados de forma tácita, mas de igual importância, que será abordado posteriormente.

O **princípio da legalidade** nasceu com o Estado de Direito, pois provém da submissão do Estado à lei. A lei define qual será o direito e estabelece como serão usados esses direitos em benefício da coletividade.

A Administração Pública deve obedecer fielmente às leis, pô-las em prática no seu cotidiano, podendo apenas fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.

Segundo Meirelles (2002, p. 86) a legalidade:

[...] significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

No Brasil, o princípio da legalidade está em determinados dispositivos que atribuem uma postura rigorosa e delimitada, sendo eles os artigos 5º, II; 37 e 84,

IV da Constituição Federal de 1988. Entende-se que no nosso ordenamento a Administração só poderá atuar de acordo com que a lei determine, ou seja, só poderá realizar o que a lei antecipadamente autorizar; já com relação aos particulares, estes podem fazer tudo àquilo que a lei não proíbe.

Importante evidenciar, que a Administração Pública depende da lei porque sem a lei ela não poderá, através de um mero ato administrativo, criar obrigações, conceder direitos ou proibir os administrados de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

O princípio da legalidade pode sofrer modificações, sendo que, essas mudanças ocorrem em virtude de situações excepcionais da Lei Maior, em casos previamente indicados pela Constituição Federal que dá essa faculdade ao Presidente da República para quando ocorram casos de grande urgência ou gravidade, como: medidas provisórias, estado de defesa e estado de sítio.

Com isso, conclui-se sobre o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, que:

[...] administração é atividade subalterna à lei; que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro (MELLO, 2000, p. 74).

Observa-se, que todos os atos praticados pela Administração Pública devem estar previstos na lei, pois caso contrário, se o administrador não se ater para o disposto na lei e agir conforme o seu convencimento, irá gerar insegurança jurídica, visto que a sociedade não terá um parâmetro único para usufruir de seus direitos e cumprir os deveres que lhe são inerentes.

De acordo com o **princípio da moralidade**, a Administração Pública não deve seguir apenas a lei, devendo também abranger a moral, visto que às vezes o que é legal não é honesto; o agente administrativo deve ter em mente a diferença entre o honesto e o desonesto. Assim, restará a ele decidir apenas entre o legal e o ilegal.

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, pois a moralidade administrativa é imposta ao agente público para que este

exerça adequadamente sua conduta interna; a moralidade comum é imposta ao homem com a intenção de regradar sua conduta externa.

O princípio da moralidade administrativa encontra-se expressamente protegido pelo instituto da ação popular, nos termos no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Convém lembrar que, a atividade do administrador não pode visar somente à eficiência da administração, pois deve dar margem à vontade de viver honestamente, de dar a cada um o que lhe for de direito. O bom administrador é aquele que segue a moral comum, não se podendo guiar apenas pelos preceitos vigentes no ordenamento jurídico.

Conforme legislação infraconstitucional, Meirelles (2002, p. 89) dispõe que:

[...] o Dec. 1.171, de 22.6.94, aprovando o Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal, reafirmou o princípio da moralidade administrativa, dispondo textualmente que o servidor jamais poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da CF.

É de grande importância citar o artigo 2º, § único, IV da Lei nº 9.784/99, que impõe que o princípio da moralidade administrativa tenha sua “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (MEIRELLES, 2002, p. 89).

Em relação ao **princípio da impessoalidade** há controvérsias, pois o renomado doutrinador Meirelles (2002, p. 90), afirma que este princípio “nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal”.

Por sua vez, outros doutrinadores possuem opiniões opostas a de Meirelles, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define esse princípio separadamente do princípio da finalidade. Diz que, através desse princípio, a Administração Pública tem que tratar todos os administrados sem nenhum tipo de discriminação, ou seja, não é permitido que determinados

administrados sejam tratados de uma forma e o restante de outra; não pode haver preferências ou perseguições pelo agente público aos administrados.

O princípio da impessoalidade está contido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e, pode ser concebido como um desdobramento do princípio basilar da igualdade ou da isonomia.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, diz que “todos são iguais perante a lei”, sendo assim, não seria correto fazer distinções no tratamento que o agente público irá desempenhar. O próprio artigo 37, II da Carta Magna, estipula que para ingressar no poder público é necessário ser aprovado em concurso público, objetivando não dar preferência a nenhum candidato ao cargo e zelando pela aplicação da igualdade em todo trâmite do concurso.

A corrente mais adequada para está questão é a defendida por Meirelles, visto que expõe de forma clara que o Administrador Público deve praticar o ato observando qual será o fim legal. Sendo que, por fim legal, entende-se que é “aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal” (MEIRELLES, 2002, p. 90).

Já com relação ao **princípio da publicidade**, é fato que a publicidade é dever da Administração Pública, mantendo sempre a transparência em todos os atos praticados, pois pública é a administração que os realiza. Em um Estado Democrático de Direito é inadmissível que a sociedade fique inerte dos acontecimentos gerados pela Administração, vez que a sociedade é a principal interessada nos acontecimentos geradores de efeitos bons ou ruins, que de uma forma ou de outra acabam atingindo a coletividade.

No caso de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração se admite sigilo, ou seja, os atos não são expostos ao coletivo. Isso se faz com o intuito de solucionar com maior segurança e celeridade determinados assuntos que, se porventura vierem a conhecimento público podem deixar de ser solucionados.

O princípio da publicidade exige publicação específica, em órgão de imprensa próprio. Se a publicação for dada através de imprensa escrita, falada ou até mesmo televisiva, não será considerado público, isto é, se utilizar apenas esses meios o princípio da publicidade não irá produzir os efeitos desejados;

então, para que este princípio seja atendido devidamente é necessário a publicação em um órgão oficial.

O órgão oficial nada mais é do que um jornal, que poderá ser público ou particular, não importa; o que interessa é que ele seja destinado à publicação dos atos estatais. No caso de não existir órgão oficial em determinada região, poderá ser afixado as leis municipais e os atos que tiverem relevância pública, em mural da Prefeitura ou Câmara, que seja de fácil acesso ao público.

A publicidade de atos, contrato e outros instrumentos jurídicos, exceto aqueles que forem normativos, poderão ser resumidos para fins meramente didáticos. Cabe ressaltar, que segundo Meirelles (2002, p. 93), a publicidade:

[...] como princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Algumas Administrações, não dão publicidade a certos atos alegando que estes são sigilosos, contudo, na realidade esses atos são puramente públicos. É certo que quando os agentes da Administração ocultam determinado ato, entende-se que possuem a intenção de cometer alguma infração, pois caso contrário, não haveria motivos para esconder a verdade dos legítimos interessados.

“Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade” (MEIRELLES, 2002, p. 94).

De acordo com o **princípio da eficiência**, a atividade administrativa deve ser prestada de forma satisfatória e abrangendo todas as necessidades da sociedade. É de se entender que este princípio busca a perfeição do atendimento, porém não será admitido que o agente extrapole as leis para poder atender determinado serviço público.

Mello (2000, p. 92) dispõe que “[...] este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: princípio da ‘boa administração’”.

Deste modo, os agentes públicos antes de prestar com suas atividades devem observar atentamente as leis, vez que é sua obrigação atender a sociedade sem infringir as leis. Por eficiência compreende-se ser a atividade administrativa exercida “com presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, 2002, p. 94). Assim, conclui-se que a Administração deve utilizar sempre critérios técnicos na realização de suas atividades, não devendo substituí-los por critérios leigos.

1.3.3 Outros Princípios aplicáveis no Âmbito da Administração Pública

Pelo **princípio da razoabilidade** compreende-se que o Administrador não pode atuar levando em consideração apenas seus valores pessoais, devendo observar valores comuns a toda coletividade. O princípio da razoabilidade vem ganhando “força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa” (MEIRELLES, 2002, p. 90).

Vários doutrinadores entendem que o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade constituem faces múltiplas de um só e mesmo princípio geral de subordinação teleológica ao interesse público, podendo, pois, ser vistos como derivados mais do que propriamente nucleares. Meirelles em sua obra cita textualmente que o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade envolvem-se de forma recíproca. A Lei n° 9.784/99 também menciona esses princípios em seu texto.

Mello (2000, p. 79), expõe que:

[...] este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Assim, o princípio da razoabilidade deve ser medido seguindo os padrões e valores de um homem médio, pois desta maneira o Administrador não irá contra as normas em que se apoiou.

O **princípio da proporcionalidade** não aceita medidas abusivas ou de intensidade acima do necessário, visto que ninguém é obrigado a aceitar delimitações em sua liberdade pessoal ou até mesmo em suas propriedades materiais sem que haja total necessidade ao interesse público.

As medidas compreendidas como sendo “desproporcionais são ilegais, e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário que, sendo provocado, deverá invalidá-los e quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado” (MELLO, 2000, p. 81). Importante demonstrar também neste ponto, que tanto o princípio da razoabilidade como o princípio da proporcionalidade interessa nas hipóteses de atuação administrativa interventora na propriedade, na imposição de sanções e no exercício do poder de polícia. Sendo assim, nota-se que princípio da proporcionalidade possui relação com o princípio da razoabilidade, visto que merece, de acordo com o doutrinador acima citado:

[...] destaque próprio, uma referencia especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma (MELLO, 2000, p. 82).

O princípio da proporcionalidade tem como dispositivo legal o artigo 37, juntamente com os artigos 5º, II e 84, IV da Constituição Federal de 1988. Este princípio apesar de não estar disposto expressamente no rol do artigo 37 possui grande importância, pois é através da sua aplicação que se evita que medidas desproporcionais sejam tomadas, causando eventuais injustiças. No caso de ocorrer desproporção ao atendimento do interesse público, as devidas providências serão tomadas rapidamente, impedindo condutas ilógicas.

Quanto ao **princípio da finalidade**, entende-se que a Administração Pública possui seus atos voltados completamente para os interesses públicos, isto é, voltados para a sociedade.

A Administração não pode satisfazer interesses privados, pois nesse caso haveria desvio de sua finalidade, que é o de atender os interesses de ordem pública. Sendo assim, um grupo de pessoas pode ter em comum um interesse de

valor expressivo, mas a Administração Pública não pode satisfazê-lo, justamente por não ser interesse público.

Esse desvio pode ser genérico ou específico; será genérico quando, por exemplo, a Administração desapropria determinado bem e o cede à particular; e será específico “quando é usado um instrumento jurídico (Carteira de Identidade), criado para um fim (segurança) para se alcançar outro (aumento de arrecadação)” (GASPARINI, 1995, p. 10).

O interesse público pode coincidir com o interesse particular, sendo que, quando isso ocorrer, o Administrador poderá atender a esse interesse normalmente, mas, caso o Administrador atenda a interesses tão somente particulares, configurar-se-á o abuso de poder. Todos os recursos que forem captados pela Administração Pública terão que ser utilizados em benefício do bem comum, isto é, deve aplicá-los em proveito da coletividade, pois não é lícito utilizar recursos públicos visando efetivar interesse pessoal.

O **princípio da segurança jurídica** tem a finalidade de garantir certa perpetuidade nas relações jurídicas estabelecidas pela Administração. O Administrador não pode invalidar ato administrativo sem causa legal que justifique essa invalidação, ou seja, ele não pode desfazer as relações jurídicas sem estar respaldado pela lei. Quando houver possibilidade, o Administrador poderá convalidar atos que, a despeito de irregularidades, cumpram ou atinjam a finalidade pública, mas para que isso possa ocorrer é necessário que esses atos sejam aceitos legal e moralmente.

Algumas vezes o vício de determinado ato contém pequena irregularidade formal, e sua invalidação poderá ser mais prejudicial do que o aproveitamento de seus efeitos jurídicos; neste caso pode o Administrador proceder à convalidação daquele ato.

Conforme entendimento de Meirelles (2002, p. 94), a

[...] ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano.

São considerados como subprincípios do Estado de Direito, o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica, sendo que o princípio da segurança

jurídica prevalece sob o princípio da legalidade. A esse princípio “está visceralmente ligada à exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade” (MEIRELLES, 2002, p. 94). Por fim, entendemos a importância deste princípio, visto que possui respaldo legal no artigo 1º da Lei nº 9.784/99, determinando que o princípio da segurança jurídica seja devidamente respeitado.

No Direito Público a vontade do Administrador não possui grande importância, visto que seus atos não terão validade se estes forem contra a lei, ou seja, se os atos praticados por ele não seguir o contexto da lei, não serão válidos. Assim, todo ato do poder público deve demonstrar o seu **motivo** de ser e sua base legal, desta forma o Administrador estará demonstrando à sociedade que está agindo conforme a lei.

Para Mello (2000, p. 83),

[...] o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito público dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

As decisões administrativas devem ser motivadas, pois é através da motivação que o Administrador poderá justificar sua ação administrativa; essa justificação é indispensável.

Certos atos administrativos podem de alguma forma atingir o interesse individual do Administrador; mesmo nesse caso a motivação é obrigatória. Não sendo o ato motivado faltará legitimidade, vez que a falta de motivação acarretará suspeitas sobre o ato praticado.

No Direito Administrativo o **princípio da motivação** deve ser entendido como uma norma, sendo obrigatória a sua presença em todos os atos administrativos; então, todos aqueles que forem praticar um ato administrativo deverão motivá-lo.

No entanto, caso o agente público não motive o ato praticado, este ato será considerado irregular, compreendendo-se que ele não foi praticado

adequadamente, não tendo sido observado o interesse público que, por seu turno, é de extrema importância no cotidiano administrativo.

Importante lembrar, que a motivação em determinadas situações é dispensada, este fato ocorre nos atos praticados em decorrência do poder discricionário da Administração. Nesses casos será necessário apenas demonstrar a competência para o exercício desse poder e ser o ato de interesse público.

Para a motivação atingir o seu objetivo deve constar a causa e os elementos que levaram à prática do ato administrativo, e ainda, o dispositivo legal que autorize, que fundamente o ato. Segundo a Lei n° 9.784/99, artigo 50, § 1°, a motivação “deve ser explícita, clara e congruente”.

A Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a motivação dos atos administrativos visando resguardar a moralidade na Administração Pública. Tem-se que “[...] a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrado fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário” (MEIRELLES, 2002, p. 98).

Destarte, a motivação mostra-se imprescindível para a efetivação de eficaz controle sobre a atuação administrativa.

O **princípio do devido processo legal e o princípio da ampla defesa** são interligados, vez que possuem certa relação e são garantidos expressamente pela Constituição Federal, no artigo 5°, LIV e LV, que dispõem respectivamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em decorrência desses princípios exige-se um processo formal e regular para que se possa privar da liberdade e da propriedade qualquer pessoa. A Administração Pública antes de proferir a decisão deve conceder a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar prejuízo ao administrado.

Assim sendo,

[...] a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá,

desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais (MELLO, 2000, p. 85).

Em alguns casos a Administração poderá agir à margem do contraditório e da ampla defesa, desde que tal situação dure somente pelo tempo necessário para suprir a invalidade destas medidas, devendo instaurar o devido processo legal com o direito de contraditório e ampla defesa o mais breve possível.

É válido ainda acrescentar, que o devido processo legal é aquele que obedece às formalidades previstas em lei. Sua origem,

[...] remonta à Carta que João-Sem-Terra, em 1215, foi compelido a conceder aos barões. Em seu art. 39 este documento feudal assegurava que nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedades sacrificadas salvo na conformidade da *law of the land*. Trata-se, na verdade, de uma defesa contra o arbítrio real e a consagração de um direito a julgamento, efetuado pelos próprios pares, na conformidade do Direito costumeiro (a “lei da terra”), ou seja: o Direito assente é sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimiam a *common law* (MELLO, 2000, p. 86-87).

O contraditório e a ampla defesa são os meios utilizados para garantir às partes a tutela de seus interesses de forma igualitária.

Do **princípio do controle judicial dos atos administrativos** decorre que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado poderá recorrer ao Poder Judiciário para obter proteção junto ao Estado, pois “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito” (MELLO, 2000, p. 90). Este princípio está expresso no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, onde diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Os atos administrativos em geral estão sujeitos ao controle judicial comum porque não se pode excluir da análise do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo. Faculta-se à justiça ordinária julgar todos os atos administrativos praticados por integrantes dos órgãos de Estado.

O Poder Judiciário está limitado à análise da legalidade desses atos, sendo-lhe proibido manifestar sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato (mérito).

A responsabilidade do Estado pelos atos administrativos praticados por agentes públicos é objetiva, onde o Estado está obrigado a reparar os danos causados a terceiros independentemente da demonstração de culpa.

Essa responsabilidade decorre do exposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal:

[...] as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviço público responderão pelo dano que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se que a Administração somente será responsável pelo atos de seus agentes quando estiverem agindo na qualidade de agente público. Isto é, segundo Meirelles (2002, p. 623),

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

É de se ressaltar que somente haverá responsabilidade objetiva nos casos em que uma ação do servidor público causar prejuízo a terceiro. Havendo omissão do agente público, a responsabilidade será subjetiva devendo a vítima demonstrar a culpa do serviço.

Com relação ao **princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado**, antes de esclarecer tal princípio, é de grande importância analisar e tornar claro o que vem a ser interesse público.

Mello compreende que interesse público:

[...] se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Conclui-se que o interesse público abrange os interesses de cada indivíduo e não é exclusivamente um interesse do Estado. É lógico que entre o interesse público e o interesse particular, o que irá prevalecer será o interesse público, pois o direito não mais é do que mero instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos; ele passou a ser visto como meio para consecução da Justiça Social, do bem comum, do bem estar coletivo.

Mesmo o interesse público prevalecendo sobre o particular, não significa que o interesse particular será esquecido, visto que a supremacia do interesse público tem como objetivo o interesse da coletividade. Referida supremacia encontra limites na lei, devido ao princípio da legalidade.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público:

[...] a Lei 9.784/99 coloca-o como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública (cf. art. 2º, caput), correspondendo ao 'atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei' (art. 2º, § único, II).

Em decorrência desse princípio a Administração possui vários privilégios e prerrogativas, constituindo-se um motivo de desigualdade jurídica entre a Administração e seus administrados.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado encontra-se previsto em todas as sociedades. Em nossa Constituição Federal não está ele disposto em um artigo específico, mas sim em vários artigos de forma implícita, tal como no artigo 170, II, V e VI.

Por fim, é relevante destacar que a Administração Pública deve cumprir com o seu dever, ou seja, deve tutelar o interesse de modo geral e em nenhuma hipótese poderá renunciar à prerrogativa de ter o seu interesse sobreposto ao do particular, entendendo-se por interesse da Administração o próprio interesse público.

1.4 A Utilização das PPP's historicamente

No Brasil, com relação à integração do parceiro privado junto a Administração Pública no setor de concessões, teve início no Governo de

Fernando Collor de Mello, porém apenas se concretizaram no Governo de Fernando Henrique Cardoso.

O ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995 a 1998 e de 1999 a 2002), ensina no prefácio da obra de Arnaldo Wald (2004) 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'.

Relatando que, o setor privado é uma alternativa de colocar o país rumo ao crescimento econômico. No entanto, para que isso se concretize, necessário se faz o Poder Público criar condições para que o investidor privado possa realizar as infraestruturas necessárias, e assim, juntos a Administração Pública e o parceiro privado concretizem os objetivos saneando as lacunas sociais.

Desta forma, o Estado possui a função de regular, impedindo possíveis abusos cometidos pelo parceiro privado.

Convém ressaltar, que a legislação brasileira inspirou-se em experiência de países estrangeiros, ou seja, inspirou-se na Inglaterra principalmente, Espanha, Portugal, entre outros.

Mesmo depois dos avanços introduzidos pela Constituição Federal de 1988, que propiciava à colaboração entre setores públicos e privados em áreas como a educação, saúde, transporte, o setor público ainda continuou a ter o maior domínio do que o setor privado.

A Administração Pública passou por grande transformação na última década de 90, nesse período tivemos as primeiras notícias sobre a inclusão das Parcerias Público Privadas no Brasil. Como exemplo, podemos citar, de acordo com Potronieri (2005, p. 9):

[...] (a) a instalação das redes ferroviárias, cujo capital privado implantava e operava as redes, como São Paulo Railway Company, e (b) a distribuição da energia elétrica e gás, pela Companhia Light and Power, que controlou durante décadas em São Paulo e no Rio de Janeiro o fornecimento daqueles serviços. O fornecimento de água e de transporte público em geral também receberam fortes investimentos do capital privado.

Na realidade as Parcerias Público Privadas já existiam em nosso ordenamento, apenas não era conhecida desta forma. Em um primeiro momento, as concretizações das infra-estruturas couberam ao Estado, pois os investidores privados não possuíam condições para realizar tais obras com o capital que detinham e não tinham a visão empreendedora que temos nos dias atuais.

Juntamente com o esgotamento de recursos para investimento na infraestrutura e prestação de serviços públicos, entrando o sistema em colapso, o Estado, voltado as idéias e experiências oriundas de países estrangeiros, implantou a privatização, visando que os serviços públicos fossem prestados a coletividade de forma mais completa pelo parceiro privado, mantendo em seu poder os meios institucionais de regulação e controle.

O Estado perante a sociedade possui a obrigação de prestação de serviços públicos, a fim de sanar as necessidades básicas das comunidades. Nem que para isso transfira a prestação a investidores privados que possam realizar esta tarefa.

Após a publicação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, ocorreu maior abertura no âmbito das concessões disponíveis aos investidores privados, tais leis surgiram com o escopo de regulamentar os serviços e obras públicas, anteriormente serviços prestados exclusivamente pelo setor público, e que a partir de então, começaram a ser praticadas pelo parceiro privado.

A implantação das concessões de serviço públicos pode ser considerada um grande avanço no ordenamento pátrio, buscando a efetivação de melhor infraestrutura em prol da coletividade.

Com o tempo surgiu à necessidade de aprimorar o que já se tinha, foi então que a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foi promulgada, instituindo normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Antes mesmo da promulgação da Lei Federal acima citada, já tínhamos em nosso ordenamento dispositivos que legalizavam as parcerias firmadas entre o parceiro público e o parceiro privado. Dispositivos esses compreendidos em leis estaduais e municipais.

Aplicando as Parcerias Público-Privada, buscou-se aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços prestados ao cidadão, sem falar no valor cobrado através das tarifas, que passaram a ser mais acessíveis. O objetivo principal era aumentar a infra-estrutura, fornecendo ao cidadão um melhor serviço com um preço mais baixo, no entanto, não é bem isso que se observa na aplicação das concessões.

As Parcerias Público Privadas decorrem da própria crise do ordenamento brasileiro, visto que não possui recursos o suficiente para sanar os investimentos que a sociedade pleiteia para uma vida digna e com maior segurança. Com sua implantação no Estado brasileiro, o setor público deixa de reter todas as funções e passa a compartilhar com os investidores privados as obrigações e realizações de infra-estruturas concretizadas em prol dos cidadãos.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA PRIVATIZAÇÃO

2.1 A importância da privatização

2.1.1 Fundamentos

Não há um conceito específico para privatização, a qual se apresenta das mais diversas formas, fundamentando-se no crescimento imensurável do aparelho estatal, tendo por intuito a redução do tamanho do Estado e o fortalecimento da iniciativa privada, sendo disciplinada pela Lei n° 9.491/97 que revogou a Lei n° 8.031/90, tendo sido esta última, a responsável pela criação do sistema nacional de desestatização.

Poltronieri (2005) explica que o processo de privatização surgiu no final do século XIX, com o nascimento de um novo Estado: o Estado Subsidiário de Direito que tem por escopo efetivar a liberdade e a igualdade que lhes são inerentes, restando ao setor privado a realização das demais atividades, visando a real eficácia na prestação dos serviços públicos.

Em síntese, o crescimento descomunal do Estado provocou a ineficácia na prestação de serviços públicos, surgindo à necessidade do desafogamento do aparelhamento estatal, encontrando como melhor forma de sair daquele impasse, a transferência de serviços não exclusivamente estatais para a incumbência da iniciativa privada.

A privatização pode ser compreendida, como sendo, a passagem da função antes exercida exclusivamente pelo setor público, com relação à produção de serviços e bens, para o ente privado, que em troca de certas garantias e retorno financeiro, possa exercer atividades para maior satisfação do cidadão.

2.1.2 Âmbito de atuação da privatização

A privatização se apresenta em dois âmbitos de atuação, ou seja, privatização em sentido estrito e privatização em sentido amplo.

A privatização em sentido estrito consiste na venda de empresas estatais, alienando-as ao setor privado através da Bolsa de Valores ou da pulverização das ações por meio do sistema financeiro. Já a privatização em sentido amplo se verifica através do processo de terceirização, concessão, parcerias público-privadas, permissão, autorização, franquia ou convênio.

Dentre os itens citados na privatização em sentido amplo, se faz necessário ressaltar a franquia, visto se tratar de um sistema de colaboração entre duas ou mais empresas interessadas, no qual uma cede a marca do produto ou serviço e a outra dela se utiliza mediante contraprestação econômica, devendo submeter-se à padronização estabelecida pela concedente, sendo por este fiscalizada. Embora tenha surgido no setor privado, tem sido adotada pela Administração Pública indireta. No direito brasileiro apresenta-se como forma de terceirização ou de concessão.

Di Pietro (2009) destaca a imensa semelhança entre a franquia e a concessão ao ensinar que:

Tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade (Di Pietro, 2009, p. 209-210).

2.2 As PPP's na prática (Concessão e PPP)

2.2.1 Modalidades de concessão

Neste item, será analisada a concessão como um todo e sua respectiva classificação. Observa-se que a concessão, nada mais é, do que um contrato pelo qual a Administração Pública, transfere para uma pessoa jurídica ou dependendo do caso, a um consórcio, o direito de utilizar, explorar determinada atividade econômica, visto ser tal atividade de grande importância para a sociedade. Por

sua vez, o emprego da concessão ocorrerá mediante a promoção de determinadas obrigações e deveres.

Wald (2004, p. 101) entende que,

A doutrina, mais moderna e atualmente dominante, vê na concessão a reunião dos elementos constitutivos de um autêntico contrato de direito público, em função do seu objeto, da sua finalidade e das relações que estabelece, embora nela também haja a presença de cláusulas regulamentares.

Em face da Lei das Parcerias Público Privadas, de acordo com o doutrinador Blanchet (2009), esta Lei Federal, estabeleceu a tripartição da concessão pública em modalidades distintas. Duas destas espécies foram expressas pela Lei n° 11.079/2004, recebendo as seguintes denominações: concessão patrocinada e concessão administrativa, ambas previstas no artigo 2° desta lei¹, respectivamente em seus parágrafos 1° e 2° em relação à terceira espécie, consiste nas concessões já reguladas pela Lei n° 8.987/95, que passaram a ser denominadas, concessões comuns, conforme o disposto no parágrafo 3° do artigo supra. A concessão comum é o gênero, da qual as concessões patrocinada e administrativa são espécies, sendo, portanto, aquela, embora não exclusivamente, aplicada a estas subsidiariamente.

Convém lembrar, que a Lei em estudo, de acordo com Di Pietro (2010, p. 304),

[...] 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.

¹Art. 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. [GRIFO NOSSO]

§ 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. [GRIFO NOSSO]

O Estado de São Paulo, por exemplo, foi um dos estados que promulgou antes mesmo da Lei Federal entrar em vigor, lei referente às parcerias público privadas, ou seja, Lei nº11.688, de 19 de maio de 2004. No entanto, após a promulgação da lei federal, o estado pode sim aplicar sua legislação própria, contudo, não poderá ir contrário ao dispositivo federal.

Conforme Carvalho Filho (2006, p.353):

Quanto à incidência normativa, a Lei nº 11.079/2004, embora seja o diploma básico da disciplina jurídica do instituto, fez distinção no que tange à disciplina suplementar (**incidência normativa subsidiária**) a ser adotada conforme a modalidade de concessão.

Na Lei nº 11.079, consta a expressão “Parceria Público Privada”, se referindo a duas das três modalidades de concessão, ou seja, dispõe sobre a concessão patrocinada e concessão administrativa.

Pelo exposto, conclui-se que a concessão é classificada em três modalidades, isto é, concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa.

2.2.1.1 Concessão comum

O § 3º do artigo 2º, da Lei nº 11.079/2004², apenas deu uma nova roupagem ao contrato de concessão instituído pela Lei nº 8.987/95, que passou a ser considerado modalidades comum de concessão, além de ser o gênero, do qual as modalidades de concessão instituídas pela Lei nº 11.079/2004 (concessão patrocinada e concessão administrativa), são espécies.

A concessão comum deve ser precedida de procedimento licitatório, na modalidade de concorrência, sendo delegada à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

²§ 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. [GRIFO NOSSO]

Nessa modalidade de concessão, o concessionário remunerar-se-á exclusivamente pelas tarifas cobradas dos usuários do serviço público prestado e, em algumas situações, chegando até a pagar pela outorga da concessão ao Poder Público concedente.

Somente existirá concessão, quando o serviço a ser prestado for do Estado e este, apesar de passar a execução do serviço ao investidor privado, continua sendo o titular do mesmo. O que ocorre de “especial” é, que para ser realizada a concessão é necessário passar primeiramente por um procedimento de licitação, como já mencionado acima, na modalidade de concorrência.

Na concessão, aquele que for o vencedor da licitação irá realizar o serviço público em seu próprio nome, assumindo todos os riscos do investimento, por sua vez, lhe é garantido o equilíbrio econômico, onde a Administração permite o aumento do valor cobrado e quando isso for insuficiente poderá compensar o concessionário lhe pagando em pecúnia. Vale lembrar, que o valor de tal tarifa é celebrado e determinado no contrato realizado entre o Poder Público e o particular e, justamente por cobrar a tarifa do usuário do serviço público, o usuário possui a prerrogativa da prestação do serviço.

Com relação à rescisão, o Poder Público poderá rescindir o contrato unilateralmente, antes do término do prazo celebrado no contrato, sempre que a concessão não estiver atingindo seu objetivo principal, que nada mais é do que a execução do serviço de forma satisfatória.

De acordo com o artigo 35 da Lei nº 8.987/95,

Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Sendo assim, abordaremos brevemente, sobre a encampação e a caducidade, visto serem as duas formas mais empregadas no caso de rescisão unilateral.

No caso da encampação, o Poder Público fará emprego da mesma, trazendo para si a responsabilidade da execução do serviço. Válido citar decisão do TRF - 6ª Turma – ApCiv nº 120.144 – Rel.: Min. Eduardo Ribeiro – 1987 – RDA 170/114:

Concessão de Serviço Público – Encampação – Indenização. Encampação. Serviços de energia elétrica. Estabelecido, tanto na lei quanto no decreto que outorgou a concessão, que, com a reversão do serviço, seriam os bens indenizados pelo custo histórico, menos depreciação, entende-se que as tarifas foram fixadas tendo em vista esta circunstância.

Não desnatura a encampação a circunstância de o melhor aproveitamento do potencial hídrico exigir a inundação da usina utilizada pelo concessionário para formação de reservatório maior. Trata-se do mesmo serviço público a ser prestado de modo mais eficiente.

Irrelevância de o servidor passar a outro concessionário, já que o anterior recebe o que lhe é devido, tanto por força da lei como do contrato, e o novo recebe tarifas proporcionais ao investimento feito (Const. Fed., art. 167, II).

Correção do custo histórico. Faz-se pelos índices gerais de desvalorização da moeda, corrigindo-se o capital, e não pelos específicos dos bens em que este capital foi investido.

Assim, nota-se que na encampação o concessionário será ressarcido no que lhe for de direito, sempre que a Administração Pública considerar insatisfatória a execução do serviço prestado a coletividade.

Também poderá ocorrer a rescisão unilateral, entre várias outras situações acima elencadas no artigo 35 da Lei 8.987/95, ou seja, através da caducidade, da falência, do falecimento ou incapacidade do titular do contrato e quando a empresa prestadora de serviço for extinta. No que tange a caducidade, ocorrerá sempre que o concessionário não cumprir com o determinado anteriormente em contrato celebrado entre ele e a Administração Pública, neste caso não fará *jus* a qualquer tipo de indenização, exceto no que diz respeito à parcela não amortizada do capital; diferentemente do que ocorre na encampação, onde o concessionário é ressarcido de todos os prejuízos comprovados.

Di Pietro (2010, p. 299) informa que

[...] o poder concedente tem o poder de decretar a **intervenção** na empresa concessionária, com base nos artigos 32 a 34³ da Lei n. 8.987/95, a qual não tem natureza punitiva, mas apenas investigatória; ela equivale à substituição temporária do gestor da empresa concessionária pelo interventor designado pelo poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, a final, as medidas mais convenientes a serem adotadas, inclusive, se for o caso, a aplicação de sanções; decretada a intervenção, o interventor tem o prazo de 30 dias para instaurar procedimento administrativo contraditório destinado a apurar as irregularidades, devendo concluí-lo no prazo de 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

A concessão é um instituto inserido no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, onde relata que “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”. (Grifo nossos)

Destarte, tais considerações continuam a ser regidas pela Lei n° 8.987/95 e pelas leis que lhes são correlatas, pois não possuem as características inerentes às Parcerias Público-Privadas. As normas que regem as concessões comuns são de aplicação subsidiária às Parcerias Público-Privadas, por serem estas modalidades especiais daquelas.

³Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o **caput** deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

2.2.1.2 Concessão patrocinada

A concessão patrocinada é dotada de um *plus* em relação às concessões comuns, por se tratar da concessão de serviços públicos ou de obras públicas que, além da cobrança das tarifas dos usuários pelo serviço público prestado, o parceiro privado vem a receber uma contraprestação pecuniária do parceiro público, sendo, portanto, o concessionário remunerado parte pelo usuário e parte pela Administração Pública. Por conta disso, a Lei n° 8.987/95 é aplicada subsidiariamente, no que couber, a essa modalidade de concessão pública.

Nessa modalidade de concessão, no caso da remuneração a ser pago pela Administração Pública, superar o valor de setenta por cento (70%) do montante a ser percebido pelo parceiro privado, a contratação deverá ser precedida de autorização legislativa.

Di Pietro (2009, p. 147) define a

[...] concessão patrocinada como o contrato administrativo pela 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.

Desta forma, nota-se que através da concessão patrocinada, o parceiro privado começou a se interessar em desenvolver esse tipo de contrato firmado junto ao setor público, visto que, o parceiro privado visa à obtenção de lucros com a prestação do serviço e tal objetivo é mais fácil ser alcançado através das garantias oferecidas pelo Estado. Por sua vez, o parceiro público, objetiva que o serviço público, as infra-estruturas necessárias sejam efetivadas para que a sociedade desfrute dos serviços e com isso supra tudo ou parte do que o Estado fazia anteriormente, sem tanto ônus aos cofres públicos.

Entre as diferenças existentes entre a concessão patrocinada e a concessão comum está na forma da **remuneração**, pois na concessão patrocinada, como já salientado, o concessionário recebe o valor das tarifas cobradas pelo serviço prestado e mais uma contraprestação paga pela Administração Pública; já na concessão comum, o concessionário receberá

apenas o valor das tarifas, exceto quando houver previsão de subsídio pela Administração. Também se diferenciam, com relação aos **riscos**, onde o concessionário da concessão comum assume todos os riscos e na patrocinada esses riscos são divididos com o Poder Público.

Importante ressaltar que, na concessão patrocinada (assim como, na concessão administrativa), para sua formação será necessário a constituição de sociedade com propósitos específicos, bem como, constituição de normas específicas sobre a licitação.

A Lei n. 8.987/95 é aplicada de forma subsidiária a concessão patrocinada, assim, conforme Di Pietro (2010, p.308) a concessão patrocinada seguirá o disposto na lei acima mencionada, no que se refere aos:

- a) direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);
- b) política tarifária (arts. 9º a 13), no que couber;
- c) cláusulas essenciais do contrato (art. 23), no que não contrariarem os incisos do artigo 5 da Lei nº 11.079;
- d) encargos do poder concedente (art. 29);
- e) encargos do concessionário (art. 31);
- f) intervenção (art. 32 a 34);
- g) responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25, *caput*);
- h) subcontração (art. 25, parágrafos 1º a 3º);
- i) subconcessão (art. 26);
- j) transferência da concessão (art. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei nº 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
- k) formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação (art. 35 a 39);
- l) reversão (art. 36);
- m) licitação (arts. 15, parágrafos 3º e 4º, 18, 19 e 21), no que não contrariarem as normas dos artigos 11 a 13 da Lei nº 11.079;
- n) controle da concessionária (art. 30 da Lei nº 8.987/95, e arts. 31 e 36 da Lei nº 9.074/95).

Enfim, o objetivo principal da concessão patrocinada é a execução do serviço público.

2.2.1.3 Concessão administrativa

A concessão administrativa restringe-se à prestação de serviço público, que pode ou não envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de

bens necessários ao serviço, além de ser o parceiro privado remunerado exclusivamente pelo parceiro público.

Na concessão administrativa não se admite a cobrança de tarifas dos destinatários do serviço público prestado, partindo a remuneração integralmente da Administração Pública, por serem os serviços prestados de maior importância e, por isso, largamente prestados pela própria Administração Pública. São, todavia, pouco atrativos aos investidores privados, exigindo, portanto, maiores incentivos. Aplica-se adicionalmente o disposto nos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987/95 e no artigo 31 da Lei nº 9.074/95.

Alguns juristas, entre eles Celso Antônio Bandeira de Mello, ensinam que a concessão administrativa seria uma espécie de falsa concessão, pois a lei segundo esta vertente, visa firmar nada mais do que um contrato de prestação de serviço e não uma concessão.

Na verdade, eles utilizam este recurso com o nome de Concessão Administrativa, com o escopo de beneficiar o contratado, concedendo-lhe vantagens e garantias que não lhe seria dada no caso de uma concessão comum. Isso, nada mais é do que maquiar uma concessão comum objetivando a prestação do serviço público, a realização das infra-estruturas que não faz *jus* a todas as prerrogativas fornecidas pela lei federal de 2004.

A forma de remuneração da concessão administrativa é a contraprestação paga pela Administração Pública, podendo ser através de: ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei, conforme artigo 6º da Lei nº 11.079/2004.

Di Pietro (2010, p. 311) ensina que:

Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público). Vale dizer que haveria uma aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, sob a forma de empreitada (art. 6º, VIII, e 10).

Entre a concessão administrativa e a concessão patrocinada, ambas expressas na Lei em estudo, há inúmeros pontos em comum, ou seja, ambas as concessões no que diz respeito à remuneração, recebem do Poder Público contraprestação pecuniária; ocorre o compartilhamento de ganhos econômicos sempre que o concessionário tiver os riscos reduzidos; garantia do equilíbrio econômico; também é exigido para as dois tipos de concessões, a constituição de sociedade de propósitos específicos (art. 9º da Lei nº 11.079/2004); previsão de penalidades ao Poder Público no o que se refere a indenizar o concessionário pelo prejuízos gerados por ele; e quanto ao prazo, este é delimitado não podendo ser inferior a 05 anos nem superior a 35 anos.

2.2.2 Concessão de serviço público como contrato

O Contrato de Concessão nada mais é do que o acordo de vontades realizado entre a Administração Pública e o particular, pelo qual aquela delega a este a execução remunerada de serviços ou obras públicas, ou ainda lhe cede o uso de bens públicos para que os explore por sua conta e risco, por prazo e nas condições regulamentares e contratuais, vindo a estabelecer vantagens e obrigações recíprocas. Não obstante, ao concedente, faculta-se o direito de retomar o serviço concedido, a qualquer tempo, mediante o pagamento de indenização ao concessionário.

Meirelles (2005) ensina ainda que, sendo o contrato de concessão um ato administrativo bilateral, estabelece-se um ajuste entre a Administração e um ente privado, devendo a concessão ser precedida de licitação, em regra na modalidade de concorrência. Além disso, abarca duas espécies de normas. De um lado, encontram-se as normas de natureza regulamentar, que podem ser modificadas unilateralmente pela Administração com o intuito de melhorar a qualidade do serviço público prestado, pois respeitam à constante e intensa mutabilidade das necessidades e exigências sociais coletivas, aliadas ao princípio da supremacia do interesse público em relação ao interesse privado. De outro lado, estão as normas de natureza contratual, dotadas de caráter estritamente econômico, admitindo modificação meramente bilateral, a fim de garantir o equilíbrio

econômico contratual, pois respeitam às condições de remuneração e vantagens concedidas ao concessionário.

O contrato em questão visa à eficaz prestação dos serviços públicos no âmbito qualitativo. Isso decorre do fato de que o Estado, em virtude de seu crescimento avassalador, que resultou em seu tamanho incomensurável, acabou tornando-se incapaz de oferecer tais serviços com qualidade e eficiência. Diante disso, surgiu o contrato de concessão, através do qual o Estado delega serviços de interesse público ao concessionário que, como contraprestação, deve oferecer serviços adequados e eficientes a toda a coletividade. Frente a esse cenário, compete ao Poder Público o regulamento das atividades exercidas pelo contratado, cabendo ao Executivo aprová-lo, além de assumir o papel fiscalizatório quanto à sua execução.

2.2.3 Concessão de obra pública, autorização e permissão de serviço público

No que tange a concessão de obra pública, nota-se que é um contrato administrativo, onde o parceiro público transfere ao parceiro privado determinada execução de obra pública, sendo que o parceiro privado irá desenvolver a obra por sua conta, assumindo todos os riscos, em troca, o parceiro privado recebe remuneração que será paga pelos próprios beneficiários da obra, ou angariada através da exploração dos serviços que serão gerados pela obra.

Tanto a Permissão quanto a Autorização são espécies do gênero privatização, sendo atos administrativos negociais de caráter discricionário e precário, haja vista a característica transitória do exercício de suas atividades, que são exercidas sob inteira responsabilidade dos particulares, ou seja, por sua conta e risco, sendo tais atividades a eles delegadas por ato unilateral da Administração, que estabelece as regras a serem seguidas.

Conforme o Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma – RE nº 140.989 – Rel. Min. Octavio Gallotti – RDA nº 193/261:

Transporte Urbano – Concessão e Permissão – Licitação.
Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus.

Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão, quer sob a forma de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal.

Observa-se, que a Lei n° 8.987/95 dispõe sobre concessão e permissão; e por sua vez, a Lei n° 9.074/95⁴ refere-se à autorização.

Enquanto o serviço permitido executa serviços ou atividades de interesse recíproco entre as partes, o serviço autorizado ainda mais precário que o anterior, executa atividades de interesse exclusivo ou preponderante do particular.

Assim, “O poder público titular do serviço dá a autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade” (DI PIETRO, 2009, p. 138). Contrariamente do que ocorre na concessão e na permissão, onde a Administração transfere ao concessionário ou permissionário, uma atividade que irá suprir as necessidades da sociedade.

Por sua vez, na privatização através da concessão, ocorre a delegação contratual ou legal da execução de serviços de utilidade pública ao particular, vindo a estabelecer vantagens e obrigações entre as partes. Finalmente, destacam-se como modalidades eminentes de concessão de serviço público, as Parcerias Público-Privadas, que é o objeto deste estudo e que será especificamente abordada no capítulo 3.

⁴ Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

CAPÍTULO 3 – PARCERIA PÚBLICO- PRIVADAS (PPP) – LEI N° 11.079/2004

3.1 Conceito de PPP na legislação e na doutrina

Conforme o artigo 2° da Lei n° 11.079/2004, parcerias público-privadas é “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Embora o processo de privatização no Brasil, tenha tido início no ano de 1979 com a instituição do Programa Nacional de Desburocratização da Secretária Especial de Controle das Estatais, somente na década de 90, buscou-se a racionalização do setor público e o incentivo dos serviços sociais, instituindo-se, para tanto, a figura de um Estado meramente gerenciador, ao ser criado o Programa Nacional de Desestatização.

Em decorrência do processo de privatização que ocorreu a partir dos anos 90, com a tão almejada reforma das empresas estatais começou a percorrer lentamente o seu caminho. Todavia, este processo de desestatização permaneceu estagnado em virtude da latente instabilidade econômica nacional, que ao adquirir estabilidade, em meado dessa mesma década, aliada a inúmeras reformulações legislativas, provocou o desenvolvimento do processo de desestatização nacional.

Em 1993, visando moralizar a Administração Pública e atender plenamente o interesse público, elaborou-se a Lei n° 8.666/93 para regular o processo licitatório e os contratos administrativos. Esta lei sofreu e vem sofrendo constantes alterações, a fim de tornar cada vez mais efetivo o processo licitatório no Brasil, permitindo-se alcançar a tão almejada moralidade pública.

Nesse cenário, outras leis foram surgindo, sempre em prol da satisfação das eminentes necessidades sociais, dentre as quais merece destaque a Lei n° 8.987/95, que regulou o disposto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Ainda no ano de 1995, a Lei n° 9.074 estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e, finalmente,

a Lei nº 11.079/2004 instituiu as normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público Privadas no âmbito da Administração Pública, que é o objetivo do presente estudo.

As Parcerias Público-Privadas podem ser encaradas como novo marco regulatório brasileiro, ao inovar a relação jurídica entre entes públicos e privados, à medida que proporciona ao Poder Público a execução de obras e serviços públicos qualitativos e eficientes destinados a suprir as necessidades coletivas onerando minimamente os administrados mesmo estando, o Estado despido de recursos financeiros.

Em contrapartida, o ente público oferece aos entes privados, garantias especiais, chegando inclusive a com eles repartir os riscos inerentes à atividade privatizada, a fim de constituir parcerias que tenham por objeto atividades de grande importância econômica e social, mas que geram alto risco econômico por serem destinatárias de maiores investimentos, provocando certo repúdio em relação ao setor privado que, pelos motivos expostos, os considera menos atraentes.

Cretella Neto (2005, p. 06) ensina que:

As PPPs no Brasil, segundo o formato proposto pelo governo federal, surgem como alternativa à simples privatização, com o governo oferecendo garantias de pagamento e rentabilidade ao setor privado em contratos públicos, com o objetivo de incentivar e atrair investimentos, especialmente nos setores de infra-estrutura e de produção de bens e serviços à população. É considerado, por seus defensores, como a única forma para impulsionar o desenvolvimento do País, diante da escassez de recursos orçamentários e da pouca lucratividade de determinados setores, pela mobilização de vultosos recursos para suprir demandas nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, infra-estrutura viária e elétrica.

Assim, nas Parcerias Público Privadas, o Poder Público confere aos parceiros privados maiores garantias do que as oferecidas pelas concessões comuns, a fim de lhes proporcionar maior segurança jurídica contratual, tendo como meta a manutenção das condições econômico-financeiras que embasaram a celebração do contrato, haja vista o envolvimento de investimentos de grande monta, além de sua vigência por um espaço temporal de maior amplitude que os demais, acarretando maiores riscos aos investidores, sendo assim, o parceiro

privado somente irá investir se o equilíbrio econômico for mantido entre o investimento realizado e a remuneração por ele obtida, pois caso, contrário tal investimento passa ser inviável.

Shinohara e Savoia (2008, p. 40) entendem que

Para que o parceiro privado envolvido em um contrato de parceria público privada sinta-se seguro, a Lei Federal introduziu mecanismos de proteção ao seu crédito, garantindo o retorno do investimento aplicado. Essas garantias podem ser entendidas como instrumentos próprios ou vinculados a terceiros cuja finalidade é assegurar a obrigação/intenção assumida pelos contratantes em caso de inadimplemento.

Cumprem elencar algumas dessas garantias: compartilhamento de riscos com o setor público; maior prazo para a exploração dos serviços; maior estabilidade e flexibilidade contratual, além das garantias quanto aos recebimentos por vinculação de receitas, instituição de fundos especiais, entre outras.

3.2 Análise de caso concreto de PPP no Brasil

No Brasil, no que trata as Parcerias Público-Privadas, podemos citar exemplos de projetos tidos como pioneiros, isto é, a Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo (Anexo A); Rodovia MG – 050, em Minas Gerais e o Emissário Submarino de Salvador (Sistema de Disposição Oceânica de Jaguaribe), na Bahia.

No presente estudo vamos nos ater a Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo e discorrer sucintamente sobre os dois outros projetos.

A linha 4 – Amarela vem sendo idealizada desde os anos de 1940, passou por inúmeros estudos e até modificações no que diz respeito às estações e trajeto. Foi na gestão de Mário Covas, no ano de 2001, que a linha 4 começou a ganhar vida, estando em sua primeira licitação.

Somente em 2002 foi firmado um empréstimo junto ao Banco Mundial, que por sua vez, deu a força necessária para à concretização da Parceria Público Privada firmada entre o ente privado e o ente público.

O primeiro trecho foi inaugurado em 25 de maio de 2010, sendo referente às estações Faria Lima e Paulista. Esse trecho foi operado em horário reduzido por mais de um ano, atualmente está linha já vem sendo utilizada todos os dias, incluindo os feriados. A previsão para que está linha esteja completamente finalizada é final de 2014.

Inicialmente, a linha 4 – Amarela será realizada em duas fases, sendo que, na primeira fase estenderá da estação da Luz a Vila Sônia, contemplando a construção de 12,8 km de via, seis estações, estrutura de três estações intermediárias, sistemas e pátio de manutenção.

A segunda fase é composta pelo acabamento das estações intermediárias, a construção de mais duas estações e os sistemas complementares. Válido ressaltar, que estas fases dizem respeito à linha que se estenderá de Luz até Taboão da Serra, no entanto, a construção do sistema de metrô relativo à Taboão da Serra, poderá ser somente realizada no futuro.

A concessão da Linha 4 – Amarela, surgiu com o escopo de desonerar o setor público, vez que o parceiro privado assumirá a prestação do serviço e desenvolvimento da obra, gerando conseqüentemente possibilidade do setor público investir em outros segmentos.

Ocorre uma divisão de risco entre o parceiro privado e o parceiro público, no entanto, está junção foi necessário, pois caso contrário o Banco Mundial não iria participar de tal projeto, visto que requer a forma de participação privada.

O parceiro privado poderá operar pelo prazo de 30 anos, explorando os serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela em toda sua extensão, para no final formalizar o equilíbrio econômico entre o grande investimento e a contraprestação.

A linha 4 – Amarela é do tipo concessão patrocinada, onde o investidor recebera parte por tarifas e parte pelo próprio parceiro público. Existe a necessidade do Estado garantir ao parceiro privado a satisfação e o parceiro privado, por sua vez, também tem que garantir o cumprimento do contrato, sendo as divisões de risco primordiais para a viabilização da concessão.

Com relação à licitação, no caso presente, requisita-se que seja o menor valor da contraprestação pecuniária.

Observa-se, que como em toda Parceria, se faz necessário a existência de um Agente Regulador, para fiscalizar as ações realizadas pelo parceiro privado, onde será observado o quadro de indicadores de desenvolvimento, visto que, os indicadores de desempenho são monitorados, assim como os serviços de manutenção e qualidade do serviço.

Quando falamos que é necessária a existência de um Agente Regulador, na verdade concluímos que para um melhor funcionamento e organização é recomendável que tenha um Agente responsável pela fiscalização, justamente para que o fim pretendido seja alcançado, isto é, que a parceria firmada atinja sua meta, servindo a sociedade de forma digna e coerente com a necessidade.

Na primeira fase o parceiro privado irá investir nos sistemas de comunicação móvel de voz e dados, no material rodante, no sistema de controle do pátio e de controle e supervisão centralizada. Também contará com a integração com todas as linhas de metrô e várias linhas de trens metropolitanos.

A frota será composta por 14 trens. Durante a realização desta fase o Estado não poderá implementar qualquer outra estação, com o risco de comprometimento da qualidade operacional da linha.

Por sua vez, na segunda fase, o parceiro privado fará a implementação das estações Vila Sônia e Morumbi, as estações intermediárias e complemento dos sistemas a cargo do Estado. Essa segunda fase entra em operação com a implementação de todas as estações intermediárias acrescidas das Estações Morumbi e Vila Sônia.

Com isso, a frota de trens totalizará 29, sendo 14 trens da primeira fase e 15 para a segunda fase.

Com relação às receitas, a divisão será feita da seguinte forma: passageiro exclusivo da linha do metrô 100% da tarifa irá para o parceiro privado; no caso do passageiro integrado (metrô e CPTM) a repartição da tarifa em 50% para o concessionário da linha 4 e em face das gratuidades, o ressarcimento integral pelo Estado de acordo com os critérios acima elencados. As receitas não-tarifárias estimadas em 5% das receitas tarifárias.

No que tange as tarifas públicas, elas são determinadas pelo Estado e paga pelo usuário do serviço. O parceiro privado, por sua vez, será recompensado por tarifa definida no edital de concessão; sendo igual à tarifa

pública. Com o tempo esta tarifa pode ser reajustada, visando o equilíbrio econômico, isto é, será reajustada anualmente, de acordo com fórmula paramétrica.

Importante lembrar, que deverá ser realizado um mecanismo de centralização da arrecadação do sistema metroviário, como condição de operacionalização das garantias de obtenção de receita do parceiro privado.

O investidor privado poderá explorar a linha amarela pelo período de 30 anos, após esse prazo a linha retorna ao Governo do Estado de São Paulo, para que este a opere ou realize uma nova concessão.

Para não ter contratempos o edital já elencou todos os itens que deverão ser cumpridos pelo parceiro privado, sendo que a linha deverá atender todos os quesitos para o seu funcionamento, segurança e também com relação à limpeza. No que tange as tarifas cobradas dos usuários do transporte, deveram ser as mesmas cobradas nas demais linhas de metrô e pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).

O parceiro privado deve atingir os indicadores de desempenho, vez que os requisitos legais são a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. Ele deve se ater a todos esses requisitos com a maior seriedade, pois o seu desempenho será avaliado pelos níveis de atingimento dos indicadores operacionais definidos contratualmente. No caso, do parceiro privado não consiga atingir os indicadores de desempenho, terá sua receita reduzida, sendo esta redução limitada a 80% da receita.

Com certeza, a Linha 4 – Amarela trouxe e ainda vai trazer muitos benefícios à coletividade; esse projeto serve de exemplo para que outros sejam realizados utilizando o mesmo método. Convém ressaltar que, a previsão para a entrega de todas as estações da segunda fase é setembro de 2013.

No que diz respeito ao Projeto de PPP da Rodovia MG 050, de Minas Gerais, também conhecida como Newton Penido, planejava-se a sua ampliação, recuperação de trechos danificados e manutenção da Rodovia MG 050 durante os próximos 25 anos e incluindo as rodovias MG 050 e BR 265, totalizando a extensão de 372 km.

Essa Parceria Público Privada será realizada na modalidade concessão patrocinada, onde parte será pago através de tarifas cobradas pelos pedágios e parte por contraprestação do parceiro público. O prazo para o termino desta concessão será de 25 anos, já incluído qualquer tipo de prorrogação, com investimento de aproximadamente R\$ 645 milhões de reais.

No estudo do projeto referente à Rodovia MG 050 foram observados vários riscos, dentre eles estão os riscos do projeto de engenharia; riscos de construção; riscos operacionais; riscos de demanda; riscos de termino antecipado; riscos jurídicos; riscos de licitação; riscos de controle; riscos ambientais e sociais e outros riscos como perda da receita, entre outros. O impacto se porventura algo ocorra no entremeio da realização da obra pode ser considerado alto, médio ou baixo, isso irá depender da importância que ocasionará.

O contrato de PPP da Rodovia MG 050 foi assinado em 21 de julho de 2007, entre a Secretaria de Transporte e Obras Públicas – SETOP e a Concessionária da Rodovia MG 050, sendo o Departamento de Estradas e Rodagem – DER/MG e a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG os interventores, conforme licitação realizada em 07 de agosto de 2006, no modelo de concorrência.

Para finalizar, discorreremos brevemente sobre o Emissário Submarino de Salvador/BA (Sistema de Disposição Oceânica de Jaguaribe - Sdoj), onde será realizada uma concessão administrativa, sendo o Estado o único responsável pela totalidade da remuneração paga ao parceiro privado.

Conforme Shinohara e Savoia (2008, p. 74),

[...] a implantação do Sdoj tem por objetivo o tratamento e a disposição final dos esgotos gerados pela população de grande parte da cidade de Salvador e pela totalidade da população da cidade de Lauro de Freitas [...].

E que de acordo com a Embasa (Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A):

[...] o Sdoj permitirá o adensamento de bacias já em operação e a ampliação e implantação de sistemas de coleta e tratamento de

esgoto das bacias que atualmente contribuem para a crescente degradação de parte dos rios, uma vez que boa parte da população carente despeja seus esgotos diretamente nas bacias, passando para os rios e finalmente para as praias baianas.

No caso acima exposto, o parceiro público será a Embasa, o prazo previsto de concessão serão 18 anos, com investimento no montante de R\$ 160 milhões de reais. Existem divergências com relação ao valor total que será gasto, visto que o equilíbrio econômico deve ser preservado e com isso, o valor pode aumentar relativamente com o investimento.

Também nota-se a existência de riscos do Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe, ou seja, temos os riscos acerca do projeto de engenharia; com relação a construção; riscos operacionais; riscos de término antecipado; riscos jurídicos; riscos de licitação; riscos de controle; riscos ambientais e sociais associados às obras na parte terrestre; na parte marítima e a aspectos administrativos e legais.

A Embasa é a empresa competente para celebrar o contrato de Parceria Público Privada, sendo assim é considerada como o poder concedente e o parceiro privado deverá ser necessariamente uma Sociedade de Propósito Específico. Aqui não temos um agente regulador, ficando a Embasa totalmente responsável pelo contrato e pela fiscalização.

Nota-se que os projetos de Parcerias Público Privadas tiveram seus fundamentos baseados em parcerias estrangeiras que foram importantes e bem sucedidas, implantando no Brasil uma forma de concessão para contratos mais vultuosos, que busca o investimento do parceiro privado e para isso, terá que dispor de certas garantias especiais, para chamar a atenção dos mesmos e fazer com eles tenham vontade de participar das licitações e desenvolver os projetos em prol da sociedade.

Ressalta-se, que no Congresso InfraBrasil 2012, realizado em São Paulo, as Parcerias Público Privadas foram apontadas como sendo uma solução no que tange as infra-estruturas, que o Estado não é capaz de arcar sozinho.

O Estado de São Paulo está estudando um novo projeto utilizando-se das Parcerias Público Privadas, tal projeto foi batizado de “multiescopo” e diz respeito à infra-estrutura de abrangência metropolitana, visto que os problemas que São

Paulo tem passando, vem aumentando no decorrer dos anos, como é o caso das enchentes.

Para uma melhor organização, foi criada uma Secretária, ou seja, a Secretaria de Desenvolvimento Metropolitano, com o escopo de construir o mecanismo para a efetivação de Parcerias Público Privadas, visando sanar os inúmeros problemas que a cidade de São Paulo tem sofrido. Pelas últimas notícias, a primeira parceria firmada será com relação ao sistema Tietê – Pinheiros, pois o refluxo do rio pinheiros em direção a represa Billings compromete a qualidade da água consumida pelos paulistanos.

Como se sabe, o Brasil está em constante desenvolvimento, buscando soluções para suprir as lacunas deixadas pelo próprio ente público em vários setores, com isso, projetos e mais projetos de Parcerias tem surgido. Até mesmo o setor de estabelecimentos penais está carente de investimentos, e visando sanar tal déficit, vários estados, entre eles São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Paraná estão construindo presídios utilizando o sistema de Parceria Público Privada.

Esse caso ainda causa polemica, pois opositores temem pela guarda dos detentos, visto que será celebrado contrato entre o ente privado e o público, onde o privado irá prestar serviços e o público, em contrapartida, é o responsável pela remuneração.

Existe um Projeto de Lei em trâmite na Câmara dos Deputados, é o de nº 513, de 2011, que atualmente aguarda o parecer da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

Este projeto versa sobre normas gerais relativas à contratação de Parceria Público Privada para a construção e administração de estabelecimentos penais, objetivando fornecer um tratamento especial ao tema e padronizando o seu emprego em todo território nacional.

Muitos entendem que este projeto diz respeito a uma privatização do setor carcerário, mas na verdade o que ocorre é uma terceirização, visando à prestação de um serviço eficiente, coibindo a corrupção, o abuso de poder, o nepotismo, entre outras conseqüências, onde a Administração Pública não perde a direção da situação, simplesmente transfere a execução.

No caso presente, a terceirização busca a ressocialização do detento, vez que, com o que temos na atualidade o preso após o cárcere sai pior do que quando entrou, sem rumo algum e com isso, a volta à criminalidade é certa.

Enfim, com o emprego das Parcerias é possível ampliar a capacidade de investimento e com isso, multiplicar as obras de infra-estrutura e sanar parte dos problemas da sociedade, que por sua vez, anseia pela prestação de serviços públicos de forma digna e que supra suas necessidades, seja na saúde, transporte e demais áreas que fazem parte do cotidiano de todos.

3.3 Características específicas das parcerias público-privadas

As Parcerias Público-Privadas, modalidades especiais de concessões públicas, diferenciam-se das demais ao apresentarem características peculiares decorrentes da estratégia da Administração Pública que, visando suprir a deficiência econômica estatal frente a determinados setores sociais que exijam grandes investimentos, oferece maiores garantias aos parceiros privados para que estes tenham interesse em investir nesses setores. Desta forma, permite-se a atuação do Poder Público, ainda que indireta, na prestação de serviços e obras públicas não privativas do Estado e para as quais este não dispõe de recursos para exercê-las diretamente.

A Administração Pública, indiretamente, vem proporcionar serviços públicos de cunho eminentemente social aos seus administrados, mediante contrato de Parceria Público Privada que, dotados de objeto diferenciado, têm como destino a prestação ou a exploração de serviço público ou de obra pública, os quais ficam a cargo dos parceiros privados que, para tanto, são destinatários de contraprestação total (concessão administrativa) ou parcial (concessão patrocinada), prestada pelo parceiro público, o que não se vislumbra nas demais modalidades de concessão.

3.3.1 Remuneração

Quanto à remuneração, ela nada mais é do que uma contraprestação percebida, em regra, da Administração Pública pelo parceiro privado como

pagamento pelo serviço público prestado, deverá ser vantajosa ao parceiro privado e sempre proporcional ao seu investimento. Contudo, na concessão patrocinada, em que o parceiro privado também se remunera de tarifas cobradas dos destinatários do serviço prestado, o valor cobrado deverá ser o menor possível, a fim de não onerar excessivamente seus usuários.

Desse modo se, por um lado, a remuneração deve trazer vantagens ao parceiro privado, a fim de atraí-lo a investir quantitativa e qualitativamente em atividades altamente dispendiosas, mas de grande importância social, vindo a suprir as deficiências econômicas do Estado, por outro lado, deve onerar minimamente os administrados usuários do serviço público, sem atingir a eficácia destes serviços. Por isso, admite-se que a contraprestação administrativa venha a ser vinculada ao desempenho do parceiro privado, a fim de se atender ao princípio da eficiência; bem como que seja efetuada em parcelas, desde que sejam proporcionais à prestação fruível (BLANCHET, 2009 e POLTRONIERI, 2005)

Segundo o artigo 6^o da Lei de Parcerias, a contraprestação administrativa poderá se dar por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou outros meios legais. Não são taxativos os itens expressos no artigo 6^o, pois a Administração Pública poderá efetuar o pagamento da contraprestação devida, valendo-se de outras maneiras, contudo as formas por ela empregadas deverão estar dentro das possibilidades que a lei dispõe.

A Lei Federal permitiu ao Poder Público condicionar a forma do pagamento que irá efetuar ao parceiro privado, de acordo com o desempenho deste, e mais, poderá o Poder Público fixar uma parcela fixa e uma parcela variável que dependerá do cumprimento das metas atingidas pelo parceiro.

⁵ Art. 6^o 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.

3.3.2 Admissibilidade do instituto da arbitragem

O instituto da arbitragem visa à celeridade na dissolução dos conflitos, bem como o desafogamento do Poder Judiciário. A aplicação desse instituto vem a ser admitida, estritamente, para as Parcerias Público-Privadas em virtude de sua previsão legal expressa no inciso III do artigo 11 da Lei n° 11.079/2004⁶, embora seja um dos pontos mais controvertidos desta lei, por ser um mecanismo privado na solução de litígios que envolvem interesses públicos, frente à indisponibilidade inerente a tais interesses.

O instituto arbitral concede às partes a possibilidade de controle sobre o litígio, vez que, ambas irão escolher o direito patrimonial disponível a ser arbitrado, bem como, com relação à escolha do árbitro responsável pela decisão a ser proferida. Tal árbitro, conforme a lei deverá ser pessoa de confiança das partes e especialista no assunto motivo do litígio, finalizando a questão utilizando seu conhecimento científico apurado.

A sentença arbitral produz efeitos semelhantes aos obtidos no poder judiciário, a diferença é com relação à formalidade, pois quando a via de decisão é o Poder Judiciário, os atos são solenes e com isso, ocorre à morosidade da solução, visto o enorme número de recursos que a parte vencida utiliza para protelar a decisão.

Vários juristas são a favor do emprego desse instituto, principalmente em face, de impedir a má-fé de alguns que se escondem atrás dos recursos que o judiciário garante.

No entanto, discute-se a constitucionalidade da aplicação do referido instituto, pois a lei da arbitragem (Lei n° 9.307/96) dispõe que ela deve ser restrita

⁶ Art. 11. O instrumento convocatório conterá 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 n° 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 n° 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 n° 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. [GRIFO NOSSO]

aos diretos patrimoniais disponíveis. Contudo, como até o momento não se chegou a um consenso sequer quanto à definição de direitos patrimoniais disponíveis, a aplicabilidade da arbitragem mantém-se restrita às parcerias público-privadas em virtude do princípio da legalidade estrita e da especificidade da Lei n° 11.079/2004, que não altera as normas gerais ou outras normas já existentes e relacionadas ao tema, dentre as quais podem ser citadas a Lei n° 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e a Lei n° 8.987/95 (Lei de Concessões Públicas).

A realidade do nosso país é bem diferente dos países mais avançados, onde o instituto da arbitragem possui grande importância e aplicabilidade, em decorrência da transparência existente. No Brasil, ainda encontramos dificuldade em obter a transparência adequada nos atos praticados, e por consequência, alguns podem ser privilegiados perante outros, o que é inadmissível.

3.3.3 Peculiaridades do procedimento licitatório e as limitações impostas

O Procedimento licitatório é também exigido pela Lei de Parcerias, como nas demais espécies de contrato público. Mesmo estando embasado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 8.666/93) que exige a realização na modalidade de concorrência pública, apresenta algumas peculiaridades.

Em princípio, exige-se a realização de prévia audiência pública para proporcionar o oferecimento de eventuais críticas e sugestões, tanto relacionadas ao edital quanto ao próprio contrato de parceria, exigindo-se ainda que o procedimento licitatório seja diretamente dirigido pelos Ministérios e pelas Agências Reguladoras.

Outra peculiaridade a ser ressaltada é a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, com o intuito de proporcionar maior celeridade ao procedimento. Havendo esta inversão, em princípio deverá ser definida a melhor proposta, contando inclusive com a inovação do pregão nas Parcerias para, finalmente, se proceder ao exame da habilitação, que se restringirá, em regra, ao licitante vencedor.

No entanto, caso este licitante não preencha os requisitos exigidos, não será considerado habilitado, o que levará a ser retomada a fase de julgamento em busca da segunda melhor proposta, e assim, sucessivamente, até que se encontre o melhor licitante habilitado, que será considerado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto licitado. Quanto ao critério de julgamento, deverá ser adotado o estabelecido pelo edital, que poderá optar pelo critério do menor valor da contraprestação ou da melhor proposta em razão da combinação do critério anterior com o de melhor técnica.

Finalmente, exige-se o condicionamento do processo licitatório aos requisitos dispostos no artigo 10⁷ da Lei de Parcerias, a saber:

a) O consentimento da autoridade administrativa competente, embasado em estudo técnico demonstrando: a conveniência e a oportunidade da contratação, que as despesas não afetarão os resultados fiscais do Poder Público competente e o respeito às limitações estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n° 101/2000).

Blanchet (2009, p. 60) diz que:

⁷ 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 n° 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 n° 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. [GRIFO NOSSO]

A conveniência está vinculada à utilidade e ao interesse para a coletividade na prática de determinada solução. A oportunidade tem caráter temporal, aponta para o momento (ou espaço de tempo) no qual a prática da solução efetivamente será útil e de interesse para a coletividade.

b) A existência de estimativa do impacto orçamentário-financeiro referente ao período em que estará em vigor o contrato a ser celebrado.

c) Declaração do ordenador da despesa de que as obrigações são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e que foram previstas pela lei orçamentária anual.

A Administração Pública é responsável diretamente pelo atendimento do interesse público e deverá realizar um planejamento de suas futuras ações, onde irá analisar todas as ações já concluídas e as atuais, visando alcançar a satisfação do cidadão, sem se afastar das finalidades públicas. O interesse público deve ser respeitado de forma suprema e a Administração possui o dever de zelar para que tudo esteja sendo cumprido conforme a lei.

d) A existência de estimativa do fluxo de recursos públicos que devem ser suficientes ao cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público.

e) A previsão do objeto da parceria no plano plurianual da esfera administrativa competente.

O plano plurianual é um plano de médio prazo, visto que possui um período de quatro anos para por em prática e concretizar suas metas.

f) Submissão do edital e do contrato a consulta pública, concedendo pelo menos trinta dias para recebimento de sugestões em relação a ambos e cujo termo dar-se-á pelo menos nos sete dias precedentes à data prevista para a publicação do edital.

Observa-se, que seria irracional a publicação do edital e do instrumento do contrato, pois como se trata de um contrato de longa duração e com muitos detalhes seria demasiadamente oneroso para a Administração Pública a publicação na íntegra e, para evitar obscuridades ou acusações de que poderia estar escondendo algo de importante, a Lei Federal estabeleceu que tanto o edital, como os instrumentos do contrato estarão disponíveis para consulta pública, caso alguém tenha interesse em analisá-los.

g) licença ambiental prévia, caso o objeto do contrato a exigir. No âmbito da licença ambiental, será sempre exigida quando o empreendimento estiver sob o domínio da política nacional do meio ambiente; a licença ambiental prévia propicia as condições necessárias para a elaboração do projeto relacionado à situação geográfica e define todos os quesitos a serem seguidos e respeitados.

Importante destacar que, são impostas certas limitações à instituição das Parcerias Público Privadas, bastando à existência de qualquer delas para impedir a consecução contratual, quais sejam:

a) Valor contratual não inferior a vinte milhões de reais.

b) Não se admite como objeto único o fornecimento de mão-de-obra ou o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

c) Em respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n° 101/2000), os gastos do Poder Público na figura de seus entes administrativos, diretos e indiretos, não poderão superar o valor de 3% de sua receita corrente líquida anual (RCL), no que respeita a somatória das parcerias realizadas pelo Estado, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais deverão previamente à contratação, encaminhar ao Senado Federal e à Secretária do Tesouro Nacional, documentos que comprovem o cumprimento dessa exigência, além de dever de demonstrar que as despesas anuais em relação aos contratos vigentes, nos dez anos subseqüentes não excedem aquele percentual da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

d) O prazo contratual deve estar compreendido entre cinco e trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação. As Parcerias Público-Privadas são admitidas estritamente na consecução de contratos mais duradouros, em virtude do maior investimento exigido cujo retorno pode ser lento, acarretando ao parceiro privado maior risco econômico.

3.3.4 Fundo garantidor de parceria público-privadas (FGP)

As Parcerias Público-Privadas vêm inovar ainda mais com a criação do Fundo Garantidor de Parceria Público Privada (FGP) que, sendo dotado de natureza privada e patrimônio próprio, tem por objeto o controle das despesas públicas despendidas com os contratos de Parceria, a fim de garantir o

pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais perante seus respectivos parceiros privados, excluindo os cotistas de eventuais obrigações, salvo pela integralização de cotas que subscrevem que podem ser feitas em dinheiro, em títulos da dívida pública, em bens imóveis dominicais, em bens móveis ou em direitos com valor patrimonial.

O Fundo Garantidor será criado, administrado, gerido e representado por instituição financeira controlada pela União, sendo dotado de estatuto e regulamento próprios aprovados pelos cotistas em assembléia. A Administração Pública, seja direta ou indireta, poderá participar do Fundo, desde que sua contribuição não supere o valor de seis bilhões de reais (BLANCHET, 2009, p. 95).

O Banco do Brasil S.A. administra o Fundo Garantidor, que por seu turno, foi constituído conforme o disposto no artigo 16 da Lei nº 11.079/2004, e, inicialmente o único cotista era a União Federal. A Resolução nº 1, do Comitê Gestor das Parcerias Público Privadas, de 05 de agosto de 2005, designou o Banco do Brasil para representar judicial e extrajudicialmente o Fundo Garantidor.

Quanto às garantias prestadas pelo Fundo Garantidor de Parcerias, deverão ser proporcionais ao valor da participação de cada cotista, devendo ser previamente aprovadas pela assembléia de cotistas.

As espécies de garantias estão previstas no § 1º do artigo 18 da Lei de Parcerias, sendo, em síntese, as seguintes: a fiança, sem benefício de ordem para o fiador; o penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do fundo; a hipoteca de bens móveis do patrimônio do fundo; a alienação fiduciária, permanecendo o fundo na posse direta dos bens até a execução da garantia; outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens, além da garantia real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencendo ao Fundo.

Ressalta-se, que as garantias acima apontadas é “aparentemente” taxativa, visto que não esgota as hipóteses, admitindo a aceitação de outros contratos que garantam o efeito da garantia.

Poltronieri (2005, p. 171) explica que

A garantia prestada pelo Fundo poderá ser acionada pelo parceiro privado em duas situações específicas, conforme previsto na norma. No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito pela Administração e não pago, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento. No caso de débitos constantes de faturas emitidas pelo parceiro privado e ainda não aceitas pela Administração Pública, a garantia poderá ser acionada a partir dos 90º (nonagésimo) dia do vencimento da fatura e desde que a mesma não tenha sido rejeitada expressamente pelo parceiro público, por ato administrativo devidamente motivado e fundamentado.

Com a quitação do débito pelo Fundo, dar-se-á a sub-rogação nos direitos de crédito do parceiro privado. Os cotistas não farão jus a rendimentos, mas terão o direito de resgatar total ou parcialmente suas cotas a qualquer tempo, desde que não estejam sendo utilizadas como garantia.

Na hipótese de haver dissolução do Fundo, após análise individual da condição dos cotistas, o patrimônio remanescente será rateado entre eles, com base na situação patrimonial à data da dissolução. Realizada a dissolução, o patrimônio remanescente será partido igualmente entre os cotistas.

3.3.5 Vencimento contratual, penalidades e a fiscalização

Quanto ao vencimento do contrato, não foram trazidas inovações, devendo-se seguir as normas legais existentes que respeitam ao tema, podendo-se citar a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) e a Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.987/95).

Em relação às penalidades decorrentes de eventual inadimplência, ambos os contratantes responderão proporcionalmente às responsabilidades assumidas quando da contratação e conforme a gravidade da falta, devendo-se seguir as normas vigentes que tratem do tema, dentre as quais: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Lei de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores (Decreto-Lei nº 201/67), Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº

1.079/50), Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848/40) e Lei dos Crimes Fiscais (Lei n° 10.028/2000) ⁸.

Anteriormente a Lei Federal, as penalidades já eram aplicadas com base nas legislações acima elencadas, assim, o artigo 29 apenas consolidou o que já era realizado.

As penalidades podem ser tidas como pura punição ou apenas como prevenção. Tais possibilidades das penalidades serem aplicadas ocorrem em face do caráter que o parceiro público ou o parceiro privado atuar, visto que tanto a Administração Pública como o investidor privado podem ser punidos, sempre proporcionalmente.

No que diz respeito à fiscalização, a Lei n° 11.079/2004 atribui competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, aplicando-se supletivamente as demais leis, ou seja, conforme o disposto no artigo 15 da citada lei:

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.

Por Ministérios, entende-se que é a instituição governamental, que irá realizar atividade especializada conforme legislação e que serão subordinados ao Chefe do Executivo da União. Já, com relação às Agências Reguladoras, são apenas órgãos criados por lei para fiscalizar as atividades efetuadas pelos setores econômicos.

As Agências Reguladoras preservam a competência que lhe era atribuída pela lei anterior à lei n° 11.079/2004, no entanto continuam não podendo participar das reuniões do órgão gestor de parcerias. Nota-se, que “a única inovação, refere-se à obrigatoriedade de submeter os editais ao órgão gestor de parcerias e a lhe encaminhar os relatórios semestrais nos quais circunstanciará a

⁸ Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa, na Lei n° 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei n° 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente. [GRIFO NOSSO]

execução dos contratos de concessão que não sejam abrangidos pela modalidade “*concessão comum*” (BLANCHET, 2009, p. 90)

Não somente a União deverá seguir os procedimentos impostos por esta Lei Federal, mas também os Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 foi a responsável por introduzir no Brasil as Agências Reguladoras, como exemplo, podemos citar a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica); ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); ANP (Agência Nacional do Petróleo); ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), entre outras.

Sedimenta-se, pelo exposto, que as Parcerias Público-Privadas deverão estar conectadas, especialmente, com as seguintes leis: Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.987/95) e Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se mister ressaltar os aspectos fundamentalmente importantes que estiveram sob ótica, destacando-se o cunho eminente social dos contratos de Parcerias Público-Privadas como modalidades de concessões públicas, dotadas de extrema singularidade.

Embora as Parcerias Público Privadas já fossem alvo de legislações estaduais, distrital e até municipal, o alcance desse instituto legal era restrito aos respectivos âmbitos de atuação do ente político que o instituía, surgindo à necessidade da uniformização de tratamento para a contratação através das Parcerias Público-Privadas.

Diante disso, foi elaborada a Lei Federal n° 11.079/2004, que veio a atender a duas necessidades: regulamentar essas Parcerias no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e cumprir o preceito do princípio da legalidade.

Essas modalidades contratuais têm por maior objeto, atendendo aos princípios administrativos constitucionais assegurados pelo artigo 37, *caput* da atual Carta magna, garantir serviços públicos ao universo de administrados, em conformidade com os preceitos legais dotados de impessoalidade, de continuidade e eficiência em sua prestação. A transparência deveria ser total, a fim de promover a segurança jurídica, no entanto, não é o que ocorre de fato e esse, é um dos pontos, que por vezes atrapalham a implantação das parcerias em determinados setores.

Além dos princípios constitucionais, estão implícitos, dentre outros, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Sendo que, alguns desses princípios, respeitam os direitos fundamentais do ser humano e, ao serem assegurados pelo artigo 5° da Constituição Federal de 1988, adquirem o caráter de cláusula pétrea, que deve ser obrigatoriamente garantida a toda a coletividade.

Em respeito a tal obrigatoriedade, ao Poder Público compete o papel de suprir globalmente as necessidades sociais coletivas. No entanto, ao abarcar excessivas funções que acarretam o seu descomunal crescimento, o Estado tornou-se incapaz de cumprir integralmente esse papel social.

Frente a esse quadro, o Estado passou a exercer diretamente apenas atividades privativas de sua execução e indiretamente as não privativas, delegando-as aos entes privados, especialmente através dos contratos de concessões públicas. Porém, ainda assim as atividades sociais mais dispendiosas não estavam sendo supridas por não serem atrativas aos investidores, cabendo ao Estado criar mecanismos capazes de atraí-los para investir em tais setores para os quais o Poder Público não dispunha de recursos econômicos, o que se deu através do oferecimento de garantias especiais aos investidores privados, surgindo as Parcerias Público-Privadas.

Em suma, as Parcerias Público-Privadas surgiram com o escopo de colaborar com o desenvolvimento do país, em virtude da ausência ou deficiência na prestação dos serviços públicos a cargo do Estado. Destarte, ao traçar como meta o suprimento da carência estatal quanto aos recursos econômicos necessários à implantação de infra-estrutura essencial e de grande porte, a Lei de Parcerias estabeleceu preceitos e condições legais especialíssimas aos investidores privados, viabilizando os contratos de concessões para determinados setores sociais antes desprezados.

Por sua vez, as Parcerias Público Privadas não podem ser tidas como a salvação de um problema que se arrasta há décadas, pois mesmo com toda a fiscalização e formalismo para ser beneficiado com as garantias fornecidas pela Lei 11.079/2004, onde contempla o equilíbrio econômico, a repartição dos riscos, entre outras vantagens, observa-se, que também podem de certa maneira burlar a lei, utilizando-a tão somente para se beneficiar com as vantagens e garantias.

As Parcerias Público Privadas no caso de serem mal empregadas, podem proporcionar as empresas privadas a possibilidade de auferir lucros gigantescos, sem atender a real necessidade da coletividade.

Pode-se concluir, que as Parcerias Público Privadas quando aplicadas de forma correta, traz grandes benefícios para a sociedade, que por sua vez, poderá desfrutar de uma infra-estrutura digna. Mas, se forem utilizadas de maneira desonesta irá gerar benefícios, lucros e satisfação apenas aqueles que estão fazendo uso dos recursos financeiros em prol dos seus interesses particulares.

Seria ilusório acreditar que as Parcerias fossem as responsáveis pelo atendimento de todas as metas relativas ao desenvolvimento do país, visto que,

ela é apenas um pilar do qual se aplicada corretamente só irá trazer lucro, tanto para o Poder Público, como para os investidores e cidadãos.

Com certeza, a Lei Federal em estudo ainda será muito aplicada no que se refere às concessões públicas, pois o Brasil está em desenvolvimento interno e externo; fazendo parte de projetos que envolvem a política internacional e para concretizar todos os quesitos, mais fácil e vantajoso para a Administração fazer uso desse instituto tão complexo, mas em contrapartida tão estimulante.

As Parcerias podem sim, ser parte da solução para o desenvolvimento do país e o cumprimento dos deveres para com a sociedade, no entanto, é preciso que o Estado seja guiado por pessoas que estejam dispostas a cumprir integralmente todos os requisitos solicitados pela Lei Federal em prol da coletividade, pois caso contrário, só teremos mais casos de corrupção e escândalos nas obras públicas do Brasil.

É de se ressaltar, que a lei em tela tem por sustentáculo os princípios constitucionais e administrativos, especialmente quanto à busca pela continuidade e eficiência na prestação dos serviços públicos e principalmente pela moralidade administrativa.

De forma geral, as Parcerias Público Privadas é uma fonte de concretização das infra-estruturas necessárias a coletividade, podendo ser considerada segura, pois após realizada o parceiro privado presta o serviço com técnicas aprimoradas, atendendo a sociedade como um todo ou pelo menos melhor do que o Poder Público atenderia com o investimentos de poucos recursos.

REFERÊNCIAS

BERTOLINO, Paulo Bernardo. **Estado, direito e lei**. Papel das práticas sociais. 2006, 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das parcerias público-privadas – PPPs**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo. Interpretação e Aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, n. 701, p. 34-44, mar. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa. A submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1988**. 2. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MUKAI, Toshio. Parcerias Público-Privadas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, n. 191, p. 40-41, dez. 2004.

MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**: comentários à lei federal nº 11.079/04, às leis estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória, ES. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASCIMENTO, José Carlos Baptista do. **A parceria público privada na linha 4 – amarela do sistema metroviário de São Paulo**. 2006. Disponível em: <<http://www.cbtu.gov.br/estudos/gtdu/reunioes/5reuniao/apresentacoes/5.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

PESTANA, Marcio. **A concorrência pública na parceria pública-privada (PPP)**. São Paulo: Atlas, 2006.

POLTRONIERI, Renato. **Parcerias público-privadas e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. Dignidade da pessoa humana e ética social: a função promocional do direito. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (Orgs.). **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos – a constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011.

PRINCÍPIO. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

SÁ JÚNIOR, Fernando Antonio Soares de. **A releitura do estado de direito moderno: estado de exceção e a constituição da normalidade**. 2008. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2006.

SILVA, Carina Lopes. Transformações no estado brasileiro e a lei 11.079 de 2004: as parcerias público-privadas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias. (Orgs.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

_____. Breves comentários sobre a lei da parceria público-privada. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. (Coords.). **Teoria geral do direito – ensaios sobre dignidade humana e fraternidade**. Birigui: Boreal, 2011.

SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, Jose Roberto Ferreira. **Parcerias público-privadas no Brasil**. Barueri: Manole, 2008.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. Tutela cautelar – uma reflexão em face do Pls n. 166/2010 do novo código de processo civil. In: TEIXEIRA, Acyr Maurício Gomes; LONGO, Caricielli Maisa; CRUZ, Tiago Setti Xavier. (Orgs.). **Tutelas de urgência e prestação jurisdicional**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

_____. O princípio do concurso público e o papel do poder judiciário na colmatagem dos abismos que o poder legislativo dificilmente alcança. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. (Orgs.). **Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v.1.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais – repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANEXOS

ANEXO A

A Parceira Público Privada na Linha 4 – Amarela do Sistema Metroviário de São Paulo (NASCIMENTO, 2006).

O anexo A, faz parte de um conjunto de slides elaborados pelo Sr. José Carlos Baptista do Nascimento, gerente de controle financeiro da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, desde o ano de 2007 e conselheiro deliberativo na Metrus Instituto de Seguridade Social, desde maio do ano de 2006.

Nascimento é bacharel em Ciências Econômicas pela PUC/SP e trabalha na área do metrô muito antes de ter se tornado gerente de controle financeiro, pois já esteve colaborando em outros setores da companhia, inclusive foi vice-gerente do cargo que ocupa nos dias atuais.

