



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

**PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS:
ALÉM DAS FRONTEIRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Recife
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

P436p

Pereira, Maria Marconiete Fernandes

Parcerias público privadas: além das fronteiras do direito administrativo. – Recife: O Autor, 2015.
249 f. : fig., tab.

Orientador: Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Parceria público-privada - Brasil. 2. Infraestrutura (Economia). 3. Reforma administrativa - Brasil. 4. Direito e economia. 5. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil). 6. Serviço público - Brasil. 7. Concessões administrativas - Brasil. 8. Contrato administrativo - Brasil. 9. Economia - Brasil. 10. Administração pública - Brasil. 11. Direito administrativo - Brasil. 12. Prestação de serviços - Brasil. 13. Brasil - Política econômica. I. Cavalcanti, Francisco Queiroz Bezerra (Orientador). II. Título.

346.81023CDD (22. ed.)
(BSCCJ2015-019)

UFPE

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

**PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS:
ALÉM DAS FRONTEIRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Queiroz Cavalcanti.

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA

**PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS:
ALÉM DAS FRONTEIRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Queiroz Cavalcanti.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (Presidente)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Hertha Urquiza Baracho (1ª Examinadora externa/UFPB)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Geilson Salomão Leite (2º Examinador externo/UFPB)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Marcos Antonio Rios da Nóbrega (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Recife, 23 de fevereiro de 2015

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Este trabalho é dedicado ao meu esposo, Antônio Pereira Melo Neto, incansável companheiro de meus sonhos, presente em todos os momentos.

Ao mesmo tempo, é também dedicado aos meus filhos Aislan, Rafael e Valéria, pela alegria de nossa união e incentivos, e ao meu neto Gabriel pelas gravuras em meus livros de estudo da tese.

AGRADECIMENTOS

Esta tese se tornou realidade pela colaboração de algumas pessoas, as quais serei grata, em especial:

A Deus, o meu Senhor, que me sustenta em tudo. Ao seu Filho Jesus Cristo que me deu vida e vida em abundância. Ao Espírito Santo que me faz a cada dia ter o privilégio de chegar ao altar do Senhor. Não há palavras para expressar minha gratidão e louvor a Ti.

Ao meu Orientador Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, que contribuiu de maneira singular com suas sugestões, críticas, incentivos, além de sua paixão pela pesquisa.

Agradecimentos especiais são conferidos ao Professor Doutor Marcos Nóbrega, pelas suas indicações e contribuições em Law and Economics.

Agradecimento ao Professor Doutor Ivo Dantas pela gentileza, como também ao Professor Doutor Antônio Porto e Professor Doutor Nuno Garoupa pela consideração.

Aos meus pais, Antônio e Terezinha, com carinho eterno, a minha irmã Margarete, por compartilhar sempre de meus sonhos, e as minhas noras Renata e Jéssica, grata sempre.

Agradeço as amigas-irmãs da “Conexão Aconchego” pelo período de convívio em torno da Palavra de Deus, em que compartilharam de meus sonhos e das minhas lutas acadêmicas, como também de “Mulheres como Nós” especialmente pela sustentação das orações pela minha vida no decorrer deste trabalho.

Agradeço aos amigos Bradson e Flavianne pelos momentos do cafezinho e dos debates de *Law and Economics*, aos amigos da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e a incentivadora ao longo desse caminho, Mariana.

Thanks Professor Graeme Hodge for his kindness in sending without costs, of its articles of PPP's.

Aos colegas, impossível nomina-los, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco que me acolheram com carinho imenso em Recife e da convivência, aos professores e funcionários.

Agradecimentos ao Governo do Estado da Paraíba, Secretaria de Administração e Controladoria Geral, pela minha dispensa dos meus afazeres profissionais para dedicar-me a este trabalho e ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Lucicleide e Madalena, pela atenção nesse período de pesquisa na Biblioteca.

*Qual de vocês, se quiser construir uma torre,
primeiro não se assenta e calcula o preço, para
ver se tem dinheiro suficiente para completá-la?*
(Lucas. 14, versículo 28.)

RESUMO

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **Parcerias Público Privadas**: além das fronteiras do Direito Administrativo. 2015. 260f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

A presente tese mostra a interrelação do uso da terminologia parcerias no contexto de concessões, administrativa e patrocinada, com a conotação de colaboração do setor público com do privado. O instituto jurídico das concessões renova-se com a instituição do fenômeno das Parcerias Público Privadas com o propósito de execução de obras, elaboração de projetos, financiamentos, gestão e/ou operações e manutenção de serviços públicos a fim de melhorar a prestação dos serviços em termos de eficiência e resultados. As atividades de serviços públicos e de infraestruturas públicas desenvolvidas pela iniciativa privada ganham força com contraprestação pelos usuários e pela Administração Pública visando atender as demandas da sociedade e de preencher as lacunas de investimentos. Nesse ambiente de relações complementares é apresentado um arcabouço de incentivos com inovações em ofertas espontâneas e procedimento de manifestação de interesse. Ainda, o trabalho enfatiza a identificação e a alocação dos riscos compartilhados, além do desempenho em resultados eficientes com repercussões na estruturação do contrato administrativo, identificando uma incompletude. Insere-se, por fim, a análise do arcabouço jurídico dessas transformações na hipótese do impacto das concessões das Parcerias Público Privadas no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo apontando para uma (des)construção de parceria do público e do privado, objetivando uma formalização de um relacionamento negocial com vista à melhoria de resultados em prestação de serviços. A metodologia utilizada no presente estudo apoiou-se em referências teóricas nacionais e internacionais, além da participação em redes virtuais temáticas.

Palavras-chave: Parcerias Público Privadas. Contrato Administrativo. Direito Administrativo.

ABSTRACT

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **Public Private Partnerships beyond boundaries of Administrative Law**. 2015. 260f. Thesis (Doctoral in Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

This thesis shows the interrelation between the uses of the terminology partnerships regarding administrative and sponsored concessions, with the connotation of collaboration from the public and private sectors. The legal institution of concessions renews itself with the institution of the phenomenon of Public-Private Partnerships for the purpose of works execution, project development, financing, management and/or operations and maintenance of public services in order to improve the delivery of services regarding efficiency and results. The public service activities and public infrastructure developed by the private sector gain strength with consideration by users and public administration aiming at meeting the demands of society and fulfilling the investment gaps. In this environment of complementary relations it is presented a framework of incentives with innovations in spontaneous offers and expressions of interest procedure. Moreover, the study emphasizes the identification and allocation of shared risk, and performance in efficient results that influence the structure of the administrative contract, identifying incomplete. It is inserted, finally, the analysis of the legal framework of these transformations in the event of impact of the concessions of Public-Private Partnerships in the contemporary Administrative Law pointing to a (de) construction of partnerships between the public and private, in order to formalize a business relationship to improve outcomes in service delivery. The methodology used in this study relied on national and international theoretical references as well as participation in thematic virtual networks.

Keywords: Public-Private Partnership. Administrative Contract. Administrative Law.

RÉSUMÉ

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **Partenariats Public-Privé au-delà des frontières du Droit Administratif**. 2015. 260f. Thèse (Doctorat en Droit) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

La présente thèse montre l'interrelation de l'usage de la terminologie partenariats dans le contexte de concessions administrative et subventionné, avec la connotation de coopération du secteur public avec le privé. L'institut juridique des concessions se renouvelle avec l'institution du phénomène des Partenariats Publics Privés avec le propos d'exécution d'oeuvres, élaboration des projets, financement, gestion et/ ou opérations et entretien de services publics à fin d'améliorer la prestation des services en termes d'efficace et de résultats. Les activités de services publics et d'infrastructures publiques développées par le secteur privé gagnent de la force avec la contreprestation par les utilisateurs et par l'Administration Publique visant répondre les exigences de la société et remplir les lacunes des investissements. Dans ce contexte de relations complémentaires, est présenté un cadre d'incitations avec des innovations dans les offres spontanées et de procédures de manifestation d'intérêt. Aussi, le présent travail met l'accent sur l'identification et l'allocation des risques partagés, et la performance dans des résultats efficaces avec de la répercussion dans la structuration du contrat administratif, identifiant une incomplétude. Enfin, on insère l'analyse du cadre juridique de ces transformations sur l'hypothèse de l'impact des concessions des Partenariats Publics Privés dans le cadre du Droit Administratif contemporain pointant vers une déconstruction de partenariat du public et du privé, objectivant une formalisation d'une relation d'affaire en vue de perfectionner les résultats en matière de prestation de services. La méthodologie utilisée dans le présent étude a été basée sur des références théoriques nationales et internationales, ainsi que sur la participation dans des réseaux virtuels thématiques.

Mots clés: Partenariats Public Privés; Contrat Administratif; Droit Administratif.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BIRD – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento

BOT – *Built-Own-Transfer*

BOOT – *Build-Own-Operate-Transfer*

BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social

BNDESPar – BNDES Participações S.A.

CEE – Comunidade Econômica Europeia

CGP – Comitê Gestor de Parceria Público Privada

CM – Concessão Comum

CPPP – Concessão de Parceria Público Privada

CTP – Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas

DASP – Departamento Administrativo de Serviço Público

DBO – *Design-Build-Operate*

EPL – Empresa de Planejamento e Logística

FMI – Fundo Monetário Internacional

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MIP – Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada

PFI – *Private Finance Initiative*

PIB – Produto Interno Bruto

PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse

PND – Programa Nacional de Desestatização **PPP**

– Parceria Público Privada

RCL – Receita Corrente Líquida

SIDERBRÁS – Siderurgia Brasileira Ltda

SPE – Sociedade de Propósito Específico

UDC – *Urban Development Corporations*

UE – União Europeia

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Investimentos do Setor Público	34
Figura 2 - Diagramação das concessões brasileiras.....	102
Figura 3 - Atores envolvidos no processo de criar um ambiente de PPPs	168
Figura 4 - Ambiente institucional de PPPs.....	170
Figura 5 - Identificação dos riscos comuns: os riscos técnicos	175
Figura 6 - Identificação dos riscos comuns: os riscos econômicos	175
Figura 7 - Identificação dos riscos comuns: os riscos operacionais	175
Figura 8 - Identificação dos riscos de eventos imprevisíveis	175
Figura 9 - Identificação dos riscos específicos	175
Figura 10	198
 Tabela 1 - Modelo do <i>Private Finance Initiative</i>	69
Tabela 2 - Procedimentos para ofertas espontâneas	174

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	AS REFORMAS ECONÔMICAS NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES.....	23
2.1	A CONJUNTURA POLÍTICO-ECONÔMICA BRASILEIRA: A ABERTURA À INICIATIVA PRIVADA.....	23
2.2	A REPERCUSSÃO DAS PRIVATIZAÇÕES NO MERCADO DE INFRAESTRUTURA.....	26
2.2.1	O papel do BNDES no fomento à política de privatizações	28
2.2.2	Infraestrutura: gargalos permanentes.....	30
2.3	A INFLUÊNCIA DAS REFORMAS DO ESTADO BRASILEIRO EM INFRAESTRUTURAS.....	35
2.3.1	Reforma da Era Vargas: anos 30.....	35
2.3.2	Reforma JK.....	37
2.3.3	Reforma Gerencial.....	40
2.4	ESTADO E MERCADO.....	47
2.4.1	O mercado de serviços públicos.....	50
2.4.2	A globalização econômica.....	54
2.4.3	A contribuição da teoria econômica.....	57
2.4.4	O papel do Estado.....	60
3	CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS.....	63
3.1	DESTAQUE INTERNACIONAL: INDICATIVOS DOS ESTADOS UNIDOS E DO REINO UNIDO.....	65
3.1.1	Recomendações de Organismos Internacionais e Transnacionais: Banco Mundial e União Europeia.....	75
3.1.1.1	<i>Banco Mundial</i>	76
3.1.1.2	<i>União Europeia</i>	78
3.2	AMBIENTE BRASILEIRO: A INSTITUIÇÃO DAS PPPs.....	81
3.3	UMA ABORDAGEM DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM DIREÇÃO AS PPPs.....	85
3.4	A CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	93

3.4.1	Concessão: uma noção jurídica multiforme.....	101
3.5	AS CONCESSÕES ESPECIAIS DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	107
3.5.1	Concessão Patrocinada.....	114
3.5.2	Concessão Administrativa.....	117
4	CONFIGURAÇÃO DAS PARCERIAS PUBLICO PRIVADAS.....	119
4.1	ABORDAGENS TEÓRICAS DAS PPPs.....	120
4.1.1	Abordagem de projetos de Infraestrutura.....	122
4.1.2	Abordagem de cooperação entre os atores.....	127
4.1.3	Abordagem de Gestão a Longo Prazo: Contratualização.....	133
4.1.4	Abordagem de Privatização.....	135
4.2	DIRETRIZES INSTITUCIONAIS DE PPPs.....	138
4.2.1	Eficiência.....	140
4.2.2	Responsabilidade Fiscal e Transparência.....	145
4.2.3	Repartição Objetiva de Riscos.....	152
4.2.4	Sustentabilidade.....	154
5	PROCEDIMENTALIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: INCENTIVOS, RISCOS, RESULTADOS E	157
5.1	AMBIENTE INSTITUCIONAL DE INCENTIVOS.....	159
5.1.1	Ambiente de Relações complementares.....	161
5.1.2	Ambiente Relacional: construindo um ambiente de PPPs.....	165
5.1.3	Propostas não solicitadas ao setor privado: ofertas espontâneas.....	173
5.1.4	Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).....	175
5.2	COMPARTILHAR RISCOS: IDENTIFICAÇÃO E ALOCAÇÃO.....	187

5.3	RESULTADOS: DESEMPENHO COM BASE EM PARÂMETROS E INDICADORES.....	199
5.4	INCOMPLETUDE CONTRATUAL: CONTEXTO IMPERFEITO.....	201
6	AS PPPS E O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: (DES) CONSTRUINDO UM NOVO TEMPO.....	205
6.1	O IMPACTO DAS REFORMAS E O DIREITO ADMINISTRATIVO.....	208
6.2	TRANSFORMAÇÕES EM CONSTRUÇÃO: CONCESSÕES POR PARCERIAS.....	209
6.3	AS PPPs: AMBIENTE DE INCENTIVOS.....	210
6.4	O CONTRATO DE PPP CONSTRUINDO O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO.....	212
7	CONCLUSÕES.....	220
	REFERÊNCIAS.....	226

1 INTRODUÇÃO

A Parceria Público Privada (PPP) é uma forma institucional de prestação de serviços que se expande ao redor do mundo abrangendo a participação da iniciativa privada em serviços públicos e infraestruturas públicas. O Brasil opta em adotar um quadro institucional próprio constituído de *ius novum* por considerar necessárias inserções e características próprias para assunção de um instituto jurídico diferenciado das concessões comuns.

A importância do tema de PPP, sob a ótica jurídica, abrange a atuação no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo, por isso é fundamental a interação multidisciplinar das ciências conexas, quando se visualiza a materialização constitucional da atividade econômica fundada na valorização da iniciativa privada.

No entanto, a análise do instituto provoca interrelações além das fronteiras do sistema jurídico ao observar o seu papel de aglutinador na Administração Pública, através de equipes econômicas, planejamentos, financeiros, contábeis, controles, cidadãos, investidores, mercados, ideologias, sendo convergentes e divergentes, embora o seu propósito seja atender às demandas da sociedade fundadas no interesse público.

As atividades assumidas pelas parcerias público privadas permitem o envolvimento de projetos, financiamentos, construções, gestão, e/ou operações e de manutenções de serviços do setor público. Um serviço sem a devida aferição em qualidade revela a face do país em termos de rendimento socioeconômico, visto que o setor público responde pela maioria dos serviços em infraestruturas. Em razão disso, há uma relação diretamente proporcional entre os resultados desses serviços e a melhoria da qualidade do objeto a serem requeridos, conseqüentemente, a influência do mercado de serviços em termos de competitividade. Essa constatação se baseia na capacidade de investimentos realizados, que não foram suficientes, em contraponto a alta demanda.

A partir dessa constatação, o setor público dá início a uma busca inovadora em métodos jurídicos que possam melhorar a prestação dos serviços e, ao mesmo tempo, suprirem a demanda em termos eficiência e investimentos. Nesse sentido, incentivos à participação da iniciativa privada em serviços públicos e infraestruturas públicas são estratégicos, pois estão em consonância com os princípios da ordem econômica constitucional, uma vez que se conjugam as razões das limitações orçamentárias e a necessidade do equilíbrio fiscal.

Nessa configuração de atividades públicas, o instrumento jurídico de parcerias público privadas assume diversas definições e abordagens a dependerem da perspectiva política envolvida de cada país, do objeto a ser delimitado e dos atores envolvidos no processo.

As abordagens de PPPs nominam aspectos e significados diversos, realçando as finalidades práticas ao buscar enquadrá-las numa definição geral de fenômeno governamental, instrumento de empreendimentos em infraestrutura pública, gestão de arranjos financeiros a longo prazo e contratualização, cooperação entre os atores público e privado e a retórica de privatização.

Os diferentes tipos de abordagens inserem em vertentes conceituais designadas às parcerias público privadas nas quais estão envolvidas em dimensões plurais e em níveis de generalidades de áreas de atuação. Além disso, há possibilidades de diferentes atores no processo de sua formatação, dentro de propostas com expectativas extremamente relevantes e inovadoras. É importante compreender que a concepção adotada para parcerias público privadas depende substancialmente da ideologia política dos governos¹ que assinaram a sua implementação.

A importância, através de esclarecimentos doutrinários, das abordagens em parcerias público privadas é essencial, uma vez que a instituição de PPP, ao redor do mundo, tornou-se a máxima dos Estados. Inicialmente, a década de oitenta foi invadida por novas figuras que impactaram a gestão dos serviços públicos, a partir da privatização, abertura de mercados, concorrência, desregulação, equilíbrio fiscal, valorização da iniciativa privada e o Estado como agente regulador da atividade econômica.

Os conceitos e os usos descrevem variados tipos de relações em circunstâncias de aplicações em diversos setores, sendo, às vezes, considerados como “métodos para realização das relações entre o público e o privado como parceiros, numa abrangência limitada somente pela imaginação e em prol do desenvolvimento econômico, tornando-se cada vez mais inovadores o uso de suas concepções²”. Essa concepção traz uma amplitude, sob a perspectiva do desenvolvimento econômico, desde que ocorra a intervenção pública como ferramenta adequada, para aplanar os efeitos e os comportamentos das empresas no mercado de maneira positiva e, sinergicamente, para desenvolver a comunidade. Para Ronald W.

¹ HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation. In: HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. (eds.). *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2010.

² LYONS, Thomas S.; HAMLIN, Roger E. *Creating an Economic Development Action Plan*. New York: Praeger, 1991. p. 55.

McQuaid³, essa conceituação de parcerias público privadas pode ser arriscada, pois vai além dos significados correntes, porém continua sendo vaga ou indeterminada, já que ainda falta clareza no uso do termo o qual pode ser visto em outras áreas, enfim, “*the sum is greater than the parts*”.

Na década de noventa, a prestação de serviços ascende à necessidade de instrumentalizar através da interação entre o poder público e a iniciativa privada, buscando, eficiência e qualidade. O Estado se justifica que não possui recursos financeiros suficientes para atender todas às demandas da sociedade, aliado à constatação da defasagem histórica de investimentos em infraestruturas públicas. Ademais, o setor público recorre as PPPs em função de alguns fatores históricos, dentre os quais, o mau desempenho das entidades públicas de prestação de serviços, que ligadas aos procedimentos de contratação, e limitação dos recursos orçamentários, cuja alocação ineficiente desses recursos influencia na gestão dos serviços.

As parcerias público privadas assumem uma posição para suprir lacunas de investimentos em empreendimentos de serviços e/ou de produtos públicos pela iniciativa privada em conjunto com o poder público. Os projetos de parcerias público privadas devem ser integrados a estratégias de melhorias de infraestruturas públicas, no sentido macro, inseridos no planejamento governamental, e interligados a um quadro de ação prioritários embasados em estudos de viabilidade técnica e jurídica.

O impacto da implementação de parcerias público privadas pode ser considerado um verdadeiro fenômeno mundial na Administração Pública, com argumentos suficientes entre os setores interessados, público e privado, que certamente foram “*well rehearsed*”⁴, ao longo do tempo, uma vez que a motivação transparece na linguagem otimista dos efeitos dessa parceria.

A instituição das parcerias público privadas tornou um debate a nível global em relação ao compartilhamento da *expertise* de cada parceiro na formatação da contratação. Esse é o *insight*, a *priori*, considerado como uma nova abordagem inserida na gestão contratual de fornecimento de serviços públicos, em que cada parceiro se autodenomina “o seu melhor no negócio”. Os elementos catalizadores, que visualizam a implementação, inserem-se em dimensões de sustentabilidade financeira, distribuição entre os parceiros de direitos e de obrigações com resultados eficientes dos serviços prestados. Esses elementos precisam ser compreendidos nas questões relativas à proposta de implementação pela iniciativa privada e

³ MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership: Why have Partnerships. In: OSBORNE (ed.) *Managing public-private partnerships for public services: an international perspective*. London: Routledge, 2000. p. 9-35.

⁴ HODGE, Graeme A. *et al.*, *Op. cit.*, p. 5.

seu desdobramento em relação ao financiamento, posto que, há uma complexidade em elaborar uma estrutura contratual com ênfase em resultados e seus reflexos em desempenho com qualidade e compartilhamento de riscos.

As parcerias público privadas são abordadas, em sua grande maioria, pela retórica da necessidade de recursos financeiros pelos Estados, uma vez que seus orçamentos são limitados. A escassez de recursos para investimentos em grandes empreendimentos de infraestrutura impulsionou a participação da iniciativa privada, justamente, pela contrapartida financeira. Todavia, observa-se uma expressiva participação de instituições de fomento públicas, principalmente, com o intuito de incentivos por meio de financiamentos a longuíssimo prazo e aos investidores de parcerias público privadas. A questão financeira também é sopesada na gestão do contrato, devido aos investimentos que precisam ser amortizados e considerados no impacto dos preços dos serviços.

As parcerias público privadas incorporam as instituições formais em uma relação de longo prazo, nos modelos patrocinada e administrativa, os quais são utilizados para novos empreendimentos em infraestruturas públicas. O arranjo da concessão patrocinada compreende a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, e o arranjo da concessão administrativa abrange a prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Efetivamente, as PPPs configuram novas formas organizacionais de atuação, já que as modelagens conformam uma complexa e sofisticada engrenagem jurídica e econômica por parte do setor público.

(i) OBJETIVOS DE PESQUISA

Partindo das premissas expostas acima, o objetivo da pesquisa consiste em demonstrar os fatores determinantes, administrativos e econômicos, que contribuíram para a instituição das PPPs no cenário brasileiro pela utilização terminológica do instituto da concessão, como um jogo de linguagem. A presente pesquisa não tem o propósito de rever todo o arcabouço jurídico de concessões de serviços públicos, mas mostrar a interrelação do uso do instituto para fins no *novum operandi* de concessões especiais, administrativa e patrocinada.

O objetivo do estudo é mostrar as mudanças concretas que decorreram desse universo de PPPs, em relação às abordagens teóricas consideradas, tais como: projetos de infraestruturas dos gargalos e da necessidade de altos investimentos, cooperação entre os

atores públicos e privados no processo de empreendimentos públicos, a gestão ao longo prazo e a retórica de privatização.

Dessa forma, o ambiente institucional foi afetado por incentivos operacionais administrativos que propuseram mecanismos de relações dialógicas entre o público e o privado, tendo em vista as transformações normativas do contrato administrativo que foi deveras afetado na sua estrutura jurídica, pela repartição objetiva dos riscos, além dos mecanismos de resultados, auferidos por parâmetros objetivos de desempenho, que se revelam fundamentais para identificação da incompletude contratual.

Dado esse contexto, este trabalho analisa e sugere ferramentas para melhor operacionalidade das propostas de manifestação de interesse, como também identifica subsídios para construção da matriz de riscos a partir da identificação dos possíveis riscos na implementação de parcerias público privadas.

Assim, o presente trabalho verticaliza o aprofundamento do estudo no ambiente jurídico de PPPs que se manifesta através da necessidade de uma releitura do Direito Administrativo contemporâneo, por razões de ordem prática no âmbito da Administração Pública que contribui para alavancar essa construção contratual de concessão. Nesse sentido, para atingir tal desiderato, apresenta-se a repercussão da pesquisa de cada capítulo em relação ao Direito Administrativo no âmbito do ordenamento brasileiro.

(ii) PROPOSIÇÕES DA TESE

A pesquisa em tela aprofundará a análise da instituição da parceria público privada no contexto nacional e seu impacto na concepção do instituto jurídico da concessão de serviços públicos, tendo como ponto central o desdobramento de repercussões na estruturação contratual por resultados, revelando uma incompletude do contrato e, consequentemente, do Direito Administrativo contemporâneo brasileiro. Noutras palavras, caberia a indagação se o instituto concessão de parcerias público privadas, num ambiente contratual, seria capaz de direcionar a formação de uma des(construção) jurídica do direito administrativo.

(iii) METODOLOGIA DA PESQUISA

No tocante à metodologia, foi utilizada basicamente a pesquisa bibliográfica, livros e artigos de periódicos especializados, incluindo a doutrina internacional. Além das revistas e de livros eletrônicos, internacionais e nacionais, revelaram fundamentais para a pesquisa,

como também a participação em redes virtuais temáticas num processo de atualização do tema.

A doutrina nacional mostrou relevante para pontuar os eventos específicos que influenciaram as alterações na procedimentalização da Administração Pública, na Constituição Federal de 1988, na participação da iniciativa privada e na estruturação do contrato administrativo brasileiro com consequências no Direito Administrativo pátrio.

Complementando as fontes de pesquisa, as referências relacionadas à interação de direito e economia são relevantes aos temas específicos, como assimetria de informação, eficiência, riscos e incompletude contratual para fins de instrumentalizar os fundamentos da argumentação requerida, conferindo um oportuno liame de perspectivas. Ainda, com o propósito de acrescentar as fontes de pesquisa, inclui-se a consulta à legislação específica das parcerias público privadas e as correlatas, bem como a participação em seminários, congressos e conferências, nacionais e internacionais.

(iv) ESTRUTURA DA TESE

A presente pesquisa, diante da abordagem metodológica, apresenta uma estrutura distribuída em cinco capítulos, os quais pretendem demonstrar os aspectos jurídicos principais desse processo, analisando os mecanismos influenciadores numa perspectiva dinâmica existentes, que contribuíram para nova proposta de concessão de parceria público privada, com consequentes impactos no ambiente formatador do Direito Administrativo contemporâneo.

Em um primeiro momento, o Capítulo I contextualizará as reformas econômicas no Brasil e suas repercussões, em que será apresentado para fins de identificação dos aspectos das reformas administrativas e econômicas no Brasil vinculadas ao tema de estudo. O impacto das reformas administrativas justificou o estudo sistemático e histórico sobre tais aspectos, além do papel central do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para alavancar essa construção. Por conta disso, é importante trazer a relação entre Estado e mercado numa perspectiva prevista na Constituição Federal de 1988 da Ordem Econômica para compreender a construção da necessidade da delegação de serviços públicos e sua estruturação contratual.

O Capítulo II demonstrará a conjuntura das parcerias público privadas, em que será abordado os contextos, internacionais e nacionais, que levaram ao surgimento das parcerias público privadas. Além da ênfase dessas recomendações, os organismos internacionais influenciaram os países ao redor do mundo em adotar a participação da iniciativa privada

como parceiro de empreendimentos públicos. No estudo em causa, será tratado um objeto específico na literatura, internacional e nacional, da adoção da terminologia parcerias. Ainda no mesmo capítulo, tratar-se-á das noções doutrinárias de serviços públicos que influenciarão a proposta do instituto jurídico da concessão comum, além do desdobramento das concessões especiais, patrocinada e administrativa, para avançar no enquadramento de indagação da parceria público privada como concessão de serviço público.

No Capítulo III terá como objetivo expor a configuração das parcerias público privadas, a partir da contextualização das parcerias público privadas demonstrada no capítulo anterior, nas abordagens teóricas mais relevantes que contribuirão para formação doutrinária do tema, uma vez que a inserção jurídico-normativa das PPPs tem gerado um área cinzenta de sua real configuração, além das diretrizes institucionais que contornaram a ação das PPPs as quais precisam ser analisadas para fins de compreender o sentido da efetiva contratação desse modelo de concessão.

Em seguida, esta pesquisa analisará no Capítulo IV a procedimentalização de parcerias público privadas, envolvendo seus incentivos, riscos, resultados e incompletude com ênfase em instrumentos econômicos de desempenho. Nesse capítulo será proposto um instrumento procedimental de propostas não solicitadas ao setor privado, que reconhece a impossibilidade da Administração Pública em formatar projetos em todas as áreas e atividades. Por conta disso, revelam-se inovações operacionais do procedimento interno de propostas para possíveis contratações através de ofertas espontâneas ou de procedimento de manifestação de interesse, e, a interrelação com a assimetria de informação nesse processo. Além disso, os tipos de riscos identificados no processo de implementação das parcerias público privadas, fase de projeto e de execução, poderão afetar os resultados de desempenho dos serviços almejados, cuja proposta dos riscos identificados tem o intuito de promover a alocação desses riscos de acordo com cada objeto e da expertise do privado. Por isso, cabe a Administração Pública propor, através do projeto, uma repartição objetiva dos riscos com o consequente contrato administrativo o qual desencadeará uma incompletude. Diante disso, a finalidade almejada é reconhecer a interação entre os riscos identificados com os resultados dos serviços pretendidos e a estruturação contratual de parcerias público privadas.

Na última parte, considerará o impacto dos fatores expostos acima para uma análise sistemática e conjunta no Capítulo V, as PPPs e o Direito Administrativo contemporâneo: (des)construindo um novo tempo, que demonstrará as repercussões das reformas, as transformações da concepção das concessões por parcerias inseridos num ambiente de

incentivos, o qual culminará na construção de um contrato administrativo peculiar de parcerias público privadas.

Por fim, a tese será finalizada com uma síntese chamando a atenção da concessão de parcerias público privadas, a qual possui características peculiares de acordo com o contexto de cada país, no caso brasileiro, adotou-se a configuração patrocinada e administrativa, no âmbito da estrutura contratual administrativista, em sintonia com a nova realidade da Administração Pública.

2 AS REFORMAS ECONÔMICAS NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES

2.1 A CONJUNTURA POLÍTICO-ECONÔMICA BRASILEIRA: A ABERTURA À INICIATIVA PRIVADA

A Administração Pública brasileira para manter e acompanhar o ritmo da sociedade estimula a um caminho de reformas, segundo Flávio da Cunha Rezende⁵, que “novas reformas são formuladas para lidar com velhos problemas de *performance*, e dificilmente conseguem a melhoria substancial do desempenho dos sistemas burocráticos”. Essa busca de reformas é característica intrínseca de um Estado que procura seguir a realidade das gerações de desenvolvimento.

Nesse sentido, o círculo permanente de desempenho e de reformas pode ser considerado uma “falha sequencial”⁶. Essa explicação toma como parâmetro a noção de que as reformas administrativas acarretam uma incoerência de objetivos uma vez que apresentam propostas de mudanças institucionais e de controle fiscal, provocando falhas. O ajuste fiscal tem como principal agente de ação, o controle sobre o sistema burocrático, enquanto a mudança institucional promove, no âmbito contextual, mudanças estruturais de flexibilização as quais permitem uma gestão coerente com as reais necessidades de investimentos em infraestrutura, como, por exemplo, estradas, aeroportos, portos, hospitais, entre outros, visando atender às demandas da sociedade.

O debate sobre a defasagem de investimentos em infraestrutura ganhou notoriedade nos Estados, pois empreende e subsidia uma nova política de estabilização e equilíbrio fiscal direcionadas ao mercado com ampla reformulação de decisões governamentais. Nesse intuito, as reformas governamentais, a nível internacional, foram implementadas com a finalidade de reduzir os desequilíbrios econômicos e sociais na economia mundial, além de estimular e de permitir o crescimento equilibrado e resistente à crise⁷, inclusive institucional. Por conseguinte, iniciou-se o debate sobre o papel do Estado na gestão de prestação de serviços públicos em decorrência de excessivos dispêndios públicos, sem o retorno adequado de serviços eficientes.

O impacto da nova ordem mundial, influenciada pela globalização, refletiu no percurso histórico do modelo de Estado brasileiro, financiador e empresário, como ponto de inflexão em face da crise da capacidade de financiamento em obras de infraestrutura e de

⁵ REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 14.

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 14-17.

⁷ BUSCH, Klaus. *World Economic Crisis and the Welfare State*. Berlim: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2010. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/07000.pdf>>. Acesso em: 18. abr. 2013.

prestação de serviços públicos. Esses condicionamentos foram determinantes na implementação de medidas das reformas econômicas, tais como a liberalização comercial, a qual provoca a diminuição das tarifas de importações, além da privatização.

As reformas promovidas tinham como lastro ideológico as concepções e proposições sugeridas pelo Consenso de Washington que enfatizava a necessidade de um profundo ajuste estrutural do Estado, restabelecendo um crescimento econômico⁸ com propostas de liberalização do sistema⁹. Havia um entendimento convergente entre economistas e líderes políticos democráticos sobre a importância do mercado de que fosse estabelecido e amplamente adotado “*new rules of the game*” a fim de retomar esse crescimento econômico¹⁰.

Em razão de políticas elaboradas com a finalidade de dar plena autonomia às forças de mercado, o conjunto de ações reformistas passou a ser conhecido como *neoliberalismo*¹¹. “[E]stratégias que provocaram críticas demonizando o Estado, ao invés de concentrarem nas mudanças institucionais que iriam melhorar seu desempenho”¹². Essa política ideológica provocou um prognóstico interdisciplinar entre o direito e a economia os quais se interrelacionam, acarretando duas percepções: a intervenção do Estado na economia e a participação do setor privado nas atividades econômicas públicas.

O processo de surgimento de novos contornos da gestão pública e dos papéis do Estado na sociedade contemporânea evidenciou a falência do modelo do Bem-Estar Social que tinha como característica basilar a intensa influência da intervenção do Estado nas atividades econômicas por meio de políticas e programas desenvolvimentistas¹³. Desta feita, a nova visão do Estado de adaptação e de transformação levou à concretização de um papel de reformulação desse Estado, o qual deixava de ser ator único para ser partícipe, inserido num processo de gestão de políticas públicas de fomento e de delegação de serviços públicos.

A idealização de Anthony Giddens com a Teoria da Terceira Via era considerada um sistema alternativo e pragmático de interesse público pela via da dinâmica dos mercados na

⁸ UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Ajuste estrutural, governabilidade e democracia. In: GERSCHMAN, Silvia; VIANNA, Maria Lucia Werneck. *A miragem da pós-modernidade e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.

⁹ DINIZ, Eli. O pós-Consenso de Washington: globalização, Estado e governabilidade reexaminados. In: DINIZ, Eli (org.). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

¹⁰ CAVALLO, Domingo. *Latin America and The Washington Consensus*. Harvard University Economics Department. Spring, 2004. Disponível em: <<http://www.cavallo.com.ar/wp-content/uploads/2011/08/LA-and-the-Washington-Consensus.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

¹¹ DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹² EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998. p. 53-54.

¹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83-119.

interrelação do público com o particular. Diante disso, houve uma tentativa de formular uma dinâmica relacional do Estado com a economia, segundo observação de Antoni Jesús Aguiló Bonet¹⁴ que “para levar a cabo o capitalismo global neoliberal se requer de um marco político capaz de ajustar seus problemas a seus interesses e a lógica de funcionamento”.

Entretanto, havia um desafio dual: diminuir o tamanho do Estado e melhorar o desempenho da prestação dos serviços públicos¹⁵. A temática apresentava uma tarefa difícil a enfrentar diante dos processos de inovação de gestão. Uma das alternativas seria a crença fundamental do mercado através da gestão mais eficiente pelo setor privado, o qual legitimaria o estabelecimento de parcerias por meio da delegação integral de prestação de serviços públicos.

A lógica de funcionamento do mercado de atividades econômicas de serviços públicos permitiu a iniciativa privada participar desse novo ambiente público por meio de reforços de recursos financeiros, necessários aos investimentos para empreendimentos, principalmente, de infraestrutura. As variadas formas de delegação de prestação de serviços públicos possibilitam um ambiente de negócios públicos através das concessões de serviços públicos.

Na década de oitenta do século passado, o pensamento e as ideologias voltadas à defesa da economia de mercado de tendência mundial conquistaram os continentes. No Brasil, iniciaram-se as reformas constitucionais e as participações da iniciativa privada no processo de delegações de serviços públicos, e, além disso, o país atravessava uma instabilidade política em decorrência do governo de Fernando Collor, o qual culminou no primeiro caso de *impeachment* de um presidente brasileiro. Ademais, medidas de reformas econômicas dirigidas ao mercado foram implementadas, tais como: a privatização, a liberalização comercial com uma ampla diminuição das tarifas de importações e o ajustamento fiscal.

Por oportuno, a privatização gerava uma presunção de levantamento de recursos financeiros para o Estado, paralelamente, à diminuição de despesas orçamentárias, na medida em que haveria um enxugamento da máquina estatal, capacitando financeiramente para investir em atividades suscetíveis à promoção de desenvolvimento ou para diminuição da dívida pública.

¹⁴ BONET, Antoni Jesús Aguiló. Globalización Neoliberal, ciudadanía y democracia. Reflexiones críticas desde la teoría política de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 20, 2008. p. 145-162. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/nomadas/20/antoniaguilo.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

¹⁵ KETTL, Donald F. *Global Reinvention: basic issues, questions ahead*. Forum on Reinventing Government. Jan. 1999. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/1999/01/14governance-kettl>>. Acesso em: 26. jul. 2013.

2.2 A REPERCUSSÃO DAS PRIVATIZAÇÕES NO MERCADO DE INFRAESTRUTURA

As privatizações surgiram como reflexo de um movimento geral ideológico, que dava origem a uma revisão profunda das concepções políticas e financeiras, e de condições especificamente nacionais¹⁶. Oportunamente, as privatizações não foram concebidas como um processo de afastamento da presença das estatais do setor produtivo, mas devido a sua incapacidade de gestão como um dos principais instrumentos de reforma do Estado.

Inicialmente, algumas empresas foram absorvidas pelo Estado em decorrência de insuficiências financeiras, ou seja, ocorreu a reprivatização. O primeiro passo do movimento da privatização decorreu das empresas de pequeno porte, porém com resultados econômicos ínfimos (US\$ 780 milhões), o qual justificava a intenção de não gerar receitas.

Ainda no tocante à abertura dos setores à iniciativa privada, em decorrência do Plano Nacional de Desestatização¹⁷, a privatização passou a ser o centro da agenda nacional com o processo de transferência de empresas (im)produtivas ao setor privado¹⁸, inclusive a desoneração dos Estados em relação aos bancos estaduais. Esse foi um dos maiores impactos regionais, econômicos, sociais, políticos e culturais da eliminação de gargalos ao desenvolvimento no âmbito do sistema administrativo nacional.

Paralelamente, as diversas transformações, no contexto brasileiro, concretizadas pela implantação do Plano Real, provocaram a estabilização da moeda e o controle da inflação, associada à premissa de reduzir os custos do setor público. Entretanto, a retomada de investimentos seria possível após um período de ajustes das atividades econômicas no país, já que não acontece de forma automática¹⁹, tendo em vista um período de grandes instabilidades econômicas e políticas anteriormente verificadas.

Na análise dos resultados realizada por Armando Castelar Pinheiro²⁰, a privatização²¹ sobrevém de uma melhoria bastante significativa, em termos estatísticos e econômicos do

¹⁶ AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 256.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 13 de abril de 1990 e retificado em 18 de abril de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹⁸ BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO (BNDES). BNDES Transparente. *Privatização – Histórico*. <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Privatizacao/historico.html>. Acesso em: 14 abr. 2013.

¹⁹ SCHIMIDT-HEBBEL, Klaus; SERVÉN, Luís; SOLIMANO, Andrés. Saving Investment: paradigmas, puzzles, policies. *The World Bank Research Observer*. v. 11, n. 1, fev. 1996. p. 87-117.

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 357-398, dez. 1996. Disponível em: <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/744/684>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

²¹ PINHEIRO, Armando Castelar; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysóstomo. *Privatização no Brasil: passado, planos e perspectivas* (Texto para Discussão n. 230) Brasília: IPEA, ago. 1991. Os autores fazem uma análise da privatização no Brasil, durante os Governos Figueiredo, Sarney, Collor e Fernando Henrique Cardoso,

desempenho das empresas auferidas, concepção esta dada como programa de reformas. A finalidade era a substituição do modelo passado de desenvolvimento, tendo o objetivo de acumular capital em regime semi-autárquico e uma expressiva intervenção do Estado na economia. As razões dessas intervenções estavam voltadas ao comando das decisões de produção e alocação de recursos que priorizaram o aumento da eficiência e o papel produtivo e competitivo do setor privado.

Esse discurso serviu de impulso à justificativa para as privatizações, as quais destacavam os objetivos originais da criação das estatais, que se transformaram em meros “cabides” de empregos e feudos de grupos políticos²², porquanto não alcançaram eficiência e agilidade. Nesse sentido, observa Almiro do Couto e Silva²³, as privatizações provocaram no Brasil um renascimento ou uma revivescência do instrumento da concessão de serviço público, além da estreita ligação a um *turning point* do Direito Administrativo brasileiro com o sistema jurídico americano.

Dessa feita, identificam-se duas questões relevantes nesse processo: a) a importância do setor privado na economia e sua atuação na prestação dos serviços públicos; b) o início de uma nova fase de relação entre o público e o privado. Ademais, a desestatização de serviços públicos se concretizou com a transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada por meio da delegação sob o regime de concessão ou diretamente pela União. A lei instituidora dispôs sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos com a finalidade de definir os critérios e as formas, ou tipos desses serviços.

Além de identificações das falhas de coordenação, a incerteza elevada e a irreversibilidade do investimento explicam a dificuldade de alcançar o crescimento eficiente, corroboradas pela dificuldade das agências governamentais escolherem os melhores projetos e controlarem a alocação recursos financeiros, primando pela eficiência, bem como a pressão de grupos de interesse e pelo custo de oportunidade da perda de receitas fiscais²⁴. Na década de

apontando as mudanças relevantes e as perspectivas do Programa Nacional de Desestatização, do período de 1990-1994 e de 1995-2002, que mostram os resultados acumulados, o demonstrativo da participação setorial no mercado e a parcela dos investidores por setor. Cf. BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO (BNDES). *Privatização no Brasil: 1990-1994/1995-2013*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/especial/Priv_Gov.PDF>. Acesso em: 10 maio. 2013.; MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização: Modernismo e Ideologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

²² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 102.

²³ SILVA, Almiro Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “à Brasileira”? *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*. Cadernos de Direito Público – Almiro Couto e Silva. Porto Alegre, v. 27, n. 57, Suplemento, 2003, p. 209 -237. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2013.

²⁴ RIGOLON, Francisco José Zagari; PICCININI, Maurício Serrão. O investimento em Infra-Estrutura e a retomada do crescimento econômico sustentado (*Texto para Discussão n. 63*). Rio de Janeiro: IPEA, dez.

oitenta, verificou-se no país a redução de investimento em infraestruturas, afetando, consequentemente, o sistema econômico a longo prazo. Vale destacar, em relação à crise das finanças no Brasil, que:

Uma das consequências visíveis da crise das finanças públicas no Brasil ao longo das décadas de 80 e 90 foi a progressiva perda da capacidade de o Estado alocar recursos na expansão e manutenção da infra-estrutura. O resultado desse processo foi uma crescente deterioração da qualidade desses serviços, com impactos indesejáveis na produtividade do sistema econômico e na competitividade dos produtos brasileiros²⁵.

Investimentos em infraestrutura requerem recursos de grande monta, no entanto, tais investimentos no Brasil foram realizados pelo setor público a partir de 1996. Desta feita, evidencia-se a tímida participação do setor privado com 1.204 milhões de reais em contraste ao setor público com 14.095 milhões de reais.

2.2.1 O papel do BNDES no fomento à política de privatizações

As reiteradas justificativas à participação da iniciativa privada no mercado de infraestrutura pública tiveram o propósito de diminuir os gargalos de desenvolvimento, aliada à consideração em obter eficiência desses serviços. A abertura de setores à iniciativa privada no âmbito de investimento em infraestrutura versou sobre uma filosofia econômica com panoramas de reformas estruturais no âmbito constitucional, em virtude da necessidade de investimentos em mercados de infraestrutura, sob o ponto de vista macroeconômico em ambientes políticos e orçamentários.

O ambiente de investimentos em mercados de infraestrutura revela uma interrelação entre os desembolsos patrocinados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)²⁶ e os segmentos privados contratados para esses fins. Desde 1990, havia uma acentuada preferência aos investimentos com impactos consideráveis, em termos econômicos, no crescimento do PIB que passou a financiar setores de bens e serviços, enfatizando:

1997. Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-63.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2013.

²⁵RIGOLON; PICCININI. *Op. cit.*

²⁶O Banco do Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) participou ativamente do processo de privatização da infraestrutura, no papel de gestor do Programa Nacional de Desestatização (PND), bem como do processo de privatizações estaduais, que assegurava os recursos financeiros e suporte técnico na modelagem e estrutura das vendas dos ativos.

O BNDES tem um papel relevante a desempenhar para o sucesso da reforma da infra-estrutura: ao executar o PND e estimular as privatizações estaduais através do Pepe, contribui para viabilizar e antecipar a transferência dos ativos e, conseqüentemente, acelerar a realização dos investimentos privados em infra-estrutura; e, ao oferecer condições de financiamento adequadas, que aumentam o valor presente dos fluxos de caixa, reforça os incentivos à expansão do investimento em infra-estrutura, contribuindo, assim, não só para atenuar a tendência de que este investimento possa situar-se num nível inferior ao socialmente ótimo, mas também para aumentar a produtividade da economia e as perspectivas de retomada do crescimento econômico sustentado²⁷.

A justificativa, desses investimentos, promoveu uma relação de crescimento econômico com intuito de retornos capazes de alavancar a capacidade de serviços públicos em infraestrutura, no entanto o efeito esperado não limitava ao financeiro, mas também social. Nesse sentido, a instituição financiadora instigava a participação da iniciativa privada por meio de provisão de incentivos e oferta de créditos com “explícitas condições indutoras”²⁸.

O papel mitigador do BNDES era a coordenação pública da economia e, com isso, favorecia os espaços privados de transação com as empresas estatais. Além disso, havia uma proposta subjacente de que esses agentes privados tivessem uma maior independência do crescimento econômico em relação aos agentes públicos²⁹. Esse papel se confirma na época do período das privatizações, visto que o BNDES teve o papel central para incremento dessa política de governo através de desembolsos financeiros para o setor privado. Diante disso, se observou o incremento de recursos públicos por meio da instituição financeira e transversalmente ao privado.

Apesar da atuação do BNDES, no decorrer das privatizações como instrumentalizador de financiamento, Licínio Velasco Jr. destaca uma percepção antagônica para o período das desestatizações, as quais vislumbravam motivações ideológicas ou, até mesmo, dos organismos internacionais. No entanto, assegura que: “as desestatizações ocorreram por razões de ordem interna do BNDES e a despeito do fato de que ajustes de caráter mais reformista não compunham, de fato, a agenda pública à época³⁰”, tendo como referência o período do final do Governo Sarney (1989).

²⁷ RIGOLON; PICCININI. *Op. cit.*

²⁸ SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento*. 2009. 326 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 91.

²⁹ *Id. ibid.* p. 83.

³⁰ VELASCO JUNIOR, Licínio. *Privatização: mitos e falsas percepções*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. Disponível em: http://www.bndespar.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_06.pdf. Acesso em: 25 maio 2013.

Esse processo de privatização tomou como parâmetro à ação da política do BNDES, sendo o principal responsável financeiro, direta ou indiretamente, posto que a própria instituição financeira tinha interesses creditícios³¹. Na outra face, Mário Gomes Schapiro³² destaca o papel do BNDES como: “[...] a serviço das finalidades da política pública apresentada pelo Governo Federal, cumprindo, dessa maneira, uma atribuição que extrapola o suprimento da carência de capitais”. Em vista disso, há uma interrelação do papel do BNDES com os arranjos de financiamento para o desenvolvimento e a revitalização dos serviços públicos³³.

2.2.2 Infraestrutura: gargalos permanentes

A relação de crescimento econômico e do investimento público, no período de 1870 a 1988, baseados nos estudos de William Easterly e Sergio Rebelo, envolveu 28 (vinte e oito) países, chegando às seguintes conclusões:

- (1) O peso do investimento público no setor dos transportes e da comunicação é robustamente correlacionada com o crescimento em nossa seção transversal quando controlamos para a enorme quantidade de variáveis-padrão em estudos transversais.
- (2) superávit orçamentário do governo é também consistente com o crescimento e o investimento privado em nossa seção transversal.
- (3) A escolha dos instrumentos fiscais parece estar relacionada com a dimensão da economia. Em ambos os conjuntos de dados, descobrimos que a população aumenta a percentagem de impostos sobre o comércio de receita cai e a participação dos impostos de renda aumenta.
- (4) Os nossos dados de seção transversal mostram que países com elevada população gastam mais na defesa e menos em transportes e comunicações;
- (5) Não há diferenças significativas nas políticas fiscais adotadas pelas democracias e não-democracias, uma vez que controlam o nível de renda. ³⁴.

³¹ Emblematicamente, Licínio Velasco Júnior, Chefe do Departamento de Serviços de Privatização do BNDES, concluiu que “as privatizações foram condicionadas pela ação de uma agência governamental específica, que definiu e implementou estrategicamente uma política pública que não estava na agenda do Poder Executivo”. (VELASCO JUNIOR, Licínio. *Op. cit.*).

³² SCHAPIRO, Mario Gomes. *Op. cit.* p. 83.

³³ O processo de desestatizações realizado pelo governo brasileiro revelou o BNDES como o principal interlocutor. Nesse processo, as empresas controladas pela BNDESPar, subsidiária integral do BNDES, 11 empresas dos 17 processos de privatizações, ficaram a cargo da instituição, além de dois processos relativos à venda da SIDERBRÁS levados pela própria BNDESPar como agente de privatização dessa holding. (VELASCO JUNIOR, Licínio. *Op. cit.*).

³⁴ Tradução livre: “(1) The share of public investment in transport and communication is robustly correlated with growth in our cross-section when we control for the slew of variables standard in cross-section studies; (2) The government’s budget surplus is also consistently correlated with growth and private investment in our cross-section; (3) The choice of fiscal instruments seems to be related to the scale of the economy. In both of our data sets we find that as population increases the share of trade taxes in revenue falls and the share of income taxes rises; (4) Our cross-section data shows that high population countries spend more on defense and less on transport and communication; (5) There are no significant differences in the fiscal policies adopted by democracies and non-democracies once we control for the level of income”. EASTERLY, William;

Em pesquisa empírica desses estudiosos, as regularidades relativas às variáveis componentes da política fiscal estão relacionadas ao nível de desenvolvimento e à taxa de crescimento. Em vista disso, os resultados de investimentos públicos em infraestrutura têm retornos surpreendentes e identificam, por sua vez, evidências sugestivas de que a causalidade funciona entre a infraestrutura e o crescimento. Entretanto, as questões relativas à causalidade e à magnitude dos coeficientes de gastos em infraestrutura pública são extraordinárias.³⁵

Segundo diagnóstico do Banco Mundial³⁶, no *World Development Report 2004 – Infrastructure for Development*, um dos caminhos para alcançar o desenvolvimento é suprir as necessidades de serviços em infraestrutura em parceria entre o poder público e a iniciativa privada, na busca de prestação de serviços eficientes.

William J. Rankin³⁷ escreveu a história da infraestrutura, passando, em primeiro lugar, pelo esforço de separar a história de todas as infraestruturas que vieram a contribuir para a modernidade da sociedade, iniciando através dos canais e obras hidráulicas, e, por fim, com fibra ótica e os cyberinfraestruturas. Essa concepção encaminha a uma suposição que a infraestrutura pode ser vista como objeto historicamente estável, já que a terminologia possui uma linguagem neutra referente a obras de engenharia à parte da periodização histórica.

Adverte, ainda, William J. Rankin, a ideia de abranger a infraestrutura como um problema histórico vinculado a coisas, tais como estradas e telecomunicações, podendo ser visto como tipos semelhantes. Porém, indaga-se: será que a infraestrutura ainda pode ser considerada coerente a partir dessas ideias?. Por isso, uma reflexão sobre a internacionalização de infraestrutura é imprescindível para uma análise histórica a qual mostre a relação entre os novos tipos de colaboração internacional e a ênfase do desenvolvimento econômico.

No contexto internacional, após a Segunda Guerra Mundial, a concepção sobre infraestrutura se insere nos debates relacionados ao financiamento internacional com a finalidade de desenvolvimento econômico. Essa ação constituiu como necessária pelos maiores financiadores, as Nações Unidas e o Banco Mundial, visando à modernidade. Nessa

REBELO, Sergio. Fiscal policy and Economy growth: an empirical investigation. *National Bureau of Economic Research*. Cambridge (Working paper n. 4499), out. 1993, p. 2-3.

³⁵ EASTERLY, William; REBELO, Sergio. Fiscal policy and Economy growth: an empirical investigation. *National Bureau of Economic Research*. Cambridge (Working paper n. 4499), out. 1993, p. 2-3.

³⁶ WORLD BANK. *World Development Report 1994: infrastructure for development* (Executive Summary). Washington, DC, 1994. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/IW3P/IB/2007/10/10/000011823_20071010172019/Rendered/PDF/13483.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

³⁷ RANKIN, William J. Infrastructure and the International Governance of Economic Development, 1950-1965. In: AUGER, Jean-François; BOUMA, Jan Jaap; KUNNEKE, Rolf (Ed). *Internationalization of Infrastructure*. Netherlands: Delft University of Technology, 2009. p. 61-75.

medida, o conceito de infraestrutura começou a ser reformulado a partir das propostas de *Bretton Woods*³⁸, já que o período de planejamento de ajuda aos países subdesenvolvidos foi marcado pelos empréstimos de financiamentos. Surge assim, pela primeira vez, a palavra francesa *infrastructure* no discurso da língua inglesa, descrita nas propostas para a criação do fundo para financiar o desenvolvimento econômico como parte da ONU³⁹.

Consoante destaca o Banco Mundial⁴⁰, a economia de infraestrutura inclui serviços de:

³⁸ Cf. CARVALHO, Fernando J. Cardim de. *Bretton Woods aos 60 anos* (Textos para Discussão), [s.d.]. Grupo de Estudos sobre Moeda e Sistema Financeiro do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014. O autor discorre sobre as propostas britânica e americana, de John Maynard Keynes e de Harry Dexter White, de criarem regras e instituições formais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, de ordenação da economia internacional. PEREIRA, João Márcio Mendes. Banco Mundial: concepção, criação e primeiros anos: 1942-60. *Varia hist.*, Belo Horizonte, v. 28, n. 47, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752012000100018>. Acesso em: 01 abr. 2014. Neste ensaio, o autor enfatiza o início das negociações entre os Estados Unidos e a Inglaterra em torno da criação da arquitetura da economia internacional por meio de instituições multilaterais, com a finalidade de manter a paz e de buscar a prosperidade entre as nações, bem como as divergências entre as duas nações sobre o conteúdo e os instrumentos necessários a assegurar tais finalidades. No entanto, a defesa de seus interesses comerciais e econômicos, os Estados envolvidos concordavam com a necessidade de se evitar políticas protecionistas, por isso a instauração da Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas realizada em Bretton Woods em julho de 1944. As duas nações enfatizavam o argumento de se erigir um sistema que proporcionasse uma estabilidade econômica e defendessem suas economias de pressões financeiras internacionais, desta maneira, configurava-se uma reação ao *laissez-faire*. Nesse contexto, Keynes defendia em sua proposta a criação de uma espécie de Banco Central Internacional (*International Clearing Union*) para fins de assegurar o cumprimento de regras financeiras internacionais e a criação de um fundo com objetivo de promover a reconstrução dos países atingidos pela guerra, além da criação da Organização Internacional de Comércio. Essas propostas foram rejeitadas pelos Estados Unidos, permanecendo as propostas de White que acordava a criação de um fundo de estabilização monetária e de um banco para a reconstrução e desenvolvimento, por sua vez o *New Deal* projetava propostas do “papel diretivo e regulador do Estado na economia”. O *Bretton Woods* materializou o capitalismo internacional com transformações na política econômica por meio de criações das organizações multilaterais e o governo de Roosevelt defendeu a participação dos Estados Unidos nas duas instituições a serem criadas pelas propostas da Conferência, BIRD e o FMI, pois viam como instrumentos de expansão do comércio exterior, além dos benefícios decorrentes como “à prosperidade econômica e à revitalização dos mercados para os bens norte-americanos”.

OHLWEILER, Otto Alcides. FMI e Acumulação Mundial. *Ensaio FEE – Revista Eletrônica da Fundação de Economia e Estatística*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 183-203, 1987. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/1096/1428>>. Acesso em: 01 abr. 2014. O autor comenta a primeira parte do livro sobre Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, de Samuel Lichtensztejn e Mônica Baer, em que descreve criticamente a trajetória das atividades do FMI nas condições de internacionalização da economia.

³⁹ SCHEYVEN, Raymond. Special United Nations Fund for Economic Development: Report prepared in pursuance of General Assembly resolution 822 (IX). New York: United Nations, 1955 (Working Document, A/2906) apud RANKIN, William J. *Infrastructure and the International Governance of Economic Development, 1950-1965*. In: AUGER, Jean-François; BOUMA, Jan Jaap; KUNNEKE, Rolf (Ed). *Internationalization of Infrastructure*. Netherlands: Delft University of Technology, 2009. p. 61-75.

⁴⁰ WORLD BANK. *Op. cit.*

1. Utilidades Públicas: energia, telecomunicações, abastecimento de água encanada, saneamento e esgoto, coleta de resíduos sólidos e disposição, e de gás canalizado;
2. Trabalhos Públicos: estradas e grandes obras de barragens e canais de irrigação e drenagem;
3. Outros setores de transportes: ferrovias urbanas e interurbanas, transporte urbano, portos e hidrovias, e aeroportos.

No âmbito de infraestrutura pública, Edward R. Yescome⁴¹ a define como facilidades necessárias ao funcionamento da economia e da sociedade, tendo como suporte as atividades sociais e econômicas do país, incluindo os setores públicos. O termo infraestrutura tem uma concepção ampla que envolve atividades diversas, mas priorizando uma interrelação econômica e uma atividade de cunho social.

O investimento em infraestrutura está diretamente ligado ao desempenho econômico de um país ou região, bem como a qualidade de vida em termos de saúde, educação, por exemplo. Nestes termos, o impacto dos projetos de infraestrutura relaciona-se com crescimento econômico e com distribuição de renda, inversamente com a insuficiência ou deficiências em ativos de infraestruturas que interferem no desenvolvimento econômico de um país⁴².

A sociedade apresenta demandas as quais estejam acessíveis a todos e com qualidade de serviços, por sua vez, em resposta o governo encampará uma capacidade de oferta de estrutura mais condizente com as requeridas. A necessidade de investimento em infraestrutura constitui um dos grandes desafios dos Estados em alcançar o desenvolvimento, portanto, o setor público fornecia a maioria dos investimentos em infraestrutura pública por meio de recursos orçamentários os quais havia uma demanda maior do que a efetiva realização. Assim, a demanda poderá ser possível pelo atendimento de métodos que permitam melhorias de eficiência e alocação de recursos em prestação de serviços de infraestrutura.

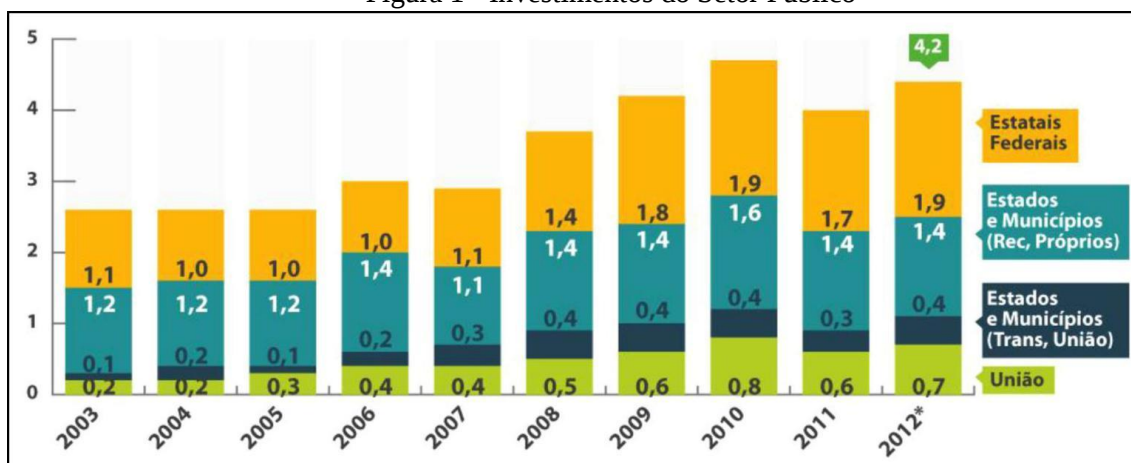
As justificativas apresentadas pelos governos para atender as demandas em suprir os setores de infraestruturas foram: (i) a *expertise* da iniciativa privada na assunção de gestão de atividades públicas; (ii) a liberação orçamentária de investimentos para outros fins; e, (iii) o controle fiscal. Desta forma, havia uma presunção de que o Estado, em seu papel de executor de bens e serviços, não teria como parâmetro a qualidade desse serviço, dito de outra forma, ausência de eficiência, enquanto pelo privado a execução poderia ocorrer com menores custos e eficiência.

⁴¹ YESCOMBE, Edward.R. *Public-Private Partnership: principles of policy and finance*. Oxford: Elsevier, 2007. p. 1-2.

⁴² CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution. In: Reunión Latinoamericana sobre el Financiamiento de la Infraestructura, April 15-16, 2004, Buenos Aires. *Publications...* Washington, DC: WBG, 2004.

A ascensão da crise fiscal e financeira dos Estados Modernos acarretou a reaproximação do setor público e do setor privado, desencadeando elementos decisivos para reformar estruturas normativas e contratuais, postas no direito público administrativo brasileiro. Uma das razões dessa mudança se originou no esgotamento da gestão estatal de campos de serviços públicos que requerem sua própria forma de incorporação, buscando um novo pluralismo com uma estrutura de mercado determinada⁴³.

Figura 1 - Investimentos do Setor Público



Fonte: STN/Ministério da Fazenda

Conforme se observa no quadro acima, o investimento do setor público teve uma considerável ampliação, o qual tomou as seguintes medidas: a redução da dívida pública consolidada, a transparência fiscal⁴⁴ e, principalmente, o aumento da competitividade das empresas nacionais.

Os empresários, que atuassem nos projetos de concessões, seriam contemplados com financiamentos através das instituições financeiras. Desta forma, houve uma crescente demanda por investimentos a qual conduziu a uma atuação do BNDES através de empréstimos do Tesouro da União, que atualmente encontra-se em torno de R\$ 438 bilhões. Logo, identifica-se um subsídio, ou seja, equivale a “bolsa empresário”⁴⁵.

⁴³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Colombia: Ed. Comares & Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

⁴⁴ Segundo *International Budget Partnership*, índice 2012 do *Open Budget*, entre os 100 países, o Brasil é o 12º mais transparente em suas contas públicas. O Ministro Guido Mantega apresenta a empresários em São Paulo, Nova York e Londres o cenário macroeconômico e as oportunidades de investimento no Brasil. BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *The Brazilian Economy and Investment Opportunities (Oportunidades de investimento na economia brasileira)*. *Brazil Infrastructure Forum: Projects, Financing Infrastructure, Opportunities*. London: mar. 2013.

⁴⁵ LEITÃO, Mirian. Bolsa Empresário. *Notícias: economia*. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/08/16/bolsa-empresario-507083.asp>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

2.3 A INFLUÊNCIA DAS REFORMAS DO ESTADO BRASILEIRO EM INFRAESTRUTURAS

As reformas no aparato estatal estiveram relacionadas à deficiência das instituições, à prestação de serviços públicos obsoletos e à necessidade de recuperação da economia de mercado. Logo, não cabe considerar o processo de reestruturação administrativa, mas também as inserções dessas reformas na Administração Pública brasileira eram voltadas para a concepção do papel do Estado: “qualidade que o Estado moderno desempenha o papel econômico fundamental de institucionalizar os mercados, e, mais amplamente, de promover o desenvolvimento econômico do país e a segurança econômica de cada um de seus cidadãos”⁴⁶.

Em vista disso, a organização estatal brasileira adota um sistema institucional capaz de normatizar políticas públicas⁴⁷ de instrumentos de ação do Estado⁴⁸, pois a importância da instituição – Estado – na reforma da organização estatal visa garantir melhorias de eficiência em serviços públicos.

2.3.1 Reforma da Era Vargas: anos 30

As reformas na Era Vargas causaram significativos impactos, principalmente, na área administrativa e no aparelhamento burocrático públicos. Na década de trinta, o primeiro governo de Getúlio Vargas promoveu a profissionalização da administração pública, além de definir a organização da estrutura administrativa uma vez que tinha o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)⁴⁹ – como principal articulador de planejamento do orçamento.

⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, *Instituto de Direito Público da Bahia*, n. 1, mar., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C3%87O-2005-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER%20PEREIRA.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁴⁷ As políticas públicas compreendem a materialização das intenções do Estado para atingir objetivos coletivos através de programas e projetos governamentais, tais como: o combate à pobreza, a criação de novos impostos, o controle da poluição ,e, no caso específico das reformas administrativas, a intenção de elevar a performance dos sistemas administrativos. REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 13.

⁴⁸ Para compreensão do Estado como um dado de cultura ou histórico confira DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; BRESSER-PEREIRA, *Op. cit.* Luiz Carlos Bresser-Pereira argumenta que o bom do Estado interrelaciona com a democracia, e, ao mesmo tempo, constitui instrumento para o desenvolvimento econômico visando instituições e políticas econômicas que assegurem objetivos políticos básicos, além de um aparelho estatal efetivo e eficiente. Dessa maneira, o estado democrático dotado de um sistema constitucional assegura a lei e garanta direitos civis, políticos e sociais, mas o próprio Bresser-Pereira reconhece que a teoria de relacionar democracia e desenvolvimento fora exteriorizada, primeiramente por Seymour Lipset, em 1959.

⁴⁹ O Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) estruturou-se organizativamente a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, art. 67, e pelo Decreto-Lei n. 579, de 30 de julho de 1938

O período pós-29 observou a interrelação entre o papel das estatais e das atividades econômicas:

A criação de institutos, autarquias e grupos técnicos foi o recurso utilizado pelo governo para intervir diretamente nas relações econômicas, até então essencialmente privadas: equilibrar o consumo e a produção; regular a exportação e a importação; incentivar a indústria; e implantar, ampliar e remodelar a infra-estrutura com vistas a industrializar o país. Embora se possa entender que a implantação da administração pública visasse atender à racionalização das atividades da União e a intervenção econômica fosse uma resposta típica do mundo pós-29 — com as graves consequências internas que produziu —, a evolução do regime que rapidamente assumiu feições autoritárias, sustentou-se nos instrumentos institucionais de política econômica e de dominação política centralizada, objetivando respaldar o próprio regime, que era dotado de acentuada autonomia burocrática em face do conjunto das forças sociais⁵⁰.

No segundo governo de Getúlio Vargas, de 1950 e 1954⁵¹, um dos problemas enfrentados foi o agigantamento das funções estatais em relação à desproporcionalidade da estrutura organizacional. Nesse período, constituíram-se várias instituições de cunho desenvolvimentistas, tais como, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), que tinham a finalidade de planejamento e financiamento de projetos de desenvolvimento, e a

que dispõe sobre a Organização do Departamento Administrativo do Serviço Público, o qual reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. A Constituição de 1937 dispõe no Art. 67: “Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público; b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este a Câmara dos Deputados; c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária. O DASP foi extinto em 1986, com a edição do Decreto nº 93.211, que criou a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (SEDAP), pois nesse período, destacava-se o papel dos técnicos na promoção de uma nova mentalidade pública do funcionalismo federal, segundo a análise disposta no ensaio de Fernanda Lima Rabelo. (destaque nosso): RABELO, Fernanda Lima. O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na formação do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945). *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, dez, 2011. Importante trabalho da era Vargas se encontra em: WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Reforma Administrativa na era de Vargas*. Rio de Janeiro: FGV, 1983. Segundo esclarece Gilberto Bercovici, o modelo da reforma administrativa para criação do DASP inspirou-se no modelo norte-americano, *Principles of Public Administration*, de William F. Willoughby, o qual defendia a instituição de um órgão administrativo central vinculado diretamente ao chefe do Executivo com a função de operacionalização e controle. BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa. O Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vlademir (orgs.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77-90.

⁵⁰ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas do Brasil: modelos, fracassos ou sucessos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 2, abri.-jun., 1998. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723>. Acesso em: 14 jul. 2013.

⁵¹ Observa-se que o déficit em infraestrutura faz parte da economia pública brasileira sem, contudo, formular um planejamento condizente com a realidade.

Petrobrás, que tornou-se monopólio da União, tendo em vista a escassez de petróleo e a dependência externa.

Nesse período, o governo de Vargas realizou um levantamento das necessidades de recursos financeiros com a finalidade de aplicar em projetos de desenvolvimento de modo que atuou em conjunto com o governo americano, Missão Abbink, para diagnosticar os “pontos de estrangulamentos” da economia brasileira, especificamente em infraestrutura⁵².

2.3.2 Reforma JK

O governo de Juscelino Kubitschek lançou a proposta do Programa de Metas (1956-1961) a fim de enfrentar os “pontos de estrangulamentos” em infraestruturas, tendo como objetivo estimular esse setor da economia, além de indicar a cooperação entre os setores público e privado.

A reforma de 1967 deu continuidade ao processo de profissionalização da Administração Pública, porém com discurso voltado à política econômica. Nesse período, a administração, impulsionada pelo governo JK, não foi executada dentro dos órgãos administrativos do Estado Federal, institucionalizando a chamada “administração paralela”.

Os setores inseridos no plano de desenvolvimento receberam cerca de 5,2% (cinco vírgula e dois por cento) em investimentos provenientes do orçamento, e os demais recursos foram direcionados para aplicação nas autarquias, sociedades de economia mista, administrações estaduais e empresas privadas⁵³.

Nesse contexto, a essência da formulação dessas políticas, até nos anos de 1963, consistia em empreender iniciativas para o desenvolvimento socioeconômico do país. Logo, cabia ao Estado o papel de planejador e coordenador desse desenvolvimento visto que seria uma complementação para iniciativa privada⁵⁴, tendo a finalidade de garantir a operacionalização do Estado na economia⁵⁵. Esta operacionalização foi possível através da

⁵² ALMEIDA, Paulo Roberto de. A experiência brasileira em planejamento econômico: uma síntese histórica. In: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José Luiz (orgs.). *Planejamento e orçamento governamental*. Brasília: ENAP, v. 2, 2006.

⁵³ COSTA, Jorge Gustavo. *Planejamento Governamental*. A experiência brasileira. Rio de Janeiro: FGV, 1971.

⁵⁴ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas do Brasil: modelos, fracassos ou sucessos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 2, abri.-jun., 1998. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723>. Acesso em: 14 jul. 2013.

⁵⁵ JAGUARABIRE, Hélio. Brasil: estabilidade social pelo colonial-fascismo? In: FURTADO, Celso (coord.). *Brasil: tempos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977 apud LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas do Brasil: modelos, fracassos ou sucessos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 2, abri.-jun., 1998. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723>. Acesso em: 14 jul. 2013.

transformação do modelo intervencionista do Estado na economia, aliada à mudança na gestão do setor público que possuía propósitos de ganhos de eficiência e racionalidade compatíveis com a provisão de bens e serviços nos moldes do setor privado.

Nesse interim, segundo Gilberto Bercovici⁵⁶, “as próprias Constituições pelos militares, em 1967 e em 1969, chegaram, não por mera coincidência, a incorporar o chamado “princípio da subsidiariedade”, cuja concepção é entender o Estado como subsidiário da iniciativa privada”.

A iniciação da reforma trouxe como destaque o Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967, o qual promoveu a descentralização em planos de níveis de direção e de execução através de convênios e mediante contratos e/ou concessões no âmbito privado, significando “um primeiro momento da administração gerencial no Brasil”⁵⁷. Ademais, as atividades da Administração Federal foram instituídas em consonância com os princípios de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e de controle, posto que o enfoque recaiu na abordagem de flexibilização e eficiência da administração na busca de diminuir o crescimento da máquina administrativa, além de promover o estímulo à execução indireta dos serviços por meio da iniciativa privada. Dessa forma, já se percebia a *expertise* de capacitação do setor privado ao desempenhar a execução de atividades econômicas de serviços públicos.

Desta feita, as empresas estatais tiveram uma acentuada expansão com algumas características das empresas do setor privado e, ao mesmo tempo, ampliaram os campos de atuação em setores econômicos, tais como petroquímica, energia, transportes e comunicações. O Estado justificava toda essa concepção de uma política de crescimento econômico visando às necessidades da sociedade, que estrategicamente legitimou para impulsionar o desenvolvimento o qual acarretou o seu desequilíbrio fiscal.

Em contraponto, a conjuntura mostrava o alto índice de contratação sem concurso público e a ênfase na ampla autonomia das estatais, além de contraírem empréstimos externos para impulsionar a sua capacidade de gestão. Ressalta Flávio da Cunha Rezende⁵⁸ que a reforma de 1967 provocou transformações substanciais nos princípios organizadores da administração pública, tendo como mecanismo central, a descentralização, porém, sem o

⁵⁶BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vlademir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77-90.

⁵⁷BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 47 (1) jan.-abr, 1996. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

⁵⁸REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*, p. 54-56.

devido sistema de controle o qual permitisse uma *performance* e *accountability* a nova matriz institucional.

Reportando-se a esse período, assim opinou Odete Medauar⁵⁹:

As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua situação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e feudos de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e “déficits” que o Tesouro Público tinha que cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas relativos aos “déficits”, ineficiências, abusos e incontrolabilidade das estatais.

Contudo, a reforma administrativa prevista no Decreto-Lei n. 200/67 não logrou êxito. Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira⁶⁰, a reforma necessitava de subsídios para adequar ao formato de um modelo gerencial do Estado brasileiro, sendo uma das principais causas: a diferença entre as atividades de Estado e as atividades não-exclusivas, e, ao mesmo tempo, fortalecer o núcleo estratégico do Estado.

Na concepção de Luciano Martins⁶¹, o referido decreto causou um tipo de “feudalização do Estado” ao proporcionar a descentralização provida de autonomia, por sua vez, ocasionou uma existência própria e autônoma, mas também conflitantes entre os entes integradores, aliada a uma vinculação de cunho empresarial nas rotinas administrativas, que desvirtuaria os interesses coletivos.

Explana Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² que o “decreto-lei em exame, desde o seu ponto de partida, ressentia-se tanto de impropriedades terminológicas quanto de falhas em seus propósitos sistematizadores”. Embora todas as incongruências, o normativo atravessava a Era da ditadura militar, sendo restituído por Luiz Carlos Bresser-Pereira trinta anos depois com a chamada Reforma Gerencial⁶³, que trouxe o diferencial com estratégias para um novo Estado direcionado ao cidadão e a busca de resultados de gestão.

⁵⁹MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 102.

⁶⁰BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia Pública na Construção do Brasil. *Trabalhos de Bresser*, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁶¹MARTINS, Luciano. *Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p. 80.

⁶²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 156.

⁶³BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 77-90.

2.3.3 Reforma Gerencial

A característica central da reforma gerencial foi o “problema do controle”⁶⁴, ao buscar alteração na estrutura burocrática, mas direcionada ao parâmetro de controle, uma vez que se contrapôs à descentralização enfatizada pelo Decreto-Lei n. 200/67. Essa contraposição permitiu incentivos que resultaram em ganhos de eficiência, segundo a dissertação de Eli Diniz⁶⁵. “do ponto de vista político, a consequência foi a primazia da idéia da ineficiência do Estado, crescentemente percebido como fonte de irracionalidades, desperdício, corrupção e distorções de toda ordem”.

A crise internacional dos anos oitenta representou para o Brasil, bem como aos demais países latino-americanos um ponto de reflexão em seu percurso histórico, determinando um profundo questionamento da modalidade de inserção do país no sistema internacional. Essa crise econômica foi manifestada no Brasil pela inflação galopante, devido à crise política causada pela alteração de poder, e, ao mesmo tempo, iniciou a estratégica de democratização do país, inserindo concepções de direitos civis e sociais.

Ainda, segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira⁶⁶, a crise da burocracia pública revelou-se como consequência da crise política, pois dela se manifesta o compromisso com o interesse público. A alta burocracia pública recebeu críticas, pois não percebia as necessidades dos cidadãos em decorrência da ausência da neutralidade política. Em vista disso, a burocracia pública manifestou a necessidade do interesse público como instrumento de alcançar objetivos de consenso entre sociedade e iniciativa privada. Entretanto, essa burocracia encampou privilégios, direitos e a transição democrática acentuada pelo plano nacional.

Nos anos oitenta, o ponto alto consistiu na crise fiscal, uma vez que a tônica dessa crise decorreu de dívidas exorbitantes e de desequilíbrio dos orçamentos por parte dos governos, direcionando a um desmoronamento das finanças públicas. Ressalte-se que o setor público brasileiro era um dos principais responsáveis pela indisciplina fiscal em conjunto com a ineficiência da gestão e da alocação desses recursos. Por isso, as mudanças foram requeridas a partir de cada problemática específica apresentada pelo país, ou seja, houve uma necessidade do equilíbrio fiscal aliada a uma mudança nos mecanismos institucionais de controle⁶⁷.

⁶⁴ REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ DINIZ, Eli. Globalização, Estado e Trajetórias Nacionais: dilemas do desenvolvimento e o futuro do Brasil. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (org.). *Sociedade e Economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2000. p. 93.

⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Burocracia...*

⁶⁷ Para Flávio da Cunha Rezende, a estabilização do equilíbrio fiscal foi alcançada, em grande medida, pela cooperação dos atores domésticos e internacionais. Os atores domésticos tinham a responsabilidade formal,

Ademais, a política de estabilização e o equilíbrio fiscal ganharam força em decorrência, principalmente, dos organismos internacionais não-estatais, requerendo uma nova agenda mundial. Diante dessa nova agenda, o alcance, a amplitude e o ritmo de mudanças provocaram um deslumbre universal, tais quais acarretaram uma revolução global⁶⁸, alterando o foco de entradas e de saídas com resultados eficazes. Essas alterações ocasionaram uma mutação na cultura da gestão pública a qual tinha como finalidade induzir ao caminho da descentralização, haja vista, a principal intenção consistia no aumento da *performance* através dos princípios de *cost less and work better*⁶⁹.

A importância da prestação desses serviços por parte da iniciativa privada mostrou-se ser crucial, entretanto foi preciso encontrar o ponto de equilíbrio central entre o tamanho do governo e os serviços públicos de desempenho eficientes. Esse equilíbrio resultou em uma questão complexa de aproximação entre a Administração Pública e o setor privado permeados de desafios os quais pudessem criar um ambiente de colaboração por parcerias.

Nos debates do papel das instituições, há um contraponto entre a visão da ideologia de mercado e a ineficiência estatal. Nessa questão, o tamanho do Estado e sua incapacidade de atendimento a todas as necessidades da sociedade, bem como a deficiência da prestação de serviços públicos e os inexpressivos investimentos em infraestrutura resultaram na urgência de mudanças institucionais capazes de alavancar o desenvolvimento.

Embora a crise política transcorresse emblematicamente pelo governo de Fernando Collor, as reformas econômicas foram implementadas através de medidas dirigidas ao mercado, tais como a privatização e a liberalização comercial com consequente diminuição das tarifas em relação às importações. Essas reformas impulsionaram a participação efetiva das agências de financiamento e de organismos internacionais, acompanhadas de propostas de equilíbrio orçamentário e fiscal, além de políticas direcionadas ao mercado.

Nesse percalço, diante das pressões dos organismos internacionais e da conjuntura econômica mundial, o Governo de Fernando Henrique Cardoso optou pela via das reformas constitucionais. Essa reforma de Estado apresentou como escopo a administração gerencial com propostas de eficiência na gestão e de atender às demandas dos cidadãos na prestação de

por meio das Secretarias de Recursos Humanos e da Reforma do Estado, de atuarem junto aos setores mais conservadores da burocracia, permitindo ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) rupturas com o modelo patrimonialista burocrático, abrindo janelas de oportunidades para se reduzir os custos do setor público, controlando folhas de pagamento e elevando o nível de auditorias para fins de desenvolver sistemas de controle sobre o gasto público.

⁶⁸ KETTL, Donald F. Global Reinvention: basic issues, questions ahead. *Global Forum on Reinventing Government*, jan. 1999. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/1999/01/14governance-kettl>>. Acesso em: 26. jul. 2013.

⁶⁹ REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*

serviços. Ademais, a globalização se firmou como cerne de transformações no contexto mundial, confrontando Estados e empresários a um novo conceito de competição de mercados e de atividades econômicas de serviços públicos com resultados eficazes.

As decisões governamentais nacionais e não populistas pautaram na prioridade de exigência de maior inflexibilidade na gestão dos recursos públicos, de forma que viriam desaconselhar qualquer postura favorável ao aumento dos gastos sociais. O discurso dessas políticas adotadas decorreu da necessidade de manter a efetividade dos mecanismos de controle e a disciplina de forma que promoveram a redução dos fatores de instabilidade⁷⁰.

Deve-se considerar, por um lado, o mercado mundial globalizado competitivo e, por outro, a própria sociedade que requisitavam serviços públicos eficientes. Além disso, a Reforma Gerencial de 1995, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, instigou à formatação da Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998 com o propósito de flexibilizar normativos infraconstitucionais. Notadamente, a redefinição dessas estratégias de mudanças em seguimentos de políticas econômicas levou à aprovação dessa Emenda Constitucional e, conseqüentemente, à reforma na Administrativa Pública.

Cabe, ainda, identificar fatores que levaram a essa reforma como:

- (a) Um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado;
- (b) Um outro econômico-político – a redefinição do papel regulador do Estado;
- (c) Um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou a capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo;
- (d) Um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar⁷¹.

Essa Reforma da Gestão Pública tinha como objetivos três dimensões: a) dimensão institucional-legal; b) dimensão de gestão, com conceitos voltados a resultados de gestão; e, c) dimensão cultural. Na primeira dimensão, o foco era na estrutura organizacional do aparelho do Estado; na segunda, apresentou conceitos voltados a resultados de gestão; e, por último, fez uma abordagem na confiança, que possuiu característica sobrejacente da administração gerencial contradizente à administração burocrática.

Na visão do idealizador⁷², a reforma do Estado não se estruturou com base na ideologia neoliberal, mas sim no estabelecimento de uma reconstrução estatal. Essa proposta buscou aumentar a eficiência dos serviços públicos, pautada por mecanismos

⁷⁰DINIZ, Eli. *Op. cit.*

⁷¹BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado...*, p. 49-95.

⁷²*Id. ibid.*

macroeconômicos de reformas do Estado em seu papel de regulador o qual deixaria de atuar diretamente em serviços econômicos e, por sua vez, o papel do mercado globalizado que cada vez mais contribuiu para essas reformas, promovendo, conseqüentemente, a competição de mercado.

Ainda, enfatiza Luís Carlos Bresser-Pereira⁷³ “a Reforma gerencial não opta pelos princípios do mercado como o ordenador por excelência dos novos rumos do setor público”, visto que os mercados são particularmente imperfeitos, portanto neles imperam a assimetria de informações⁷⁴. A base ideológica, para reconstruir o Estado seria social-liberal e republicana, em que a atuação estaria voltada à coisa pública de conceito social⁷⁵. O entendimento desse autor, que a reforma não caminhou em direção mercado, mostrou-se contradizente, visto que a própria execução de serviços estruturantes não seria executada diretamente pelo ente estatal, mas por terceiros, para Luís Carlos Bresser-Pereira não haveria substituição, mas sim uma complementariedade ao Estado, por conseguinte, uma aproximação do público ao privado.

Vale ressaltar que há mecanismos de incentivos presentes em cada setor, público e privado. Na abordagem do setor público, na figura do Estado com seus representantes estatais, a justificativa se baseia nos papéis de executoras de serviços públicos, tendo a finalidade de buscar o interesse público e, ao que se refere ao privado, o lucro. Devido a isso, há uma presunção de que o lucro é uma proposta não compatível com o interesse coletivo, contudo essa visão precisa ser desmistificada, pois a iniciativa privada faz parte da atividade econômica com propósitos de buscar a eficiência de atendimento com excelência, ou seja, um serviço adequado.

As estratégias adotadas provocaram mudanças de práticas operacionais na prestação dos serviços públicos. No caso brasileiro, podem-se identificar segmentos duais estratégicos para a construção de uma descentralização: a) a revisão constitucional; e, b) incentivos aos serviços públicos voltados à lógica de mercado.

Nesse sentido, definiram-se os setores estratégicos do Estado dessa reforma, quais sejam: o núcleo estratégico, o setor de atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado. O núcleo estratégico figurou os órgãos do

⁷³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma Nova Gestão Pública para América Latina. Caracas: *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (CLAD), 1998. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents%5CMARE%5CCLAD%5Cngppor.pdf>>. Acesso: 14 jul. 2013.

⁷⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições...

⁷⁵ SUZIGAN, Wilson. Crise e reconstrução do Estado. In: NAKANO, Yoshiaki; REGO, José Marcio; FURQUIM, Lilian (Orgs.). *Em Busca do Novo: o Brasil e o desenvolvimento na obra de Bresser-Pereira*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

governo com definições em relação às leis e às políticas públicas. O setor de atividades exclusivas concentrou em atividades que o Estado poderia prestar através dos poderes regulamentar, fiscalizador e de fomento. Em relação aos serviços não-exclusivos, o Estado atuaria simultaneamente com outras organizações privadas ou públicas não estatais em serviços sociais. Por fim, o setor de produção de bens e serviços operaria voltado para o mercado, referindo-se às empresas estatais.

Ademais, a Reforma Gerencial trouxe como um dos objetivos a descentralização da execução dos serviços públicos para garantir ganhos de eficiência⁷⁶. Para isso, os serviços públicos não deveriam ser executados diretamente pelos entes estatais, mas pelas entidades públicas não-estatais, pois estas seriam consideradas mais eficientes do que a sua execução pela iniciativa privada. A reestruturação institucional teve objetivo principal à gestão pública, em que a Administração Pública burocrática se baseou no formalismo e no controle rígido dos processos, moldando-se à administração gerencial, de modo que fosse capaz de atender às exigências da flexibilização com eficiência e com resultados produtivos.

O Estado fomentou a participação do setor privado, no âmbito das atividades não-exclusivas, estabelecendo a forma regulatória para fins de correção de falhas de mercado, de modo que estimulou a criação de novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil e o controle democrático do processo de formulação de conteúdo da regulação de setores da economia brasileira⁷⁷.

A abordagem entre empresas privadas e estatais, em relação à eficiência, gerou algumas colocações quanto à formatação do projeto de privatização, nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro⁷⁸ afirma que “os programas de privatização em todo o mundo tiveram duas motivações principais: aumentar a eficiência da economia e colaborar para o ajuste das contas públicas”, as quais podem ser enfatizadas em quatro objetivos:

- i) Alcançar maior eficiência alocativa e produtiva;
- ii) Reforçar o papel do setor privado na economia;
- iii) Melhorar a saúde financeira do setor público; e

⁷⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. *Reforma Gerencial do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), 1997. (Cadernos MARE da Reforma do Estado). Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100>>. Acesso em: 25 maio. 2013.

⁷⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n.76, nov. 2006.

⁷⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)*, Brasília, IPEA, v. 26, n. 3, dez. 1996. Disponível em: <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/744/684>>. Acesso em: 23 mar 2013.

iv) Liberar recursos para alocação em outras áreas importantes da atividade estatal, normalmente relacionada à política social.

As reformas administrativas mostraram ser insuficientes para uma melhor *performance* de serviços públicos, retomando a tese da falha sequencial de que “as reformas normalmente são formuladas conforme modelos *one size fits all*”, “em grande medida, incompatíveis com a diversidade que caracteriza a administração pública”⁷⁹.

Na propositura do redesenho do papel do Estado, os diversos interesses de uma política de reformas configuraram um expressivo custo e uma diversidade de atores, pois os incentivos necessários possibilitariam a construção de novo mecanismo de gestão a longo prazo, de forma a concretizar o equilíbrio das finanças públicas.

A iniciativa privada ganhou proteção constitucional como princípio fundamental na ordem econômica, no propósito de desempenhar o papel determinante para exploração de atividade econômica em detrimento ao setor público, este pode exercer quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, como pressuposto da caracterização do sistema econômico.

Desta feita, o regime de exploração dos serviços públicos passou por uma reestruturação que o introduziu no sistema brasileiro serviços sujeitos à regulação, acentuando uma colaboração entre o público e o privado. Essa colaboração iniciou-se com a instituição da Lei de Concessões e Permissões, Leis n. 8.987, 13/02/95 e 9.074, 7/7/95, que provocaram alterações substanciais na exploração concorrencial dos serviços públicos comerciais e industriais. No entanto, essas alterações não foram suficientes para suprir a carência de prestação de serviços e de flexibilidade de gestão. O aumento do investimento privado em setores de atividades produtivas de desenvolvimento fez parte de um contexto de afastamento do Estado-gestor e de assunção de compromissos financeiros. Diante disso, novas oportunidades surgiram para exercício do setor privado em serviços de infraestrutura nas áreas estratégicas de desenvolvimento.

Ademais, a escassez de recursos financeiros para investimentos, por parte do ente estatal contribuiu para implantação e desenvolvimento de um novo processo com maior abrangência que possibilitaria retornos de desempenhos eficazes, além da necessidade de manter relações visando ao equilíbrio orçamentário que emergiu de dois fatores convergentes: um controle das despesas públicas pelos organismos internacionais de fomento que exigem soluções capazes de não impactarem o orçamento público; e, uma incapacidade de gestão

⁷⁹ REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*, p. 35.

baseada em resultados positivos aliados à interferência pela via política. Nesse processo foi fundamental o papel da Lei Complementar n. 101, de 5 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, como instrumento da disciplina fiscal, tendo a premissa de reforçar as condições de retomada do crescimento do país.

Nesse contexto de equilíbrio fiscal, havia uma necessidade de desenvolver e impulsionar as atividades de fomento nas áreas de infraestrutura. Uma das vias mundialmente utilizada permitiu a associação entre o setor público e o setor privado para essas atividades, pois o Estado não teria condições econômicas e burocráticas para tal finalidade. Nas palavras de Adilson Abreu Dallari⁸⁰ “atividades de fomento são aquelas que induzem o particular a se interessar por desenvolver certos trabalhos de interesse da coletividade”. A associação entre os setores público-privado assenta numa relação combinatória de estruturas de conhecimento de mercado, de um lado, o ambiente dos serviços que serão utilizados e, do outro, a capacidade de gestão com resultados.

O regime de *parceria* do setor público com a iniciativa privada para investimentos em infraestruturas se concretizou no ordenamento brasileiro a partir da Lei n. 11.079, de 24 de dezembro de 2004, por meio de contratos de concessão, administrativa e patrocinada, que estabelece normas gerais sobre Parceria Público Privada (PPP), no âmbito 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, bem como aplicação complementar das regras da Lei de Concessão Comum, Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

A modelagem de parceria público privada se sustenta no instituto de concessão especial baseada em uma legislação própria, já que encontra-se instituída à parte da legislação de concessão comum pela Lei n. 8.987/95, no intuito de atrair a participação da iniciativa privada nesse processo de empreendimentos públicos.

⁸⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento mediante licitação. *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, São Paulo, n. 23, 1998.

2.4 ESTADO E MERCADO

As atividades econômicas de prestação de serviços públicos passaram por diversas transformações em suas estruturas jurídicas, devido às reformas na Administração Pública brasileira para uma melhoria de *performance*, além de uma reconfiguração do cenário no processo de investimentos em infraestruturas públicas, especialmente, no modelo de concessões.

O ambiente de mudanças proporcionado pela reforma do Estado impulsionou as atividades econômicas dos setores de serviços lucrativos à modernização e à urgência de prover essas atividades públicas de capacidade suficiente para atender às demandas, além de superar as ineficiências decorrentes das defasagens históricas.

Dessa forma, identificam-se os fenômenos e os atores que contribuíram para esse ambiente complexo que interrelaciona uma racionalidade de decisões e o propósito de se reinventar o atendimento às novas demandas da sociedade.

Numa economia globalizada, o Estado não é o principal ator nesse processo conjuntural de programas pluridimensionais, como, por exemplo, nas áreas de infraestruturas. Dessa feita, verificou-se uma pressão dos reformistas (ou liberais) para que o Estado continuasse nesse processo de abertura de serviços públicos aos mercados privados. Segundo a perspectiva dessa proposta, o papel do “Estado, de diversas formas, pode fomentar, proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências e interesse público e, por sua vez, os particulares, sob diversas formas jurídicas, exercem funções de colaboração com o Poder Público⁸¹”. Nesse sentido, a promoção do interesse público e a definição de uma nova função do Estado constituem instrumentos de inovação para novas abordagens de governança, ou seja, é o movimento de reforma global⁸².

A reconstrução do papel do Estado indubitavelmente encontra-se relacionada ao mercado, segundo Luís Carlos Bresser-Pereira⁸³ “o mercado é o mecanismo de alocação eficiente de recursos por excelência”. Identifica-se o ambiente de imperfeições e de externalidades positivas ou negativas, na medida em que a mudança efetiva de mercados transcorria de estatais (praticamente operava em ambientes do setor público) para privados

⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes Queiroz; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

⁸² KETTL, Donald F. Global Reinvention: basic issues, questions ahead. *Global Forum on Reinventing Government*, jan. 1999. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/1999/01/14governance-kettl>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

⁸³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado..., p. 51-52 e 77.

com consequente abertura de novas empresas que não são controlados pelos operadores históricos⁸⁴.

Assim, há uma complexidade de fenômenos que precisa ser compreendidas, buscando considerar, em cadeias relacionais, o meio e a estrutura os quais estão inseridos para fins de avançar nos percalços das mudanças que sofrem e, ao mesmo tempo, as provocam. Isto perfaz a ideia de um sistema⁸⁵, que interage com fenômenos de diferentes configurações os quais podem estar presentes novos arquétipos conceituais, capazes de instigar outros ângulos de abordagem. A vantagem dessa abordagem encontra-se na possibilidade de reconstruir a realidade com base na percepção das relações dos fenômenos na medida em que se identifica cada fenômeno interrelacionado⁸⁶.

Nessa complexidade de fenômenos ou de elementos a interação se agrega a conceitos chamados de sistemas, que adicionam outro fenômeno à organização, considerando o caráter regular e estável das interações. Nisto, se faz a interação da ordem econômica de disposição interna, que regula e estabiliza um sistema econômico com a capacidade relativa aos fenômenos de produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas⁸⁷ com esses sistemas. Portanto, há a necessidade de regulação para disposição desses fenômenos interrelacionados com o fim de produzir resultados, gerando, consequentemente, o princípio. No entanto, um pré-requisito torna-se imprescindível no âmago funcional, a *ordem*, que, como princípio, regula, viabiliza e estabiliza a organização de um sistema⁸⁸. Logo, a ordem econômica será vista sob o ângulo desses fenômenos que se interagem nas constituições políticas.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁹, pode-se considerar a sociedade como um plurissistema social com a finalidade de organização própria e de disciplina com os respectivos princípios de ordem que estão inseridos em dois sistemas: o sistema político e o

⁸⁴ WORLD BANK. *Private Sector Development Strategy: Issues and Options* (A Discussion Document). Washington, DC: WBG, jun. 2001. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/Seminar%20PDFs/development%20strategy.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

⁸⁵ O destaque sobre o sistema traz a relevância como parte da ordem econômica que é o ponto central. Para um melhor aprofundamento da matéria sobre sistemas confira: BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Análise Sistêmica do Conceito de Ordem Econômica e Social nas Constituições de Estados Democráticos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 40, 1988, p. 65-82.

⁸⁷ *Id.* A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 42, 1990, p. 57-68.

⁸⁸ *Id.* Análise Sistêmica...

⁸⁹ *Id. ibid.*

sistema econômico. Estes fazem parte da “constituição política de uma sociedade organizada” que diz respeito aos princípios de uma ordem com seus próprios fundamentos e limites.

A organização política fundamenta em princípios e normas jurídicas, agregando os processos econômicos, que determinam o *modus* de agir do Estado, em referência à ordem econômica, isto é, a atividade política. Esta influencia a definição dos rumos dos sistemas econômicos com propósitos de balancear, de um lado, o poder econômico e, de outro lado, a sociedade, e, por isso, a importância da ação política traduzida pelas disposições da ordem econômica da Constituição Federal. Ademais, “a participação do Estado nessa categoria de fenômenos está na consagração constitucional em todas as modernas cartas políticas do sistema de colaboração e participação no terreno econômico, como função ativa, normal e necessária do Estado”⁹⁰.

A função do Estado tem como sustentáculo de princípios e de normas conformadores da ordem econômica, os quais estejam presentes os decorrentes da evolução histórico-cultural, bem como “os de ordem corretivos que devam orientar a ação do Estado”⁹¹. Outrossim, a Constituição agrega harmoniosamente princípios inerentes ao sistema capitalista, mas também, ao mesmo tempo, permite um ajustamento às transformações sociais, ambientais e econômicas, sob uma contemplação da atuação do poder estatal, culminando com o reconhecimento das atividades privadas nessa conjuntura, de forma que apresenta dois postulados norteadores, a liberdade, considerada espontânea, e a igualdade, racional, que “presidem a todo o processo de constitucionalização de uma sociedade política”. Diante disso, compõe-se de princípios e de normas que equilibram essa ordem, conforme pensamento abaixo:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa, corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada, restringe-se com o princípio da função social da propriedade⁹².

Adverte-se que, seguindo a coerência do pensamento jurídico, “a previsão dos institutos deve ressaltar sua vinculação aos objetivos que os ditaram e aos princípios que os informaram, mas não deve descer a detalhes orgânicos e funcionais próprios da legislação

⁹⁰CAVALCANTI, Temístocles B. *Op. cit.*, p. 443.

⁹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A ordem econômica...*

⁹²*Id.* *Análise sistêmica...*, p. 74.

infraconstitucional”. Desta feita, integra nessa cadeia constitucional, além do princípio e do objetivo, o instituto vinculado à ação do Estado⁹³.

As correlações na ordem econômica da Constituição Federal ganharam dimensões contemporâneas à liberdade da iniciativa privada em alargar sua atuação nas atividades econômicas e nos serviços públicos, em consonância com o objetivo de assegurar uma prestação de serviços com resultados e com condições de alocação de recursos eficientes. Nesse intuito, desenvolveu-se o instituto da delegação por concessão de maneira concorrencial, estabelecendo limites e condições através do caráter do contrato, com previsões de política tarifária, que assegura os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado, sob o regime do direito público. Ainda, posto em outros termos, a liberdade da iniciativa privada e a atuação interventiva do Estado se interagem no avanço da economia de mercado.

2.4.1 O mercado de serviços públicos

O processo de mercado ainda é um conceito abstrato, que compõe arranjos feitos pelas pessoas, físicas e/ou jurídicas, com a finalidade de trocar bens e serviços umas com as outras, em vários aspectos da vida econômica⁹⁴, haja vista, as atividades econômicas estão diretamente interligadas ao conceito de mercado, pois o seu funcionamento torna-se importante para identificarmos seus atores e suas falhas. Na visão dos economistas, o conceito de mercado surge essencialmente para identificação de compradores e de vendedores que devem ser incluídos em determinado mercado⁹⁵.

No caso do estudo de serviços públicos, há um mercado de concessão em infraestrutura e em atividades econômicas, as quais identificam os Entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e a iniciativa privada com potenciais de interações para realizarem empreendimentos. Além de identificar os atores no processo de funcionamento de mercado, a importância da definição de mercado para o Estado reflete na escolha de políticas públicas com prioridades de investimentos em setores da economia, como também adotar medidas para estimulá-lo. Desta feita, uma matriz macroeconômica de

⁹³ *Id. ibid.*, p. 75.

⁹⁴ MITCHELL, William C.; SIMOMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 35.

⁹⁵ PINDYCK, Rodert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Educationa do Brasil, 2010.

investimentos pode ser elaborada, como no caso das concessões, com a finalidade de maior atratividade aos investidores nacionais e internacionais⁹⁶.

O crescimento da participação do setor privado em infraestruturas públicas abrange o fornecimento de bens e serviços, incluindo construção, manutenção, gestão, aquisição e instalação de equipamentos, obras, e, entre outros, nos mais diversos segmentos, como educação, saúde, presídios, transportes, estradas, pontes, parques, serviços em geral, revelando exigências importantes para construir um suporte de segurança jurídica no campo de empreendimentos de concessão de serviços públicos.

Por oportuno, o mercado necessita de uma configuração contextualizada de liberdade de ação, e, ao mesmo tempo, de regras definidas e instituições bem estruturadas. Uma das razões dessa contextualização se depara com esgotamento da gestão estatal em serviços públicos que requerem sua própria forma de incorporar ao novo pluralismo com uma estrutura de mercado identificada. Desta maneira, o desenvolvimento de infraestruturas públicas demanda de maiores investimentos, porém a limitação orçamentária dificulta o dispêndio pelo poder público, já que necessita de encontrar alternativas para o financiamento dessas infraestruturas.

Na realidade, a história tem revelado o infortúnio do Estado frente ao fornecimento de serviços independentemente do setor, por esse motivo, o retorno da escolha pública pelo setor empresarial privado. Entretanto, o pluralismo requer um ambiente funcional legítimo no Estado de Direito. Em razão disso, segundo Gaspar Ariño Ortiz⁹⁷:

[...] el Estado de Derecho, con sus instituciones y reglas, con las limitaciones que impone al poder público, sostiene la economía. Condición *sine qua non* ello es que exista una sociedad libre y autónoma en la que las transacciones económicas se desarrollen con operadores y protagonistas libres, distintos y diferenciables del Estado.

⁹⁶ O Governo Federal promoveu ciclo de palestras, no início de 2013, com o título “Infraestrutura no Brasil: Projetos, financiamentos e oportunidades”. Essas edições foram realizadas em Nova York e em Londres pelo Ministro da Fazenda, pelo presidente da Empresa de Planejamento e Logística (EPL) e a Ministra-Chefe da Casa Civil. Na oportunidade, o governo brasileiro dialogou com os investidores, destacando que o Brasil possui a intenção de aplicar em torno de R\$ 253 bi (duzentos e cinquenta e três bilhões de reais) em 30 anos, já que o próprio governo brasileiro identificou algumas falhas no marco regulatório de concessões rodoviárias para garantir maior rentabilidade e atratividade aos investidores. Dessa maneira, no intuito de sanar tais falhas, o prazo das concessões passa de 25 para 30 anos, maiores garantias com suportes em *Project Finance*, além do prazo de financiamento estendido de 20 para 25 anos. As palestras estão disponíveis no site da Empresa de Planejamento e Logística S. A. (EPL). Disponível em: <<http://www.epl.gov.br/>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

⁹⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Colombia: Ed. Comares & Fundación de Estudios de Regulación, 2003. p. 36.

Nesse ambiente de formação e de estruturação do mercado que visa à assunção de serviços pela iniciativa privada, pois, de um lado, o ambiente do proporcionado pelo poder público e, de outro lado, os incentivos necessários para o envolvimento do setor privado.

Um fator dinamizador para participação da iniciativa privada encontra-se na política de financiamento através de ação política de instituições financeiras, a exemplo do BNDES, que adota uma posição descritiva de melhores molduras financeiras adequadas para o envolvimento do setor privado na modelagem de parcerias público privadas, mas também na otimização da capacidade operacional do setor público com objetivos econômicos e sociais.

Por conseguinte, outro fator que reputa-se importante destacar o papel da instituição financeira em relação a ser instrumento de ação política do Estado, já que não avalia as condições de admissibilidade de propostas em projetos de parcerias público privadas. Desta maneira, a sujeição de condições de elegibilidade se estabelece como regras definidoras de viabilidade financeira e técnica, demonstrando eficiência e desempenho de sustentabilidade ao longo do período do financiamento. Estas condições funcionariam como fator de garantia, no que se refere à análise do projeto, para o setor público em termos de exequibilidade de forma que as garantias do setor público e as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública podem ser consideradas um valor adicional aos projetos.

Segundo Mona Hammami et al.⁹⁸ os fatores determinantes são voltados à construção de um ambiente teórico para implementação das parcerias público privadas, considerando o mercado direcionado para as atividades de prestações de serviços com as devidas limitações governamentais, ambiente político, estabilidade macroeconômica, o sistema jurídico e experiências anteriores em PPPs. Neste contexto, deve-se promover um ambiente de incentivos para o setor privado considerado fundamental para rentabilidade dos projetos e qualidade institucional.

As limitações governamentais, no caso, se referem à identificação das reais necessidades da população e os limites financeiros do governo em disponibilizar recursos possíveis de atendê-las, uma vez que o fornecimento de bens/obras ou serviços por meio de parcerias é abalizado em dois diferentes motivos. Um dos motivos pelas empresas privadas seria a forma de ganhos financeiros pela construção de bens públicos e entrega de serviços, e o outro, possibilitaria a Administração Pública a encontrar uma maneira de diminuir os custos através da participação privada.

⁹⁸ HAMMAMI, Mona; RUHASHYANKIKO, Jean-Francois; YEHOUE, Etienne B. *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure* (IMF Working Paper). Washington, DC: International Monetary Fund, IMF Institute, 2006. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

Desta forma, justifica-se a necessidade de criar um mercado propenso à entrada do setor privado como provedor financeiro de projetos sustentáveis, pois os projetos em infraestruturas públicas de grande porte permitem que o setor público se beneficie do setor privado como intermediário para essa captação de mais recursos financeiros para fins de investimentos⁹⁹.

Na análise sob a ótica do empreendedor, o mercado precisa também de projetos com retornos financeiros compatíveis com o investimento, além dos ganhos sociais. Assim, a rentabilidade constitui um fator determinante para atrair parceiros privados, visto que os projetos de infraestrutura, geralmente, têm altos custos iniciais e um retorno a longo prazo em liquidez¹⁰⁰. Segundo o desenvolvimento teórico de Mona Hammami et al.¹⁰¹ alguns determinantes precisam ser considerados, tais como: o risco comercial cujas condições de mercado podem afetar os incentivos das empresas privadas na participação de projetos de altos riscos financeiros; a demanda dos serviços ao ser prestados; e o tamanho do mercado deve mensurar quanto ao momento da elaboração dos projetos para garantir uma recuperação dos custos de forma mais segura, uma vez que “o nível de renda ou poder de compra dos potenciais clientes também são importantes, pois indicam a capacidade de pagar preços de mercado para os serviços”. Neste caso, o poder público deve considerar também os potenciais usuários que não possuem a robustez financeira necessária para desembolsar os valores das tarifas previamente estipuladas.

Conforme destacado, as receitas da exploração dos serviços mostram-se insuficientes para garantir a rentabilidade, demonstrando uma demanda aquém do necessário para cobrir os custos. Neste caso, há um risco presumido pelo parceiro privado, visto que, anteriormente, a exploração ocorria pelo poder público que poderia simplesmente subsidiar.

Assim, o parceiro público pode quando adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários fazer uma contraprestação ao parceiro privado. Esta previsão legislativa da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 para concessão patrocinada de parceria público privada supre essa lacuna para fins de assegurar a estabilidade do mercado.

Cumprе mencionar que a qualidade institucional é um dos fatores a considerar no mercado de serviços públicos, uma vez que os investidores nacionais e estrangeiros levam em consideração as regras jurídicas e o risco-País. Os fatores apresentam impactos diretamente na duração do prazo de contratação e sua sustentabilidade do empreendimento que dependem

⁹⁹ *Id. Ibid.*

¹⁰⁰ *Id. Ibid.*

¹⁰¹ *Id. Ibid.*

justamente da qualidade das instituições¹⁰², tendo em vista o risco de crédito. Assim, as alterações de risco refletem tão somente ao retorno médio dos investimentos no país, no caso de queda do risco-País permite que os agentes econômicos acessem ao mercado internacional de capitais em condições mais favoráveis ao ampliar a base investimentos internacionais¹⁰³. Diante da ocorrência de aumento de risco-País, o ingresso ficaria comprometido. Esta configuração se fundamenta no *rating* de um país:

O *rating* é nota ou classificação de risco atribuída a país emissor de dívida de acordo com a avaliação, por instituição especializada na análise de crédito, sobre a capacidade e a disposição para que esse país honre, pontual e integralmente, o serviço de sua dívida. O *rating* é instrumento relevante para o mercado, uma vez que fornece aos potenciais credores opinião independente a respeito do risco de crédito da dívida do país analisado. Com a globalização, o *rating* se apresenta como linguagem universal que aborda o grau de risco de qualquer título de dívida¹⁰⁴.

O risco-País elevado provoca a diminuição de incentivos para os investidores de parcerias público privadas¹⁰⁵, na medida em que há uma incerteza do cumprimento negocial. Visto de outra perspectiva, as PPPs podem incentivar à mobilização de novas fontes de financiamento de modo a criar novas oportunidades de desenvolvimento de mercados regionais com melhorias de acesso aos capitais e aos mercados financeiros estrangeiros.

2.4.2 A globalização econômica

Nas interrelações do Estado, desde o início da década de oitenta, um dos fatores de maior impacto na economia mundial foi o fenômeno da globalização. Contudo, o termo ainda continua interpretado de diferentes maneiras, tendo em vista as facetas empreendidas em todos os setores da sociedade, tais como: a política, as telecomunicações, os serviços, a cultura, e, principalmente, a economia. A terminologia também pode ser denominada de mundialização, mas o seu sentido, geralmente, se conduz a um processo de interconexão financeira, econômica, jurídico, política e cultural.

Segundo o verbete do Dicionário de Políticas Públicas, o termo “globalização (constituição do mercado global)” refere-se:

¹⁰²Id. *Ibid.*

¹⁰³BANCO CENTRAL DO BRASIL. Risco-País. Diretoria de Política Econômica, Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais, mar. 2014. (*Série “Perguntas Mais Frequentes”*). Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%209-risco%20pa%C3%ADs.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

¹⁰⁴BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Op. cit.*

¹⁰⁵HAMMAMI, Mona *et al.* *Op. cit.*

[...] ao início de um extraordinário movimento do capital comercial, produtivo e financeiro, por toda parte do globo, em consequência do processo de abertura dos mercados nacionais em quase todos os países do mundo. A consolidação do termo “globalização”, na qualidade de “categoria analítica”, como expressão síntese de um fenômeno econômico de caráter globalizante relacionado à integração de mercados nacionais muito provavelmente esteja relacionada a Teoria de Marx sobre a constituição de um único mercado global como tendência inexorável do capitalismo, pois a conquista de novos mercados é necessária para a acumulação ampliada do capital. Ou seja, a constituição de um mercado global unificado seria um processo histórico que caminhará junto com a evolução das forças produtivas do capital¹⁰⁶.

A visão de que “todo esse impacto leva a um processo de lógica férrea, à qual todos os países deveriam se ajustar-se de modo inescapável e segundo um receituário único”¹⁰⁷, pois não se pode desconsiderar a lógica de sujeição política estabelecida pelas grandes potências mundiais em constituir redes transnacionais de conexões que comandam o aparato governamental¹⁰⁸.

Vale reconhecer a natureza da globalização de criar oportunidades e desafios para os Estados e a sociedade, numa cadeia de mudanças nem sempre perceptíveis. Inserido nesse processo, o papel do Estado também está mudando, não importa sua localização, sob os efeitos de ventos de ideologias globais, contudo alguns Estados possuem a ideia de ter reforçado o seu papel nessa era global¹⁰⁹. Esse contexto da globalização gerado pela complexidade do fenômeno desencadeou instrumentos normativos de políticas públicas, influenciando na agenda dos Estados, como é o caso das parcerias entre o público e o privado.

Cabe considerar que a força econômica da globalização acentuou a ascensão do mercado, segundo observa Odete Medauar¹¹⁰ que a globalização gerou efeitos perversos, uma vez que uniu o papel do Estado com o do mercado, contudo não deixou de valorizar as forças de mercado em contraposição ao do Estado. Segundo a observação do *World Development Report* 1997¹¹¹, reafirma que “[E]stados capazes e ativos constituem elementos chaves em

¹⁰⁶ RAMALHO JUNIOR, Álvaro. Globalização (constituição do mercado global). In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha (Orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Universidade do Estado de Minas Gerais - Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: EdUEMG, 2012. p. 239-243.

¹⁰⁷ DINIZ, Eli. O pós-Consenso de Washington: globalização, Estado e governabilidade reexaminados. In: _____ (org.). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 19-61.

¹⁰⁸ *Id. ibid.*

¹⁰⁹ GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, rev. 903, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Op. cit..

¹¹¹ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *World Development Report 1997: Human Development to eradicate poverty*. New York: Oxford University Press, 1997. Disponível em:

qualquer esforço bem-sucedido para construir modernas economias de mercado”. O fortalecimento dessa economia de mercado exige a presença de um Estado capaz e efetivo¹¹².

No contexto mundial, a internalização da economia sobressai a novos sistemas de gestão entre o Estado e os serviços públicos, que, desde muito tempo, requerem uma nova abordagem configurada de negócios públicos, de modo que preconizam novos estilos de governança pública, revendo a atuação direta ou indireta dos Estados em atividades econômicas.

Essa abordagem implica estreitar os vínculos entre o Estado e a iniciativa privada através de políticas de investimentos em setores estruturantes, que reforçam os instrumentos jurídicos de colaboração e de parcerias entre os atores. Outrossim, acrescenta Eli Diniz¹¹³ que há necessidade de reforçar os instrumentos de governança, impulsionando a capacidade de ação do Estado na implementação das políticas públicas, além de reformular novas estratégias com o propósito de atrair investimentos e gerar empregos e desenvolvimento.

Diante desse contexto, Celso Fernandes Capilongo¹¹⁴ sugere uma perspectiva diferente para o impacto da globalização econômica “provavelmente a globalização desfigura completamente a noção de sistema jurídico”, ou seja, a expansão dessa complexidade incide sobre o direito:

Mesmo com a nova configuração mundial, o direito não se funda em princípios estranhos ao sistema jurídico. Na verdade, a cada variação significativa na ordem jurídica o direito reconstrói seus próprios princípios e, assim, expande sua diferenciação¹¹⁵.

Os novos contornos de mercados criados pela globalização acarretaram uma complexidade, principalmente, na área estatal, haja vista, o direito esteve presente para garantir as expectativas normativas. Segundo Celso Fernandes Capilongo¹¹⁶, “o sistema jurídico, apesar de toda a turbulência no ambiente, está sempre aberto aos influxos e requisições que a economia e a política lhe apresentam”, bem como continua ratificando que: “a função infungível do sistema jurídico moderno é produzir direito por meio do direito, vale dizer, reproduzir comunicação jurídica a partir da comunicação jurídica”¹¹⁷.

<http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/258/hdr_1997_en_complete_nostats.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

¹¹²DINIZ, Eli. *Op. cit.* p. 28.

¹¹³*Id. ibid.*

¹¹⁴CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Lomonad, 1999. p. 77-92.

¹¹⁵*Id. ibid.*, p. 92.

¹¹⁶*Id. ibid.*, p. 77-92.

¹¹⁷*Id. ibid.*, p. 77-92.

Em razão conexa, Alexandre Santos de Aragão¹¹⁸ trouxe uma reflexão da vertente econômica sobre Direito Administrativo brasileiro, especificamente, da necessidade de revisar as noções tradicionais das Teorias do Direito e do Estado em razão da realidade atual das relações entre o Direito e a Economia. Essa discussão possibilita a teorização do direito envolvendo situações de pluralismo das fontes normativas¹¹⁹.

Indubitavelmente, essas fontes normativas foram afetadas pela globalização por três fatores: no primeiro, pelas diversidades de necessidades da sociedade que se multipolarizaram, nesta incluída, o usuário de serviços. No segundo momento, em decorrência da evolução das necessidades dos usuários, houve mudanças na substância da lei em resposta à adaptação do ambiente formatado através de novas regras, práticas e procedimentos condizentes à nova configuração¹²⁰. Em terceiro momento, a globalização impulsionou a mudanças na natureza de atuação do Estado, principalmente, na gestão de novos tipos de instrumentos, contratos a longo prazo, por meio de resultados de desempenhos, emergindo, portanto, a regulação de contratualização.

Assim, esses instrumentos inovadores fortalecerão o papel da lei a um caminho desafiador de procedimentalização flexível para ajustá-los ao novo tempo, indubitavelmente, um passo desafiador ao direito administrativo contemporâneo.

2.4.3 A contribuição da teoria econômica

O ambiente dual do Direito e da Economia se relaciona com a convergência para alcançar a eficiência¹²¹, tanto de mercado quanto do Estado, já que foi a justificativa para implementação de concessão de serviços públicos através das parcerias público privadas.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoietica do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005, p. 27-32. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46412.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_27_a_32.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 77-92.

¹²⁰ GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, rev. 903, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹²¹ SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? *Selected Works of Bruno Meyerhof Salama: Contribution to books*, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/doctype.html>. Acesso em: 06 ago. 2013.; Cf. OGUS, Anthony. “What Legal Scholars can Learn from Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, Chicago, v. 79, n. 2, 2004, p. 383. Disponível em: <<http://www.cklawreview.com/wp-content/uploads/vol79no2/Ogus.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013. Segundo a definição de Paulo Modesto, o princípio da eficiência é uma “exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem às vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público”. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 2, maio

Os processos de mudanças no ambiente brasileiro, Estado e mercado, no âmbito das instituições implicam em analisar a atuação da influência sobre o direito administrativo econômico. Essa atuação coaduna com tendência da escolha pela economia de mercado que se justifica pela ciência econômica, assim observa Gaspar Ariño Ortiz¹²² que há uma necessidade da evolução jurídica e econômica de modo que se produzam com a mesma velocidade. Diante disso, o interesse público é colocado na administração dos privados, portanto as diretrizes e as recomendações substituem os regulamentos, acarretando uma mudança de pensamento. No caso do Estado, algumas tarefas de gestão devem ser delegadas e, outras, concentradas em estabelecer regras para manter o diálogo entre o Estado e os protagonistas privados.

A presença do pensamento econômico busca a compreensão da matriz constitutiva do Estado e suas relações entre as dinâmicas relacionais e institucionais, que os consideraram o Estado como a mais complexa entidade institucional¹²³. Tais pressupostos se coadunam com a evolução histórica da relação entre Direito e Economia, de forma que o desempenho econômico reflete em melhorias da dinâmica dos institutos jurídicos que promovem a relação do público e do privado.

A teoria econômica, que incorpora no âmago da concepção jurídica, contribui para a análise do papel do Estado nas mudanças das novas delegações e assunção pela iniciativa privada de serviços públicos, bem como o comportamento de mercado ante aos instrumentos jurídicos de direito público, desta forma, procura-se trazer as instituições como parte interpretativa complementar.

O pensamento jurídico deve ser considerado, dentro de uma perspectiva econômica, como uma abordagem sobre o mecanismo de mercado, por sua vez, implica em custos de transação e influencia as atividades econômicas, além de considerar o problema da incerteza como ponto essencial a ajustar o equilíbrio da empresa. Nesse sentido, as contribuições dos economistas, Ronald Coase com o artigo *The Nature of the Firm*, em 1937, e *The Problem of Social Cost*, em 1960, e Oliver Williamson ajudaram a teorizar na construção desse arcabouço teórico institucional através dos estudos em mecanismos de governança das organizações e a reiteração do termo “custo de transação”. Além disso, demonstraram a necessidade de realizar contratos para compreensão do papel das instituições, sob o ângulo de uma realidade fática.

2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

¹²² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*, p. 48.

¹²³ REIS, José. Estado e Mercado: uma perspectiva institucionalista e relacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 95, 2011, p. 11-34. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4355>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

A construção teórica das instituições, segundo Douglass North¹²⁴, tem como fator principal de análise o papel institucional do Estado com a finalidade metodológica de explicar os fenômenos que influenciam os comportamentos econômicos. Ainda, o autor busca a interpretação na história econômica visando entender o ambiente institucional no processo de desempenho econômico.

Nesse processo de mudança econômica e de interface com as instituições, Douglass North e Ronald Coase convergiram ao mesmo caminho de identificação dos custos de transação numa sociedade em que as informações são assimétricas e custosas. A conceituação de custos de transação envolve uma cobertura de *insights*, visto que analisa uma mudança de estrutura na economia, assim se define: “os custos de transação são os de especificar e os cumprir os contratos que estão subjacentes e, portanto, incluem todos os custos de organização política e econômica os quais permitem economias de capturar os ganhos do comércio”¹²⁵.

Hodiernamente, a estrutura institucional permite uma estreita relação entre o Estado e o mercado, com o propósito de subjacente interações entre sistema econômico e o sistema jurídico, isto é, uma moldura do quadro atual dessa interação da análise do Direito sob o prisma econômico e das conjugações públicas de atividades para gestão de serviços públicos. Segundo Gaspar Ariño Ortiz¹²⁶, a conjunção - Economia e Direito - se identifica com as grandes áreas do moderno direito público, que trespassa necessariamente pela concepção da racionalidade econômica das decisões jurídicas e, especialmente, dos poderes públicos sobre o mercado.

Nesse sentido, as interpretações das regras e normas sobre o novo instituto de parcerias entre público e privado vinculam à dinâmica de setores estruturantes de cada país, correspondendo a uma teleológica concepção de racionalidade de argumentação jurídico-econômica. As construções dessa argumentação interrelacionam com a reforma da gestão dos serviços públicos e o Estado em suas relações com os agentes econômicos que transformam a gestão em uma Administração consensual. O determinante desse ambiente institucional, que compreende as falhas de mercado, proporciona uma estrutura de incentivos à sociedade¹²⁷.

¹²⁴ NORTH, Douglass. *Understanding The Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

¹²⁵ No original: “transaction costs are the costs of specifying and enforcing the contracts that underlie and therefore comprise all the costs of political and economic organization that permit economies to capture the gains from trade”. NORTH, Douglass. Transaction Costs, Institutions, and Economic History. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 140, H. 1., The New Institutional Economics: A Symposium (März 1984), p. 7-17.

¹²⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

¹²⁷ NORTH, Douglass. *Op. cit.*, p. 1.

Nessa aplicação da economia, as normas e instituições jurídicas pautam a atuação de diversos atores no processo de construção das atividades sociais, pois essas instituições são sistemas e regras prevalecentes que estruturam interações sociais, incluindo o discurso da lei e os agentes participativos.

2.4.4 O papel do Estado

A abordagem sobre o papel do Estado traz inicialmente a concepção de que “a *Globalização*, cujo primeiro efeito está, justamente, na mudança que hoje ocorre na estrutura do Estado, a qual já não corresponde àquela conhecida como estrutura clássica (sobretudo, séc. XVIII até parte do séc. XX)”¹²⁸.

A postura adotada em relação ao Estado parte da premissa que nenhuma instituição social tem a pretensão de imutabilidade, pois até a própria Constituição não pode ser portadora de uma eternidade, senão ainda de uma imutabilidade relativa. O Estado pode ser considerado uma instituição essencialmente de cunho histórico-cultural, pois há características que “o tornam de forma única de organização política em relação às demais formas que antecederam, devendo ocorrer o mesmo em relação àquela que lhe possa suceder, sobretudo se vitoriosas as perspectivas da globalização”¹²⁹.

Nesse contexto, Ivo Dantas¹³⁰ traz a indagação de que globalização: fim do Estado-Nação?. Acredita-se que, na realidade, a globalização promove uma redefinição do papel do Estado como gestor da economia nacional, porém de maneira eficaz. Além disso, os referidos Estados desempenham atualmente, como também outrora um papel fundamental para a construção do desenvolvimento do capitalismo, por conseguinte não há possibilidade de desaparecerem. Concluindo esse pensamento, Ivo Dantas observa que o fundamento político e jurídico da autoridade do Estado encontra-se na soberania, pois o processo da globalização poderá servir para seu fortalecimento, bem como de promover outras formas de atuação do Estado: o Estado-regulamentador e o Estado-mediador. Esse processo provocou uma nova reformulação da atuação do Estado que, mesmo diante da complexidade, no fenômeno da globalização, “o Estado reforça a sua capacidade de operar como intermediário entre as forças externas e a sociedade nacional”¹³¹.

¹²⁸ DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143-144.

¹²⁹ *Id. ibid.*, p. 143-144.

¹³⁰ *Id. ibid.*, p. 143-144.

¹³¹ *Id. ibid.*, p. 148.

Na abordagem de Odete Medauar¹³², a análise recai sobre o confronto entre o Estado do Bem-Estar e o dos primórdios do século XXI, tais como:

- a) Estado do bem-estar: Estado de grandes dimensões; intervém no domínio econômico de modo forte, inclusive pela criação de empresas públicas, pelo controle de preços, por subsídios; é um Estado paternalista, com políticas sociais ativas; os recursos públicos realizam distribuição de renda;
- b) Estado do início do século XXI: Estado restrito a funções específicas; atua no domínio econômico de modo mais suave em relação ao modelo anterior, por meio da regulação; ocorrem privatizações e estímulo à iniciativa privada; busca eficiência na gestão dos recursos públicos, busca reduzir despesas com o social e incentiva o desenvolvimento do terceiro setor.

O Estado brasileiro acompanhou as tendências mundiais de diminuir a atuação direta estatal no campo econômico e na prestação de serviços públicos com consequente reflexo na estrutura contratual, optando por uma descentralização fundamentada na “fuga para o Direito Privado”. Paralelamente, essa tendência institucionalizada ou formal de intervenção da economia suscita o papel de fomento público através das entidades financeiras oficiais, tal como o BNDES¹³³, que é responsável financeiro da política do governo para atrair a iniciativa privada a investir em serviços públicos de infraestrutura.

O novo papel do Estado abrange a sua capacidade e seus limites em assumir a plataforma de indutor nas suas relações com o mercado através de ambientes de incentivos ao setor privado. As práticas Keynesianas não têm mais sustentáculo num Estado globalizado, dado que possui capacidade de redefinir suas atividades sob a perspectiva da eficiência. Esta considerada a palavra-chave da globalização numa perspectiva de produção de bens e serviços de melhor qualidade, cujas demandas devem ser atendidas a contento, tanto pelas entidades privadas quanto pelas públicas¹³⁴.

Segundo Francisco Cavalcanti¹³⁵, as funções do Estado frente à ordem econômica foram transformadas por consequência da economia globalizada, já que essas “funções são definidas a partir dos interesses dos controladores da sociedade, no modelo capitalista”, podendo, ainda, serem divididas sob a perspectiva de atuação do modelo estatal brasileiro:

¹³² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Op. cit., p. 97-98.

¹³³ SILVA, Almiro Couto e. Op. cit., p. 209-237.

¹³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Pioneira/Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 53.

¹³⁵ CAVALCANTI, Francisco. Prefácio. In: ELALI, André. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise de Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 10.

1. O Estado como sujeito da atividade econômica, criando empresas públicas sob seu controle, como as sociedades de economia mista e empresas públicas e respectivas subsidiárias;
2. O Estado como ente regulador, basicamente com o exercício da histórica atividade de polícia sobre as atividades econômicas, hoje ampliada para o campo da regulação normativa e da regulação administrativa (tendo, também, atividades de planejamento de caráter não vinculante para o setor privado);
3. O Estado exercendo atividades indutoras, através, p. ex., de política fiscal e creditícia no sentido de motivar atividades consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico e social¹³⁶.

Nessa dinâmica, o princípio da subsidiariedade insere-se nesta concepção do Estado, uma vez que há, claramente, o afastamento do Estado do cerne da atividade econômica, tendo em vista que não possui condições de assumir todas as atividades de interesse coletivo, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁷ que existe uma necessidade de estimular a atividade de fomento, isto é, o incentivo à iniciativa privada em participar de prestação de serviços de interesse público.

Para isso, é preciso criar condições de mercado através de incentivos financeiros, creditícios, regulatórios, normativos no intuito de prover atividades em que o particular possa assumir a delegação de serviços públicos. Nesse sentido, um dos instrumentos dessa técnica de fomento é a parceria do setor público com o privado, inserido na noção de interesse público. Portanto, uma das razões do atraso em investimentos em infraestruturas encontra-se no descompasso da relação entre o público e o privado, na dinâmica das forças de mercado e no ritmo das reformas institucionais¹³⁸.

¹³⁶ *Id.*. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 67-75, 1997, p. 68.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006. p. 33-39.

¹³⁸ AFONSO, José Roberto R.; BIASOTO JR., Geraldo. Um novo paradigma para o investimento público: parcerias, formas de gestão e ampliação das fontes de financiamento. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

O início do século XXI a adoção da parceria público privada é valorizada pela urgência de investimentos em serviços e em empreendimentos de projetos estruturantes públicos, marcando a aproximação do setor empresarial ao setor público. As parcerias público privadas suscitam um amplo interesse dos Estados ao redor do mundo, e, ao mesmo tempo, continuam sendo um paradoxo. No entanto, a sua definição ainda permanece nublada¹³⁹ de modo que poucas pessoas concordam sobre o que é uma PPP¹⁴⁰.

Cabe enfatizar que, as parcerias público privadas constituem uma realidade de cunho discutível da Administração Pública, pois, de um lado, consideradas extremamente relevantes para o desenvolvimento de infraestruturas públicas, e, de outro lado, enfatizam a diminuição do papel do Estado na maximização de mecanismos de mercados no âmbito das atividades de serviços públicos. Embora a ampla implementação das parcerias público privadas ao redor do mundo, os novos caminhos de colaboração visam obter o melhor de ambos os setores.

Os serviços executados por meio de parcerias público privadas repercutem no cotidiano, seja pessoa física ou pessoa jurídica, quando necessita de aeroportos, portos, de atendimento à saúde, por meio de hospitais, acesso à educação, por meio das escolas e rodovias para alavancar as entradas e saídas de bens, serviços e produtos, bem como serviços administrativos à população. Enfim, há uma relação direta e instrumental entre fornecimento de serviços de alta complexidade e de qualidade aos cidadãos/consumidores, do mesmo modo que a otimização de uma melhor aplicação de recursos e gestão de serviços públicos.

É imperioso observar que a finalidade de buscar o incremento de melhorias em setores estruturantes somente se justifica quando houver um ambiente de aproximação entre setores público e privado, tendo em vista o comprometimento orçamentário. Há um contexto de expansão de parcerias, as quais estão provocando transformações nas atuações e nas operacionalizações da Administração Pública, senão ainda mudanças consideráveis nas relações com a iniciativa privada.

Nas últimas décadas, tem ocorrido um discurso retórico que muitos Estados devem lidar, publicamente, com a controvérsia da delegação ao poder privado das funções de

¹³⁹ HODGE, Graeme; GREVE, Carsten. The PPP phenomenon: performance and governance insights. In: O'FYNN, Janine; WANNA, John (eds.). *Collaborative Governance: a new era of public policy in Australia?*. Australia: ANU, 2008.

¹⁴⁰ GREVE, Carsten; HODGE, Graeme. Introduction. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.

prestação de serviços públicos com objetivos de aumentar a eficiência, gestão e controle fiscal.

O arranjo de PPP tem como premissa inicial o fornecimento de infraestruturas e prestação de serviços públicos que tradicionalmente seriam providos pelo próprio Estado, dado que a infraestrutura pública consista essencial para o funcionamento de uma economia e de ganhos para sociedade com qualidade. Esses arranjos de PPP envolvem aportes financeiros de grandes vultos, de forma que a moldura do financiamento inicial deixa de ser do Estado, passando para o setor privado com investimentos sem o imediato acréscimo de recursos orçamentários que possam comprometer o equilíbrio das contas públicas.

As parcerias público privadas representam um novo *slogan* de suportes em prestação de serviços públicos em todo o mundo, por meio de instrumentos contratuais de longa duração em torno de mais de 5 (cinco) até 35 (trinta e cinco) anos. Verifica-se uma exaltação em ambos os lados, Estado e setor privado, em suprir as necessidades da moderna sociedade com estradas, escolas, pontes, portos, hospitais, medicamentos, metrô, setores sociais como prisional, habitação, esgotamento sanitário, entre outros. Além do mais, o aporte do setor privado em serviços públicos significa um suporte ao desenvolvimento da economia e às atividades sociais, de modo a contribuir nas facilidades do funcionamento destes serviços. Essa interação entre o setor público e privado em arranjos de parcerias apresenta um importante segmento histórico para a Administração Pública.

As parcerias público privadas propagaram-se pelos Estados a partir dos destaques conferidos pela *Private Finance Initiative* (PFI) do programa de reestruturação de infraestrutura britânica, além da difusão do reforço financeiro do setor privado sem o comprometimento orçamentário público. Diante disso, a engenharia contratual financeira estabeleceu a denominada *Public Private Partnership* (PPP) e inspirou outros países.

Nessa conjuntura, o discurso do passado e, agora, do atual foram a interrelação entre o setor público e o setor privado descrita como parceiras, sendo que a parceria público privada permitiu compartilhamentos de riscos e benefícios, entretanto sucede-se a questão sobre a que ponto é semanticamente legítima a descrição de tal interação como uma genuína parceria, pelo instituto jurídico de concessão.

3.1 DESTAQUE INTERNACIONAL: INDICATIVOS DOS ESTADOS UNIDOS E DO REINO UNIDO

As parcerias público privadas ganharam projeção mundial durante a década de oitenta com a sua adoção por diversos países ao redor do mundo. Neste contexto, o pensamento da aproximação do setor privado com o público lançou um novo projeto com peculiaridades baseados em técnicas operacionais de mercado para assunção de atividades de serviços públicos e, principalmente, de infraestruturas públicas. Na década de noventa, filosofias de mercado baseadas em eficiência, resultados, competição, entre outras, influenciaram a gestão pública na busca de novas ferramentas que possibilitassem o padrão eficácia exigido pela sociedade e pelo empresariado, além dos incentivos pelos organismos internacionais. Todavia, o grau de complexidade das necessidades aumentou consideravelmente com “resultado de crescentes interdependências entre atribuições e as partes envolvidas, mais parcerias entre o setor público e privado foram formadas”¹⁴¹.

Nos Estados Unidos, as parcerias desenvolveram no governo federal como uma ferramenta para estimular os investimentos privados em infraestruturas com a finalidade de reestruturação urbana. Além disso, esses investimentos tiveram o propósito de impulsionar o desenvolvimento econômico regional. Na década de sessenta, a ideia central se baseava em proteger o interesse público oferecendo melhores serviços aos cidadãos, ou seja, havia um plano de ganhos para todos os envolvidos, setor público, setor empresarial e a comunidade local.

A Administração do Presidente Carter tornou as parcerias público privadas em instrumento de política urban, impulsionando as administrações municipais a buscarem investimentos privados para capital de *joint venture*¹⁴², em razão da escassez de recursos financeiros. A concepção idealizada da parceria pelos EUA ganhou impulso na década de setenta¹⁴³ com a alternativa de fornecer serviços e infraestruturas por meio do setor privado pela “*contracting out*”¹⁴⁴.

¹⁴¹ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An international perspective*. Oxford: Blackwell, 2006. p. 7.

¹⁴² É uma forma jurídica, de origem norte-americana, corresponde à criação de uma empresa em conjunto de pessoas públicas e privadas, que assumem participar no capital de uma nova empresa ou a propriedade conjunta de uma empresa já existente que presta serviços. Sendo que combinam seus bens, dinheiro, esforços, habilidades, conhecimentos e compartilham os riscos e ganhos. BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op. cit.*

¹⁴³ STEPHENSON JUNIOR, Max O. Whither the public-private partnership: A critical overview. *Urban Affairs Quarterly*, 27, 109-127.

¹⁴⁴ É um arranjo considerado de “terceirização” em que um órgão público contrata com fornecedores externos para o fornecimento de bens e/ou serviços. GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships: the worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2004.

Na Administração de Reagan, as parcerias público privadas ganharam projeção com a orientação de redução do tamanho do Estado e priorizar investimentos privados em empreendimentos públicos. Por sua vez, durante a década de oitenta, através do processo de privatização, os empresários foram assumindo cada vez mais a prestação de bens e serviços, consequentemente reduzindo as tarefas do Estado¹⁴⁵. Assim, havia uma exaltação na diminuição do papel do Estado e na efetividade de investimentos de capital privado, por conseguinte encorajando as parcerias público privadas nos Governos de Carter e Reagan¹⁴⁶.

As políticas urbanas no Governo Clinton revelaram um instrumento de políticas da Terceira Via como novas formas de gestão e de governança, enfatizando a participação da comunidade local¹⁴⁷. A formatação da ideia inicial de conjugar governo e setor empresarial para fins de negócios em serviços públicos, através de parcerias, adveio da solidariedade inserida em épocas de guerras, quando se compartilhava a *expertise* do governo local, dos empresários e da responsabilidade da comunidade¹⁴⁸. É evidente que, dentro dessa concepção, houve um transmutar da formatação dessa parceria para assunção de negócios públicos.

Atualmente, verifica-se um forte apelo político enaltecendo um empreendedorismo público de transferir uma responsabilidade de prestação de serviços públicos para o setor privado, adotando uma envergadura de parcerias com fundamentos de uma dependência recíproca do bem comum, isto é, fundamentando no interesse público¹⁴⁹.

Influenciado pelas práticas de parcerias público privadas nos EUA, o Reino Unido¹⁵⁰ iniciou seu plano de reconstrução de investimentos para recuperação da economia. Os

¹⁴⁵ LINDER, Stephen H. Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A grammar of Multiple Meanings. *American Behavioral Scientist*. v. 43, n. 1, set., 1999, p. 35-51.

¹⁴⁶ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op. cit.*

¹⁴⁷ RUBIN, Julia Sass; STANKIEWICZ, Gregory M. The Los Angeles Community Development Bank: the possible pitfalls of public-private partnerships. *Journal of Urban Affairs*. v. 23, n. 2, 2001, p. 133-153.

¹⁴⁸ LINDER, Stephen H. Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A grammar of Multiple Meanings. *American Behavioral Scientist*. v. 43, n. 1, set., p. 35-51, 1999.

¹⁴⁹ O crescimento das necessidades e em contrapartida as exigências dos componentes de cada grupo social demandaram um aumento considerável e de complexidade de prestações de serviços públicos que venham satisfazê-los. Verifica-se uma tendência dos serviços públicos em não permanecer somente nas mãos do Estado, mas buscar resultados satisfatórios empregando a gestão de alguns serviços à iniciativa privada. Isto se deve a ineficiência operacional estatal, custos e poucos benefícios, por conseguinte os mecanismos jurídicos que permitam uma especial transcendência do Direito Administrativo tradicional, em débito para sua formulação e concretização da nova faceta da concessão. ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 113-115.

¹⁵⁰ Na história da Inglaterra, pode-se afirmar que a contribuição histórica sobre a relação de iniciativa pública e privada iniciou com o poder pelo mar, na chamada Guerra da Espanha entre 1585 a 1603 quando ambos queriam compartilhar riquezas do Novo Mundo. Elizabeth I queria efetivamente alcançar esses objetivos. Nessa ocasião a forte aliada desse processo foi a Marinha com embarcações capitaneadas por famosos navegadores como Sir Francis Drake e Sir Walter Raleigh e financiados por comerciantes poderosos e latifundiários da aristocracia, que ficaram conhecidos como “*privateers*”, em que os interesses público e privado eram intercambiáveis. No entanto, havia uma dificuldade de distinguir as intenções entre *privateers* e piratas, por isso a necessidade de licenciamento para formar a questão das “Cartas de Represália”, as quais

Governos, EUA e Reino Unido, foram os idealizadores das privatizações na década de oitenta com vendas de ativos e de empresas estatais, enfatizando, um novo olhar público para a liberdade de atuação no mercado econômico.

O Reino Unido reconheceu na indústria da construção civil um dos mais importantes pilares da economia, por isso a justificativa de impulsioná-la criando oportunidades inovadoras com qualidade e eficiência visando atender as necessidades dos clientes¹⁵¹. Dentro desse arcabouço, a redução dos custos e preços, dos riscos e falhas, a melhoria de gestão, o compartilhamento de responsabilidades e capacidades operacionais foram essenciais para mudanças de panoramas em abordagens com as parcerias.

No final da década de setenta, Governo britânico teve como premissa o envolvimento com a economia o qual precisava oferecer espaço para o capital privado. Por isso, a importância de zonas empresariais e empresas de desenvolvimento urbano (*Urban Development Corporations (UDC)*)¹⁵² atuando como instrumentos de política de aproximação do setor privado para empreendimentos de desenvolvimento. Por sua vez, o Governo Thatcher utilizou as parcerias público privadas como método de recuperação econômica, lançando o programa *City Challenge*¹⁵³ em substituição ao UDCs¹⁵⁴.

A participação da iniciativa privada para execução de serviços públicos em infraestrutura iniciou, na década de noventa, com a política de *Public Private Partnership* instituída por Tony Blair na Grã-Bretanha. Um dos principais instrumentos para revitalizar a gestão desses serviços ocorreu por meio do *Private Finance Initiative*, cujo financiamento

autorizavam os titulares sobre a captura dos bens e mercadorias no mar da Espanha. Desta feita, essa exigência das Cartas revela uma das primeiras formas de contratação, que disciplinavam certas regras de conduta da empresa e a disposição dos prêmios. Ademais, a Alta Corte Marítima regulava o sistema com a finalidade de proteger os interesses da nação de ameaças estrangeiras, como também de promover o desenvolvimento do comércio em geral e, especialmente, através da “*the school of privateering*” com objetivo de formar os melhores navegadores, construtores navais e marítimos. Porém, todo esse sistema estava imbuído pela corrupção e enfraquecido pela interferência política, além dos custos das remunerações dos oficiais que se baseavam em taxas e gratificações. Assim, a interação de público e privado tiveram efeitos positivos e negativos. Os interesses do público e do privado revelaram a necessidade da regulação, em direção da primeira causa do sistema, a corrupção. O paradoxo dessa interação mostrou um poderoso desenvolvimento de mercantes, *privateering* tornando-se uma força social os quais provocaram uma expansão das políticas do estado e de interesses privados. Entretanto, isso demandava uma operação do estado ineficiente com linhas distintas entre as esferas pública e privada. WETTENHALL, Roger. The public-private interface: surveying the history. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.

¹⁵¹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (Londres). The Report of the Construction Force. *Rethinking Construction*. London: Department of the Environment, Transport and the Regions, 1998.

¹⁵² Organismos de interesse comercial dado financiamento substancial do governo responsabilidade para o desenvolvimento econômico em áreas em declínio.

¹⁵³ O programa que encorajou as autoridades locais a propor esquemas de regeneração econômica em parceria com empresas locais.

¹⁵⁴ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op.cit.*

privado serviria para custear os projetos de infraestrutura, num programa de variadas formas de atividades para melhorias de governança. A sugestão incorporada ao *Private Finance Initiative* permitiu uma previsão de riscos contratuais, em que definiu uma transferência desses riscos do setor público para o setor privado e uma otimização dos compartilhamentos.

Private Finance Initiative diferiu consideravelmente da forma de aquisição convencional, uma vez que, anteriormente, o governo se relacionava com o setor privado em partes distintas, ou seja, uma parte contratava para elaboração de projetos e, em outra fase, para operação do serviço. Desta forma, havia um processo descontínuo entre as fases, que não se comunicavam de forma que os problemas detectados na fase de execução não se relacionavam com a do projeto, implicando, na maioria dos casos, em custos operacionais. Na realidade, o *Private Finance Initiative* é uma forma de parceria público privada que combina aquisição de bens de capital, com uma extensão de *contracting-out*, e contratação a partir do setor privado¹⁵⁵.

Além disso, entende-se PFI como um programa que engloba acordos em que um consórcio de parceiros do setor privado se une para prestar um serviço público baseado em ativos, sob contrato com um organismo público¹⁵⁶, ou seja, é uma forma de aquisição do setor público de serviços durante o período de concessão numa relação de custo *versus* benefícios.

O Tesouro do Reino Unido considera que um dos principais objetivos do *Private Finance Initiative* consiste em transformar o setor público em operadores ativos de serviços públicos pelo setor privado, tornando-o fornecedor a longo prazo de serviços em que haja combinações de responsabilidades, desde a concepção do projeto à construção, financiamento e à operação¹⁵⁷. Diante disso, o Governo se considerou líder em modernização em infraestruturas públicas e serviços, pois, para os britânicos, o caminho encontrado para alcançar habilidades e competência do setor privado constituiu por intermédio das parcerias¹⁵⁸.

¹⁵⁵ CORNER, David. The United Kingdom Private Finance Initiative: the challenge of allocating risk. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 45. Observamos que o *Private Finance Initiative* difere da privatização, visto que o setor público assume o papel de principal comprador dos serviços oferecidos pelo setor privado, além de atuar como facilitador da estruturação do projeto.

¹⁵⁶ GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Op. cit.*, p. xiii.

¹⁵⁷ HM TREASURY (Londres). PFI: Meeting the Investment Challenge, Report of Comptroller and Auditor General, Session 2002-2003, London: Stationery Office, 2003, Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/enterprise_and_productivity/PFI.cfm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹⁵⁸ *Id.* A new approach to public private partnerships. 2012. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-treasury>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

No entanto, alguns projetos de *Private Finance Initiative* não foram considerados de sucesso, levando o Governo a promover uma reavaliação da PFI junto às partes envolvidas. Diante disso, uma nova abordagem do Governo, PF2, estabeleceu melhorias na relação custo-benefício de projetos de financiamento de capital, equidade, aumento de transparência, eficiência nos serviços, flexibilidade na prestação de serviços, alocação apropriada dos riscos, futuro financiamento da dívida e *Value and Money*, além de possibilitar que o contribuinte assuma a posição de acionista. A reavaliação buscou uma confiança entre os consumidores e os prestadores de serviços¹⁵⁹.

Destaca-se que existem outros modelos organizacionais de parceria público privada no sistema do Reino Unido, porém o *Private Finance Initiative* (PFI) possui uma maior similaridade com os tipos de concessão de PPP adotados pela legislação brasileira. O desenho de *Private Finance Initiative* inspirou a política de formação das Parcerias Público Privadas em modelos como:

¹⁵⁹ *Id. ibid.*

Tabela 1 - Modelo do *Private Finance Initiative*

PROJETOS	Build Own Operate Transfer (BOOT)	É a forma mais dominante de PPP, que consiste em aquisição, concepção, construção, financiamento e operação pela entidade privada, por um período determinado de 25 a 30 anos. Neste caso, o privado assume os riscos comerciais, bem como os custos de operacionais durante a concessão. A propriedade da infraestrutura permanece com a concessionária até o final da exploração da concessão, e, posteriormente, os direitos são transferidos para o governo sem nenhum custo ou a um custo irrisório.
	Design Build Finance Operate (DBFO)	É uma das formas de PPP mais usual em projetos de PFI que envolve a função de concepção, construção, financiamento e operação no contexto de serviços públicos, por um período determinado de 25 a 30 anos de contrato de concessão. O financiamento privado tem como componente o planejamento flexível do capital investido para fins de maximizar os retornos. Por sua vez, o Governo se compromete a adquirir os serviços colocados à disposição da sociedade, os quais serão pagos de acordo com os serviços prestados em função do desempenho pré-estabelecido. A propriedade da infraestrutura poderá ser revertida ao setor público ao final do contrato.
	Design Build Operate (DBO)	É uma das formas de PPP em que o setor público adquire a infraestrutura e oferece meios de financiamento necessários aos investimentos de capital e continua a envolver o mesmo fornecedor privado para operar a instalação.
	Aquisição Tradicional do Setor Público	A contratação pública (tradicional) convencional é aquela que uma agência pública assegura o financiamento diretamente e paga ao empreiteiro no decorrer do andamento das obras.

CARACTERÍSTICAS

Fonte: EVANS, Joanne; BOWMAN, Diana. Getting the contract right. HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.; GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships: the Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2004.; GRILO, Leonardo Melhorato. *Modelo de Análise da Qualidade de Investimento em Projeto de Parceria Público-Privada (PPP)*. Tese (doutorado em Engenharia da Construção Civil). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia da Construção Civil. São Paulo, 2008, 400 pp.

É oportuno salientar que uma das estratégias, para buscar novos tipos de cooperação e arranjos contratuais, utilizada pelos Governos da Grã Bretanha e dos Estados Unidos, foi a adoção de PPP com base na confiança, cooperação, negociação entre as partes envolvidas¹⁶⁰. Nesse sentido, no afã das instituições de parcerias Kofi A. Annan assim discursou:

¹⁶⁰ TVARNØ, Christina D. Presentation of the book. In: TVARNØ, Christina D. (ed.). *Public-Private Partnerships: an international analysis – from a legal and economic perspective*. Asialink: EuropeAid, 2010. p. 27.

Em nossos esforços para fortalecer as contribuições dos Estados-Membros, a sociedade civil, o setor privado, e instituições internacionais para fazer avançar a visão de uma liberdade mais ampla, devemos garantir que todos os envolvidos assumam as suas responsabilidades para transformar boas palavras em boas ações. Precisamos, portanto, de novos mecanismos para assegurar a responsabilidade - a responsabilidade dos Estados aos seus cidadãos, dos Estados entre si, de instituições internacionais para seus membros e da geração atual para as gerações futuras. Onde há responsabilidade, vamos progredir, onde não houver, vamos subavaliar. (tradução livre)¹⁶¹.

O pressuposto das parcerias, para fins de desenvolvimento, referentes aos direitos humanos, permitia a convergência de convocar a comunidade e o setor privado conjuntamente com o poder público para atuarem lado a lado, cada um com suas especificidades, no intuito de melhorar a capacidade de gestão pública e de alocar os recursos financeiros em investimentos, principalmente em infraestruturas públicas.

O crescimento excessivo do Estado Bem-Estar provocou em diversos setores produtivos do chamado Estado empresarial resultou na convergência global, em termos de alternativas de gestão em atividades de serviços públicos, a qual direcionou na busca de parceiros com o fito de melhorar as prestações de serviços à população em termos de qualidade (resultados) e eficiência¹⁶².

A aplicação das parcerias envolve diversos setores do Estado, em termos de colaboração, porém a escala e a natureza das necessidades das atividades de serviços públicos revelam uma complexa interação de atores empresariais e de recursos financeiros, bem como estratégias e métodos. A colaboração com as organizações sem fins lucrativos impulsiona os setores sociais, para a crescente abrangência das funções do Estado e da dificuldade operacional de auferir resultados condizentes com a exigência dos consumidores e da população.

¹⁶¹O ex-Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan (1997-2006) afirmou: “In our efforts to strengthen the contributions of States, civil society, the private sector, and international institutions to advancing a vision of larger freedom, we must ensure that all involved assume their responsibilities to turn good words into good deeds. We therefore need new mechanisms to ensure accountability – the accountability of States to their citizens, of States to each other, of international institutions to their members and of the present generation to the future generations. Where there is accountability, we will progress; where there is none, we will under-perform” UNITED NATIONS. *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All: Report of the Secretary-General*. New York: United Nations Publications, 2005. p. 7.

¹⁶²Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa alternativa é compatível com o Princípio da Subsidiariedade, uma vez que o desenvolvimento da ideia empregada pela subsidiariedade interrelaciona aos direitos individuais, pelo reconhecimento, que a iniciativa privada possui primazia sobre a iniciativa estatal. Neste processo, o Estado confere algumas atividades a iniciativa privada, a qual possui condições de exercer os seus próprios recursos. O princípio da subsidiariedade implica uma limitação à intervenção do Estado, além de subsidiar a iniciativa privada através da parceria entre o público e o privado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 15-16).

Nos últimos tempos, o interesse instigante dos Estados para fornecimento de infraestrutura pública, através do setor privado, tem suscitado debates sobre o papel dessa relação com a conotação terminológica de parceria visando atender as atividades de prestação de serviços públicos. Segundo Stephen H. Linder¹⁶³, a parceria se faz necessária para que:

[O]s atores de cada setor adotem características e pontos de vista que uma vez definiu e firmou as identidades de suas contrapartidas. Atores governamentais necessitam pensar e comportar-se como empreendedores, e atores de negócios precisam aceitar com entusiasmo as considerações do interesse público e esperar uma maior *accountability* pública¹⁶⁴.

Acontece que essas contrapartidas foram institucionalizadas por meio de uma associação de atores antagônicos de características distintas em finalidades, mas a doutrina jurídica administrativista procurou reconstituir e/ou reconstruir por meio de novas abordagens procedimentais de relações público-privado para atender o mercado de serviços públicos.

O endosso da implementação da parceria na Administração Pública abrange uma percepção de mudanças necessárias e circunstâncias como uma ferramenta programática a fim de adaptar à nova geração de reformas de gestão governamental e, ao mesmo tempo, acomodar um alinhamento de contemporaneidade econômica e de políticas revestidas da retórica de eficiência e qualidade¹⁶⁵.

A parceria não surge como uma ferramenta nova utilizada pelo Estado, pois o renascimento conceitual de parceria reflete no sentido de novas possibilidades para sua instrumentalização nos mais diversos setores, conferindo mudanças ideológicas em prestação de serviços públicos. Neste caso, os negócios governamentais necessitam de se adaptar à nova economia, já que a institucionalização de novos *modus operandi* permeia compartilhamento de riscos e receitas, além de parâmetros e indicadores de resultados pertinentes ao objeto.

Por sua vez, a abordagem de aproximação com estilos puramente mercadológicos confere uma sutileza retórica subliminar, de ambos os lados, com o uso do termo parceria. Esta questão remete à dicotomia da perspectiva entre o público e o privado dentro de uma consideração de significados e de conceitos demarcados por fronteiras não limítrofes

¹⁶³LINDER, Stephen H. *Op. cit.*, p. 35-51.

¹⁶⁴No original: “actors from each sector to adopt characteristics and points of view that once defined and stabilized the identities of their counterparts. Government actors would need to think and behave like entrepreneurs, and business actors would need to embrace public interest considerations and expect greater public accountability”. (LINDER, Stephen H. *Op. cit.* p. 35-51).

¹⁶⁵*Id. Ibid.*

linguísticos. Segundo Jeff Weintraub¹⁶⁶, os diferentes usos do público/privado apontam para fenômenos distintos, conseqüentemente, gerando questões diversas em imagens subjacentes do mundo social, ou seja, frequentemente implícitas ou parciais conscientes de uma linguagem teórica ou de um discurso imputado universalmente por circunstâncias governamentais.

Desta feita, é imprescindível identificar o marco divisório do uso do vocábulo parcerias a fim de servir como ponto de referência aos significados de aplicação das parcerias público privadas e de reconhecer os seus aspectos envolventes. Conceitualmente existem diferentes possibilidades de considerar parcerias:

1. Cooperação Institucional para compartilhamento de produção e riscos;
2. Contratos de infraestrutura de longo tempo, que enfatizam as especificações em conjunto em contratos jurídicos de longo tempo;
3. Redes de políticas públicas;
4. Sociedade civil e desenvolvimento de comunidade;
5. Renovação urbana e desenvolvimento do centro econômico¹⁶⁷.

Essas possibilidades identificadas envolvem diferentes *stakeholders* em diversos setores no processo de constituição de parcerias, por isso, se constata reiteradamente o termo como jogos de linguagem entre os interessados. No entanto, as parcerias compreendem uma ampla mudança na ação do funcionamento da Administração Pública e nas relações com terceiros.

Cabe evidenciar que a definição do termo parcerias envolve os variados conceitos, práticas e tipos de relacionamentos em diversas circunstâncias de atividades econômicas ou sociais. No âmbito mais abrangente, as parcerias podem ser definidas como:

Uma relação dinâmica entre os diversos atores, com base em objetivos acordados mutuamente, através de um entendimento racional de divisão comum do trabalho envolvido, de acordo com as vantagens de cada parceiro. Parceria engloba influência mútua, com um cuidadoso equilíbrio entre a sinergia e a autonomia respectiva, que incorpora o respeito mútuo, igualdade de participação na tomada de decisões, responsabilidade compartilhada e transparência¹⁶⁸.

¹⁶⁶ WEINTRAUB, Jeff. The Theory and Politics of the Public/Private Distinction. In: WEINTRAUB, Jeff; KUMAR, Krishan (eds.) *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 1-42.

¹⁶⁷ HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten. Public-Private Partnerships: an international performance review. *Public Administration Review*, n. 67, v. 3, 2007, p. 545-548.

¹⁶⁸ No original: "Partnership is a dynamic relationship among diverse actors, based on mutually agreed objectives, pursued through a shared understanding of the most rational division of labour based on the respective comparative advantages of each partner. Partnership encompasses mutual influence, with a careful balance between synergy and respective autonomy, which incorporates mutual respect, equal participation in decision making, mutual accountability and transparency". BRINKERHOFF, Jennifer M. *Government-Nonprofit Partnership: a defining framework*. Public Administration and Development, v. 22, dez., p. 19-30, 2002, p. 21.

Outrossim, as parcerias requerem atores de cada setor dotado de características próprias que venham acrescentá-las para um determinado objetivo. Segundo Stephen H. Linder¹⁶⁹, os atores governamentais necessitam de raciocinar e proceder como empreendedores voltados a negócios com fundamentos à contemplação do interesse público. Tal possibilidade enfrenta uma realidade jurídica administrativa, a qual se imprime uma aproximação entre Estado e setor empresarial encoberto de uma retórica de parcerias. Nesse sentido, o ponto de referência ao entendimento de parcerias retoma à política de privatização com concepções de estratégias de mercados, baseados em contraposição ao Estado provedor.

A privatização demonstrou claramente a fronteira entre os setores público e privado com características específicas, evidenciando as responsabilidades. No contexto deste debate, Stephen H. Linder¹⁷⁰ enfatiza que as parcerias surgem justamente como uma derivação em áreas em que a privatização foi menos tratável, provavelmente devido aos problemas de direitos de propriedade. Seguindo essa lógica em serviços públicos, a prestação poderia ser ofertada por meio de arranjos financeiros mediados por outros instrumentos, desde que não os chame de privatização.

Ronald W. Mcquaid¹⁷¹ entende que a parceria ocorre se envolver a cooperação, isto é, “trabalhar e agir juntos” inseridos numa política pública que pode ser definida como cooperação entre pessoas ou organizações do setor público ou privado em benefícios mútuos. Incluindo a participação da sociedade com ênfase na discussão da política adequada para a ação pública.

Já Jean-Pierre Gaudin¹⁷² compreende que as parcerias envolvem, de maneira ampla, a participação do poder público, o setor privado e a sociedade civil. A este conjugado de relações denominou-se “*triangle de fer*”, sendo essa caracterização ligada à ação pública pela contratualização, enfatizando a coordenação com atores sociais para fins de descaracterizar a enfática governança por contratos de maneira verticalizada. As parcerias confrontam a imagem do Estado de fornecedor e do provedor direto de serviços públicos, ao contrário do

¹⁶⁹ LINDER, Stephen H. *Op. cit.* p. 35-51.

¹⁷⁰ *Id. ibid.*

¹⁷¹ MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership – Why have Partnerships. In: OSBORNE, Stephen P. *Managing Public-Private Partnerships for Public Services: an international perspective*. Routledge: London, 2000. p. 9-35.

¹⁷² GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, edição especial, 2012, p. 113-120.

agente que fornece o serviço por resultados, já que os custos por item do projeto são “*more about steering and less about rowing*”¹⁷³.

As concepções da terminologia parcerias dependem da perspectiva empregada, pois o conceito torna-se cada vez mais criativo, sendo limitado pela imaginação¹⁷⁴, principalmente ao aplicar visando o desenvolvimento econômico, social e interesses políticos.

3.1.1 Recomendações de Organismos Internacionais e Transnacionais: Banco Mundial e União Europeia

A justificativa da implantação das parcerias público privadas era baseada nas limitações orçamentárias, manutenção do equilíbrio fiscal e na insuficiência de recursos financeiros, uma vez que os arranjos de parcerias consistiam em desenvolvimento em áreas estratégicas para qualquer país. No entanto, atualmente as parcerias público privadas aplicam-se ao incremento do interesse coletivo baseado em qualidade e eficiência dos serviços públicos em geral¹⁷⁵, e, não somente, nos aspectos fiscal e financeiro.

As opções de parcerias público privadas não se restringem a compartilhamentos de riscos e de responsabilidades entre os setores privado e público, de forma a agregar valores que acentuem os pontos fortes e fracos. Além desses, há tipos de PPP envolvendo a assunção de todos os riscos pelo setor público e, em outras, pelo setor privado.

É oportuno salientar que não existe um quadro jurídico de PPP especificando os tipos de compartilhamentos de riscos e de responsabilidades, haja vista cada evento com suas peculiaridades. Esses modelos de compartilhamentos entre o público e o privado têm sido propostos para países em desenvolvimento e em transição, e apoiado por organismos internacionais apresentando como base de argumentação a convergência de valores.

Portanto, neste trabalho enfatizará a participação do Grupo do Banco Mundial¹⁷⁶ e da União Europeia por serem considerados instrumentos da ampliação das práticas de parcerias público privadas.

¹⁷³ STOKER, G. Public-Private Partnerships and Urban Governance. In: J. Pierre (ed.). *Partnerships in Urban Governance: European and American Experience*, Basingstoke: MacMillan, 1998. p. 34 apud GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships. The worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2004. p. 53.

¹⁷⁴ MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership – Why have Partnerships. In: OSBORNE, Stephen P. *Managing Public-Private Partnerships for Public Services: an international perspective*. Routledge: London, 2000. p. 9-35.

¹⁷⁵ TVARNØ, Christina D. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁶ O Grupo do Banco Mundial abrange cinco organizações: 1) Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) que tem como proposta a redução da pobreza nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento por meio de concessão de empréstimos financeiros, no caso do Brasil foram instalados 2.700 subprojetos, beneficiando 90.000 famílias rurais de baixa renda compreendendo 450.000 pessoas de setembro 2002 a Dezembro de 2010; 2) Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA) que tem como

3.1.1.1 Banco Mundial

O Banco Mundial destacou suas ações com a finalidade de retomar o crescimento econômico e beneficiar os segmentos envoltos da pobreza, a partir de mobilização dos países desenvolvidos com a proposta indicativa de estratégias para o crescimento. Essa abordagem ganhou adesão da economia internacional através do Relatório Anual sobre o Desenvolvimento Mundial¹⁷⁷, em 1978, que tinha como objetivo avaliar as questões de desenvolvimento global. Desta maneira, o Banco Mundial tomou a iniciativa de filtrar e de sistematizar o conhecimento sobre o desenvolvimento para impulsionar uma estratégia de operacionalidade¹⁷⁸.

Neste compasso, o Relatório Anual sobre o Desenvolvimento Mundial de 1994¹⁷⁹ reafirmou a importância dos serviços de infraestrutura econômica, incluindo energia, transportes, telecomunicações, fornecimento de água, saneamento e resíduos sólidos, além de obras públicas envolvendo barragens, canais de irrigação e estradas, como também setores de transportes urbanos, ferrovias, portos, hidrovias, aeroportos, e, ainda, a infraestrutura social como educação e saúde com o propósito de aumentar a qualidade de vida da população. Por isso, no entendimento da instituição, a melhoria da prestação desses serviços tornou-se um dos principais desafios na busca ao desenvolvimento.

Cumprе salientar que para a economia de um país a infraestrutura é fundamental para atender às mudanças decorrentes do mercado no âmbito econômico ou/e social, conforme os estudos realizados pelo Banco Mundial. Nesse contexto, a escolha política em alocar recursos em longo prazo mostra-se de extrema importância em detrimento aos interesses individuais de gastos públicos, ao contrário da decisão de investir em estruturas visíveis dos pretensos eleitores em curto prazo.

finalidade a redução da pobreza através de créditos e subsídios para melhoria das condições de vida; 3) Corporação de Finanças Internacional (IFC) tem como proposta investir no setor privado com a finalidade de impulsionar as empresas a novos mercados, além de apoiar por meio de consultorias aos governos locais na implantação de Parcerias Público Privadas em infraestrutura e meio ambiente, no caso do Brasil, a IFC já investiu US\$ 18, 4 bilhões, principalmente no Nordeste e Amazônia; 4) Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA) tem como proposta assegurar investimentos e atrair seguros privados em negócios de colaboração entre público e privado com a finalidade de proteger investimentos estrangeiro nos países em desenvolvimento de eventuais riscos, especialmente de risco político; 5) Centro Internacional de Conciliação e Arbitragem de Disputas Internacionais de Investimentos (ICSID), sendo considerada uma instituição de arbitragem internacional para solucionar controvérsias entre investidor-Estado e outros Estado. WORLD BANK. About (English). Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/about>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

¹⁷⁷ O Banco Mundial a partir de 1978 continua a emitir relatórios anuais interligados ao desenvolvimento dos países e suas interrelações com temas específicos, sendo estes considerados um indicador das tendências em economia do desenvolvimento.

¹⁷⁸ YUSUF, Shahid. *Development Economics through the Decades: a critical look at thirty years of the world development report*, World Bank, 2008.

¹⁷⁹ WORLD BANK. *World Development Report 1994... Op. cit.*

O relatório ainda destacou o desafio de financiamento em infraestrutura uma vez que os riscos de investimentos eram de custos elevadíssimos e de longa duração, em contrapartida o fluxo de receita não ocorreu na mesma proporção. Nesse contexto, o Banco Mundial já indicava a direção de financiamento público de maneira complementar as receitas obtidas pelos usuários que não apresentam suficientes para o retorno dos investimentos.

Outrossim, segundo o Banco Mundial, o papel dominante do setor público em infraestrutura advém das seguintes razões: i) O reconhecimento da importância política e econômica da infraestrutura; ii) Os problemas de modernização em tecnologias que seriam atendidos pelos governos; e, iii) Os governos acreditavam ter sucesso no lugar em que os mercados falhassem. Desse modo, identifica-se que a atuação do setor público em investimento em infraestrutura é, de certa forma, ineficiente, pois os estudos apontam uma má alocação “grave e generalizada” de recursos, além de não atenderem satisfatoriamente as demandas com desempenhos eficientes¹⁸⁰.

No entanto, o engajamento do Banco Mundial nesse processo teve, sutilmente, o combate à pobreza, bem como o acesso a serviços de infraestrutura que possibilitaram agregar valores. Nesse mesmo sentido, o próprio Banco enfatizou a contraprestação financeira dos serviços colocados à população de baixa renda, deste modo, afastando o patrimonialismo estatal. Assim, percebe-se um enaltecimento ao funcionamento do mercado pelo setor privado em prestações de bens ou serviços, além de relacionar as características das atividades e das formas de fornecimento dos serviços públicos.

O indicador para atender a demanda em infraestrutura consiste na eficiência do desempenho de execução, manutenção, gestão dos recursos qualidade em atendimento e de acesso a camada mais desprovida de recursos aos serviços de infraestruturas. A própria instituição reconhece a influência de suas pesquisas no desenvolvimento da disseminação do pensamento¹⁸¹ de novas práticas no atendimento por serviços públicos que possam melhorar as comunidades. Ainda, acentua-se uma ênfase em estratégias operacionais de serviços públicos por meio de parcerias entre o público e o privado.

Diante disso, o Grupo do Banco Mundial promove e elabora estratégias em relação ao desenvolvimento de programas e de projetos de parcerias público privadas por meio de instrumentos e mecanismos de assistência técnica, bem como oferece oportunidades de

¹⁸⁰ WORLD BANK. World Development Report 1994... *Op. cit.*

¹⁸¹ O Banco Mundial redefiniu seu papel como “Banco de Conhecimento” por meio de pesquisas para produção de novos conhecimentos, com ferramentas literárias e produções de propagação de suas ideias em seminários e treinamentos ao redor do mundo. WORLD BANK. *Research Report 2012*. Research at Work: assessing the influence of World Bank research. Development Economics, 2012.

financiamento, possibilitando garantias aos possíveis riscos creditícios. Segundo Paul Lignières¹⁸², o Banco Mundial tem implementado uma política de promoção nos países ao redor do mundo com o objetivo de tornar mutuários do negócio. Por conseguinte, identifica-se um aparato de intenções e de influências que visam estratégias de mercado e o afastamento do Estado da assunção direta da prestação de serviços públicos.

3.1.1.2 União Europeia

No âmbito da União Europeia, a cooperação entre o setor público e o privado encaminhou-se à inovação de contratação pública com o objetivo de desenvolvimento em infraestruturas em atividades econômicas. Os Estados Membros visaram a se beneficiar da reforma e da modernização, como também para aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, visto que havia uma limitação de recursos públicos para cobrir os gastos com os empreendimentos pretendidos,¹⁸³.

Em decorrência disso, as parcerias público privadas impulsaram o necessário para as pretensões dos Estados –Membros da Comunidade Europeia . Além do mais, a Comissão Europeia¹⁸⁴ identificou quatro direções complementares para o setor privado, o qual participaria na provisão de infraestrutura e serviços públicos sob o regime de parcerias público privadas para fornecer, e, no final, proporcionar:

- Capital adicional;
- Uma gestão alternativa e habilidades de implementação;
- Um valor acrescentado para o consumidor e ao público em geral;
- Uma melhor identificação das necessidades e utilização eficiente dos recursos.

A UE reconheceu a complexidade do instituto das parcerias público privadas que compreende uma contratação de longo prazo, abrangendo projeto, construção, implementação, operação, manutenção e gerenciamento. Em vista disso, despontou uma necessidade de evidenciar o que se agregará ao conjunto do empreendimento, em comparação com os outros instrumentos de contratação, tanto ao Estado quanto aos usuários.

¹⁸² LIGNIÈRES, Paul. *Partenariats public-privé*. 2. ed. Paris: Litec, 2005.

¹⁸³ EUROPEAN COMMISSION (União Europeia). *DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*. Brussels: DG Regional Policy, 2003.

¹⁸⁴ *Id. Ibid.*

Nesse tipo abrangente de contratação surgiu a necessidade de um enquadramento específico do direito comunitário para regulamentação da contratação pública, pois havia uma preocupação com domínio dos mercados públicos e da operacionalidade das parcerias público privadas no seio da UE em observância de liberdades de circulação, diretrizes, normas e das regras de competição.

As disposições directivas foram consideradas como um meio eficaz de concretizar um mercado único, visto que as empresas de outros Estados membros poderiam oferecer seus serviços. Neste caso, haveria a possibilidade de ocorrer certa rejeição à contratação de empresas estrangeiras as quais tinham uma longa tradição nestas espécies de serviços. Além disso, existia uma influência política em detrimento das econômicas por ocasião dessas escolhas, pois seriam um dos meios de implementar concretamente os princípios do Tratado de Roma¹⁸⁵, tais como a liberdade de circulação, o princípio da concorrência e a não-discriminação da nacionalidade¹⁸⁶.

A UE confrontou-se com duas dimensões normativas, de um lado, o direito comunitário, e, de outro lado, a autonomia dos Estados Membros¹⁸⁷, posto que causaria um impacto econômico relativamente à ténue desta política. Destarte, a Comissão Europeia decidiu elaborar o *Livro Verde – Os Contratos Públicos na União Européia*, apresentando pontos de reflexão para o futuro com o objetivo de: i) política da UE sobre os contratos públicos; ii) a efetivação da legislação; iii) acesso ao mercado de contratação pública; e, iv) interação entre a política de contratos públicos e políticas comunitárias.

Cabe destacar que as regras tinham um direcionamento de buscar melhorias na aplicação dos recursos públicos e de enfatizar a qualidade *versus* preços dos serviços, isto é, a eficiência estava presente como fator determinante. A inserção das PPPs no bojo dos serviços públicos demonstrou uma real necessidade de regulamentar e/ou disciplinar os mercados públicos. No mesmo sentido, o Banco Mundial também exercia esse tipo de posição, isto é, instituiu regras específicas àqueles que precisavam de financiamentos para projetos neste formato. No cerne dessas mudanças, encontravam-se as novas práticas e a realidade do

¹⁸⁵ O Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), assinado em Roma, em 1957, congregando a França, Alemanha, Itália e os países do Benelux (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) com objetivo a integração através das trocas comerciais, tendo em vista a expansão econômica. O Tratado CEE prevê a criação de um mercado comum, de uma união aduaneira e de políticas comuns. UNIÃO EUROPEIA. Sínteses da Legislação da União Europeia: Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (Português PT). Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

¹⁸⁶ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olha Português*. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁸⁷ LIGNIÈRES, Paul. *Op. cit.*

mercado com vista à regulamentação das parcerias público privadas, pois esta posição se coaduna com o papel de fomento e de uma organização de desenvolvimento dos Estados.

A União Europeia e os Estados Membros assumiram uma posição no processo dos novos mercados públicos com suas responsabilidades e seus papéis, ao criarem um ambiente cooperativo de concorrência e de ganhos advindos das empresas privadas. Este intuito iniciou-se com a política dos contratos públicos para tornar efetiva a liberdade de prestação de serviços, acarretando, conseqüentemente, no fortalecimento do mercado interno, embora se constataste certa resistência às directivas e aos fornecedores de outros Estados¹⁸⁸.

Segundo o pensamento de Maria João Estorninho¹⁸⁹, ocorreu não somente uma *europeização* do regime jurídico da contratação pública, mas também uma influência maciça de regras internacionais, ao permitir uma abertura de mercado para atrair parceiros internacionais em suas relações econômicas. A crítica de Maria João Estorninho pontua-se na impossibilidade da prevalência do direito interno dos Estados do fenômeno da globalização jurídica.

Nesse compasso, as directivas tornaram-se o instrumento fundamental para garantir a aplicação do direito nos contratos públicos. No âmago dessas transformações surge o *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas* e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e de Concessões¹⁹⁰. A Comissão Europeia não apresentou um quadro jurídico específico das PPPs na ocasião em que instituiu o Livro Verde o qual “propõe analisar se o Tratado e o seu direito derivado constituem instrumentos adequados e suficientes face aos especiais desafios colocados pelas PPP”¹⁹¹.

O quadro inovador de aplicação das Directivas Comunitárias impulsionou os Estados, que deixaram a função de agente executor e passaram a ser garantidor e fiscalizador, ao redescobrimento do instituto das concessões. Diante disso, as parcerias público privadas enfatizaram as propostas de riscos entre as entidades envolvidas, além do envolvimento de financiamento complexos, *project finance* ¹⁹², e a conjugação de outros contratos envolvidos de concessão.

¹⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde* . Os Contratos Públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro, 1996.

¹⁸⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*

¹⁹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *Sínteses da Legislação da União Europeia: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT)* , 2004. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹⁹¹ *Id. ibid.*

¹⁹² É uma forma de projetos de capital de financiamentos que depende, para a sua segurança sobre o fluxo de caixa esperado do projeto em si, em vez de garantias do mutuário ou de terceiros. GRIMSEY, Darrin;

Por conseguinte, o Livro Verde influenciou, de maneira abrangente, nas formatações das PPPs ao redor do mundo, e ao mesmo tempo, influenciado pela política adotada pelo Reino Unido através da *Public Private Partnerships*, além de projetar uma definição a nível comunitário. Outrossim, o Livro expressa o indicativo de PPP como condicionante à cooperação entre as autoridades públicas e as empresas privadas, as quais possam estar engajados no financiamento, na construção, na gestão e/ou na manutenção de infraestrutura e/ou na prestação de serviço.

3.2 AMBIENTE BRASILEIRO: A INSTITUIÇÃO DAS PPPS

No contexto jurídico brasileiro, as PPPs surgiram caracterizadas de um novo impulso legislativo para alavancar o desenvolvimento em áreas de investimentos sustentáveis que necessitavam de operação e de gestão típicas do setor empresarial. O escopo principal normativo enfatizou a participação empresarial como fator preponderante para investimentos em setores como rodovias, saúde, transporte, aeroportos, portos, irrigação-agricultura, presídios, estádios para eventos esportivos, esgotamento sanitário, serviços administrativos e entre outros. Ademais, os recursos decorrentes seriam advindos do setor privado, consequentemente, podendo haver melhor gerenciamento da aplicação desses recursos.

O discurso para adoção do modelo de parcerias público privadas teve uma influência do fenômeno da globalização e da necessidade de inserção no mercado internacional. O fenômeno da globalização trouxe um ambiente de complexidade para as atividades econômicas de serviços públicos, de elementos paradigmáticos em diferentes concepções que se interage, possibilitando a construção de caracteres, conceitos e abordagens múltiplas para o *design* de parcerias público privadas. Esse fenômeno trouxe enraizado o “além de fronteiras”, em que a ordem jurídica nacional se tornou vulnerável devido às inserções alienígenas e, consequentemente, ao ambiente da prestação de serviços públicos.

Essas consequências foram advindas dos efeitos da globalização, que emergiram da concepção do poder aplicado à lei, que a identificou em termos transversais, em um cenário de prestação de atividades de serviços públicos, afetando a relação poder público e privado. Essa transversalidade combinada com as oportunidades e mudanças do cenário global afeta o binômio público e privado, uma vez que esse desdobramento aconteceu por causa do papel do

LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships: the worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2004. A estrutura financeira do *Project Finance* pode ser definida como uma operação integrada, na qual as partes financiadoras do projeto procuram receitas a serem geradas a partir da operação ou expansão do empreendimento, com vistas à amortização do investimento feito. RODRIGUES JÚNIOR, Waldery. A participação privada no investimento em infraestrutura e o papel do Project Finance. *Texto para Discussão n. 495*, Brasília: IPEA, jul., 1997, p. 13.

Estado que vem se transformando ao longo do tempo. Essa mudança trouxe uma compreensibilidade da interação dos poderes, Estado e mercado, pois na concepção empresarial, diante das forças globais, os Estados mostram-se mais frágeis ou vulneráveis¹⁹³.

O Estado do Bem-Estar não alcançou a velocidade das necessidades da sociedade e nem conseguiu assumir todas as esferas empresariais. Assim, ocorreu o inevitável, a crise fiscal em nível global, revelando que não há isolamento dos efeitos da economia e atinge países ricos e pobres. Todavia, o discurso de escassez de recursos pelos Estados tem sido alarmante, além de intensificar as mudanças globais de ideologias econômicas e uma deportação de modelos de legislações que atravessam fronteiras sem mensurar os sistemas jurídicos.

Nas últimas décadas, a história econômica e política sofreram modificações, provocando rupturas em instrumentos jurídicos do direito administrativo, como a concepção de serviços públicos¹⁹⁴. Segundo Carlos Ari Sundfeld¹⁹⁵, os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais as quais se tornam particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos transmutações.

A prestação de serviços por particulares, diante de uma estrutura jurídica formalística, mostra-se controverso, pois essa interação contribui com a necessidade institucional, sem, contudo, não ultrapassar a tradição jurídica do direito público brasileiro em razão de interesses complexos.

A outorga da concessão representa uma escolha pública acerca do desempenho dos serviços públicos, que abrangem regras concernentes à iniciativa privada e ao Estado, os quais prestam os serviços, no âmbito econômico e no atendimento à comunidade,¹⁹⁶. Embora exercida pelo privado, a prestação dos serviços públicos permeia, sob a contemplação do direito público, os pontuais ascendências de estratégias de mercado de conotações privatistas.

¹⁹³ MCGREW, Anthony. Globalization and Global Politics. In: BAYLIST, John; SMITH, Steve. *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*. Disponível em: <https://business.blackwell.co.uk/extracts/9780199297771_baylis.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

¹⁹⁴ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Los Servicios Públicos: vicisitudes y fundamentos de um tema jurídico inconcluso e impreciso. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios em homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II, Madrid: Civitas, S.A., 2003.

¹⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. In: _____; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 161.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

Esse efeito revalorizado da concessão de serviço público se afirmou pela edição da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Este normativo constituiu um marco dos Direitos das Concessões com propostas de modernização dos serviços públicos consubstanciado em uma linguagem de serviço adequado e modicidade das tarifas, em que o poder concedente remunera o concessionário por meio de tarifas, e, quando envolver obras, estas serão retribuídas mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Nesse sentido, as outorgas de concessões e de permissões disciplinam outras áreas abarcadas pelo instituto da Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995, como vias federais, exploração de obras e serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, estações aduaneiras e serviços postais.

Cabe ressaltar que os arranjos linguísticos de mecanismos de mercado de investimentos em direção ao concessionário decorrem da abertura de atividades diversas custeadas por meio de recursos privados que devem ser alocados em empreendimentos estruturantes.

Em razão disso, o regime de concessões, diferente do regime das concessões comuns, incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada como um contrato administrativo de concessão. Em sede de adequação à realidade das operações, a alteração da Lei de PPPs ocorreu por meio da Lei n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012, no âmbito tributário, referente ao aporte de recurso a uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) em contrato de PPP, além de promover a proteção ao parceiro privado quanto à eventual inadimplência do Governo no pagamento das contraprestações pecuniárias, com finalidade de aprimorar o Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas (FGP) e de aumentar o limite do comprometimento das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das PPPs.

A legislação parceria público privada aponta outras modalidades de concessões, além da patrocinada e administrativa, a comum ou de obras públicas regidas pela Lei n. 8.987/95, e outras concessões definidas e reconhecidas pela contraprestação pecuniária do público ao privado. Como resultado desses desdobramentos legislativos, os serviços públicos e infraestruturas públicas podem ser divididos entre duas concepções: as concessões comuns baseadas em sistema de concessões por conta e risco do concessionário, além de não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e sem compartilhamentos de riscos e ganhos; e, as parcerias público privadas baseadas em contratos de concessão, não

alcançadas pela concessão comum, em que a infraestrutura ou serviços são realizados pelo parceiro privado, inclusive o projeto.

Isto mostra como a forma da lei pode ser moldada aos interesses de Poder, e, desta maneira, opera num *vacuum* quando permite espaços relativamente abertos de uma globalização¹⁹⁷.

A globalização afeta o Poder de várias formas, o qual estruturam uma lei, uma vez que “[a] lei, entretanto, tem particularmente uma relação de poder complexa”¹⁹⁸. Em vista disso, o ambiente muda com o alcance da globalização, bem como na substancia da lei. Segundo Frank J. Garcia¹⁹⁹, a lei é inerentemente reativa e conservadora, isto é, responde às mudanças, que afetam e provocam adaptações nas leis, deste modo, as respostas são feitas através de novas regras, institutos jurídicos, práticas e procedimentos. Desta feita, o papel conferido por lei não se limita a acomodar e a proteger os mais vulneráveis, social e economicamente, como também serve de poder para moldá-lo para formas social e economicamente produtivas²⁰⁰. Essa observação analisa o papel da Lei de PPPs que afetou o instituto jurídico da concessão em sua natureza, bem como o arranjo jurídico contratual, por isso, a necessidade de *ius novum*.

O Brasil enalteceu as parcerias público privadas por meio de regra jurídica específica, traduzida em contratos públicos, adotando o instituto de concessões sem aderir à legislação anteriormente aplicada na concessão e na permissão de serviços públicos.

O sistema jurídico brasileiro permite a adoção de institutos de contratualização administrativa por meio de previsão legislativa. Nesse sentido é relevante investigar se a adoção jurídica de parcerias público privadas possa restringir ou promover uma abrangência de desenvolvimento em infraestrutura e serviços pelo período de tempo de até 35 (trinta e cinco) anos.

O Governo brasileiro na busca em atrair o mercado estrangeiro às intenções de investimentos com a finalidade de reafirmar as necessidades de programas de desenvolvimento por meio de concessões em infraestruturas pelo período de 2011 a 2015,

¹⁹⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. Filling Power Vacuums in the New Global Legal Order. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, Rev. 919, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/4/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹⁹⁸ GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, Rev. 903, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹⁹⁹ *Id. ibid.*

²⁰⁰ *Id. ibid.*

perfazendo um total de R\$ 330,2 bilhões²⁰¹. Esses investimentos devem visar melhorias aos cidadãos em duas dimensões com serviços de: qualidade e eficiência. Essas dimensões lastreiam as bases empreendedoras de experiências do setor privado em projetos de infraestruturas.

Percebe-se que há uma evolução na gestão governamental com as parcerias público privadas assumida pelo próprio Estado, principalmente, no que diz respeito à influência política, à previsão através de matriz de custos, aos benefícios dos serviços e à inovação tecnológica.

3.3 UMA ABORDAGEM DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM DIREÇÃO AS PPPs

A doutrina administrativa contemporânea argumenta sobre a definição²⁰² de serviço público, mas, ainda, permanece inconclusa²⁰³ um consenso doutrinário e jurisprudencial de forma linear, apesar da importância para o direito administrativo diante da reordenação da ordem econômica. A idealização de serviço público não compõe um entendimento unívoco, por isso, a tendência diferenciadora de elaborações e aplicações em diversos momentos históricos com finalidades distintas, contanto que haja a renovação de certos setores de atividades socioeconômicas, a órbita do poder público sofrerá manipulação de forma sistemática através de uma concepção técnica de serviço público²⁰⁴.

Segundo Vitor Rhein Schirato²⁰⁵, a inserção da noção de serviço público no ambiente brasileiro surgiu rodeados de idealizações francesas a partir da década de trinta com ênfase na inclusão dos serviços públicos ao complexo de atribuições conferidas ao Estado. Este modelo proposto ao ordenamento jurídico brasileiro adotou as teorias de Gaston Jèze, em que o

²⁰¹ O Ministro da Fazenda, Guido Mantega, distribui os investimentos em termos financeiros (R\$) da seguinte maneira: energia elétrica – 148,1 bi; aeroportos – 34,9 bi; ferrovias – 91 bi; rodovias – 42 bi; portos – 54,2 bi. BRASIL. Ministério da Fazenda. A economia brasileira e oportunidades de investimento. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/apresentacoes/2013/apresentacao-do-ministro-guido-mantega-a-economia-brasileira-e-oportunidades-de-investimento/view>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

²⁰² Segundo Jacintho Arruda Câmara, há uma importância entre adotar a terminologia conceito e definição. No seu entendimento “definição” significa a representação de um conceito, ou seja, a descrição dos elementos conceituais que, para o autor, figura como um dos mais relevantes e identificador do objeto a ser definido. Já o “conceito” revela o conjunto de elementos que integram o objeto a ser analisado. O *conceito*, em si, não exprime redução alguma das propriedades referentes a um dado objeto; nesse sentido, constitui tudo o que este objeto representa. (itálico no original). (CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22).

²⁰³ CASSESE, Sabino. Prólogo. In: SALOMONI, Jorge Luís. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Vilella, 1999.; Cf. GASPAR, Ariño Ortíz; CUÉTARA, Juan Miguel de la; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 1997.

²⁰⁴ FARRERES, Germán José Fernandez. El concepto de servicio público y su funcionalidade en el Derecho Administrativo de la nueva economía. Dialnet. Justiça administrativa: Revista de derecho administrativo, Espanha, n. 18, 2003, p. 7-21. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=630872>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

²⁰⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. São Paulo, 2011, 295f. Tese (Doutoramento em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

regime, para os serviços públicos, seria o de direito público, munidos de prerrogativas ao Estado como prestador e aos seus delegatários.

A dificuldade da conceituação de serviços públicos está na “vinculação à problemática das finalidades do Estado”²⁰⁶ em face de uma transcendência da realidade conferidas por modificações determinantes da atuação estatal. Essa discussão, em volta da concepção²⁰⁷, não será objeto central da pesquisa, apenas relacioná-la à abrangência das atividades consideradas serviços públicos²⁰⁸ vinculados à assunção de concessão comum e das parcerias público privadas.

No decorrer da história, a evolução das reformas influenciaram as finalidades administrativas, que contribuiu para o desenvolvimento das atividades do Estado. Entretanto, caso surgisse nova atividade do Estado caberia a Administração desenvolvê-la, consoante sugere Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰⁹ que o Estado de Direito não deveria limitar, tão somente, a lei, mas ser mais flexível.

O Estado que, diante das complexas tarefas, precisa instrumentalizar a Administração Pública através de novos instrumentos de ação, dentre os quais: os serviços públicos. Esses considerados necessários para atender às demandas da sociedade por meio de delegação a terceiros ou pela própria Administração. No caso de execução, o direito

²⁰⁶ RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. *Revista de Direito Público*. n. 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 1981, p.130.

²⁰⁷ As controvérsias dos juristas sobre problemas de conceitos e classificações de serviços públicos são abordadas, ao tratar de questões de fato, não no sentido em declinar a uma “falsa” classificação ou resultado, mas pleitear uma substituta como uma verdadeira, uma vez que existem duas maneiras excludentes de reproduzir com outras palavras, certas divisões e subdivisões, que estariam na “natureza das coisas”. Acentua Genaro R Carrió que “as classificações não são, nem verdadeiras, nem falsas, são funcionais ou inúteis; suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse que guia quem as formula, e a sua fecundidade para apresentar uma área de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica das consequências práticas desejadas pelo autor que as elabora”. Desta maneira, a conclusão de Genaro R Carrió é de que “sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para se decidir por uma delas é dado apenas por critérios de conveniência científica, didática ou prática. (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Penot, 1990. p. 98/99).

²⁰⁸ No entendimento de Celso Bandeira de Mello, a expressão serviços (numa concepção de serviços públicos) é utilizada em sentido natural e não técnico-jurídico para fins de nomear atividades industriais ou comerciais, que o Estado desempenha sob o regime de direito privado por se constituírem em exploração de atividade econômica, reservada a sua exploração à iniciativa privada, em consonância com o art. 173 da Constituição Federal de 1988, a qual afirma que somente será permitida a exploração pelo Estado nos casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*: Estudos em homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, S.A., 2003. p. 1871-1879).

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma construção sobre as atividades da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro: Guanabara, v. 20, 1968, p. 130-140. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1215380/DLFE-54620.pdf/REVISTA20130.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

administrativo confere o instrumento da delegação de serviços públicos, especificamente, a concessão de serviços públicos.

Cabe destacar que a teoria clássica dos serviços públicos apresentou os fundamentos básicos com o intuito de compreender a mudança espacial do direito administrativo na atualidade ante a valorização dos elementos econômicos, da inserção da iniciativa privada no campo dos serviços públicos e da interpretação da ciência jurídica por outras ciências, especialmente pela economia.

Na seara constitucional, a especificidade da Ordem Econômica promove o marco institucional dos serviços públicos pela via da concessão com uma finalidade de conciliar e de promover o privado e o público. Desta feita, este trabalho adotará o sentido da definição operacional.

Nesse sentido, os serviços públicos assumem que “todo tipo de atividade estatal correspondente ao direito administrativo e, portanto, à teoria do serviço público”²¹⁰, tais como: transporte, eletricidade, gás, telecomunicações, radiotelevisão, rodovias, portos, pontes, etc. Nesse caso, há uma tendência acentuada de ceder formalmente os principais setores, infraestrutura pública, postos em rede, para fins de reorganizar a economia.

Os serviços anteriormente reservados ao setor público encaminharam em direção a *despublificación*, ou seja, o fenômeno adicionado à privatização do setor público e do setor público empresarial, embora houvesse com menor intervenção pública²¹¹.

Segundo Abelardo Torr ²¹², a no  o tradicional de serviço público é considerada como “toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder público”. Por isso, o desdobramento dessa defini  o assegura que o serviço público viabiliza uma presta  o ou a  o realizada pela Administra  o Pública, incluindo as concess  es.

A teoria clássica dos serviços p  blicos²¹³ permitiu identificar os fundamentos essenciais que conferiram a altivez do Direito Administrativo naquele contexto²¹⁴, para

²¹⁰ SALOMONI, Jorge Luís. *Op. cit.*, p. 24.

²¹¹ FARRERES, Germán José Fernández. El concepto de servicio público y su funcionalidad em el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, Espanha, n. 18, 2003, p. 7-21.

²¹² TORR  , Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 629

²¹³ é sabido que a forma  o jurídica da teoria do serviço público teve o seu nascedouro nas terras francesas, em decorrência dos impactos do livro “*Les responsabilit   de la puissance publique*”, em 1906, pelo Conselheiro de Estado Georges Teissier, que baseava sua narrativa no caso de *l’arrêt Blanco* de 1873. Essa referência remeteu ao pedido de indeniza  o ao juiz do tribunal feito pelo pai de Agnès Blanco, atropelado por um carro da fábrica de tabaco pertencente   Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Em sede de decis  o, o fundamento residia em que “*la responsabilité, qui peut incomber à l’état pour les dommages causés par le*

fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour des rapports de particulier à particulier”, isto é, identificava a responsabilidade suportada pelo Estado por danos causados a terceiros em decorrência da conduta danosa de seus agentes, neste caso, não se podia ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, em sede de decisões de particular para particular. A perspectiva extraída do julgamento não foi tomada como uma decisão política, já que a terminologia adotada de “serviço público” descrevia os serviços de poderes públicos. Esse debate se delimitou ao mundo jurídico, no entanto, 30 (trinta) anos mais tarde, Georges Teissier levantou a questão, o qual considerou o serviço público como um critério de repartição de competência entre os tribunais jurisdicionais e, ao mesmo tempo, delimitou a atuação do tribunal administrativo. Posteriormente, a teoria foi aprimorada pela Escola de Serviço Público ou Bordeaux, tendo a frente Leon Duguit, o qual a sistematizou sobre um plano da filosofia política (*L'Etat n'est pas... une puissance ou commande, une souveraineté : il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants*) e por seus sucessores Roger Bonnard e por Jèze Gaston sobre um plano estritamente jurídico (*Aux dogmes périmés. la jurisprudence du conseil d'Etat a substitué la notion fondamentale - essentielle aujourd'hui - du service public... C'est une révolution véritable. Le service public est aujourd'hui la pierre angulaire du droit administratif français. Cette notion sert à remodeler toutes les institutions du droit public*), que “projetam o serviço público como o duplo padrão de aplicação do direito administrativo e da repartição de competências entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos”. Nesse sentido, considera-se o serviço público como meio de ação, e, ao mesmo tempo, uma atividade de interesse geral gerido por um ente público, portanto sujeito ao direito administrativo e à competência do tribunal administrativo. A concepção desenvolvida por Duguit adota premissas clássicas como: 1. Uma apresentação clássica do Direito do Estado que considera o Direito dos Serviços Públicos o qual não constitui toda a atividade administrativa um princípio de serviço público, como também a atividade administrativa constituída do serviço público propriamente dito. Desta forma, a noção de serviço público passa a ser entendida como “qualquer atividade cujo desempenho deve ser assegurada e controlada pelos governos. A realização dessa atividade é essencial para a criação e desenvolvimento de conexões sociais, e, tal natureza não pode ser completamente realizada apenas através da intervenção da força do governo”.

Segundo Michel Margairaz, essa concepção de Duguit, sob uma nova perspectiva do Estado, trouxe uma noção de que o serviço público representa um conflito entre a expansão e a limitação da influência do poder do Estado. Isso implica numa versão do Estado como gestor de atividades por uma organização administrativa, induzindo ao critério orgânico que vai se tornar dominante, já que é o mais operacional. Dessa maneira, o conceito de serviço público, com base de “interdependência social”, converge em um trabalho sociológico. Esse também é o pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello de que “o conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas os que norteiam ou devem nortear o legislador”, ou seja, representa uma concepção sociológica do que uma jurídica. Na concepção de Gaston Jèze, a sistematização teórica direciona especificamente ao jurídico, conforme a obra “Principes généraux du droit administratif” de 1914, pois relacionava o conceito de serviço público com a finalidade de construir o Direito Administrativo “para os dogmas obsoletos, a jurisprudência do Conselho de Estado substituiu o conceito básico – essencial hoje – serviço público [...] É uma revolução. O utilitário é agora a pedra angular do direito administrativo francês. Este conceito é usado para remodelar todas as instituições de direito público”. No entendimento de Jacques Chevallier, as correções devem ser feitas em relação às análises teóricas da Escola de serviço público visando identificar os critérios orgânicos e materiais, que coincidem parcialmente. Nesse sentido, há no regime de direito público, em primeiro lugar, uma atribuição de que as entidades públicas não suportam todos os casos de um serviço público, pois eles nem sempre recorrem a procedimentos exorbitantes do direito comum, e, em segundo, a correção feita pelos autores é que esses olham para o fato da atual definição de serviço público – o princípio da gestão do serviço público por uma pessoa pública que deve ser singularmente qualificado, no entanto esses autores admitem que a gestão do serviço público pode ser confiada a pessoas que mantêm um status privado. (CHEVALLIER, Jacques. Essai sur la notion juridique de service public. *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, França, 1976, n° 7, p. 136-161. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.; MARGAIRAZ, Michel. Experts et praticiens Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle: d'une configuration histptique à l'autre. *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, França, n° 52-3, v. 3, p. 132-165, 2005.; CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. 3. ed. Paris: Dalooz, 1997. p. 4 e ss apud MARGAIRAZ, Michel. Experts et praticiens Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle: d'une configuration histptique à l'autre. *Revue D'Histoire Moderne et Contemporaine*, França, n° 52-3, v.3, 2005, p. 132-165.; DUGIUT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928 apud CHEVALLIER, Jacques. *Essai sur la notion juridique de service public*. Publications de la faculté de droit d'Amiens, França, 1976, n° 7, p. 136-161. Disponível em:

transportar o âmago dos princípios inerentes. Estes princípios estiveram a cada dia sendo redimensionados pela inserção de conceitos econômicos e da participação da iniciativa privada em negócios de serviços públicos. Isto se justifica em razão do vínculo com o interesse geral do homem social como objeto da ação efetiva do Estado, no âmbito material de propósitos e de finalidades da organização política fundamentados em normas, princípios e regras jurídicas que proporcionam garantias de uma prestação eficiente.

O referencial nessa discussão exprime como elemento instigador o papel da função do Estado²¹⁵ e da sua relação com os particulares em negócios públicos. Por conseguinte, o método de análise proposto da interpretação, traz, inicialmente, o pensamento referencial da base da teoria da gestão dos serviços públicos. Esta teoria vem evoluindo com os novos métodos de gestão, principalmente, a dos serviços públicos por particulares, por diversas formas de concessão de serviço público²¹⁶, de forma que contribua com a necessidade institucional.

<<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.; JÈZE, Gaston. Les principes généraux du droit administratif. Paris: Marcel Giard, 1914 apud CHEVALLIER, Jacques. Essai sur la notion juridique de service public. *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, França, 1976, n° 7, p. 136-161. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014; MARGAIRAZ, Michel. Experts et praticiens Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle: d'une configuration historique à l'autre. *Revue D'Histoire Moderne et Contemporaine*, França, n° 52-3, v.3, p. 132-165, 2005.; FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo. 2013. 431 f. Tese (Doutoramento em Direito do Estado) Universidade Católica de São PAULO, São Paulo. 2013.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008).

²¹⁴ A abordagem de serviços públicos, sob o ponto de reflexão do direito público administrativo clássico, advém da influência direta da convivência humana em suas necessidades e nas suas relações visando à realização dos níveis de satisfação que permitem uma qualidade de vida no âmbito social, político, econômico e cultural. (GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Los Servicios Públicos: vicisitudes y fundamentos de um tema jurídico inconcluso e impreciso. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II, Madrid: Civitas, S.A., 2003. p. 1881-1948. Segundo Jacques Chevallier, a definição originária de serviço público transfere mutações a Administração francesa, pois a tese coincidente entre o status público de gestão e atividade de serviço público não é mais defensável. CHEVALLIER, Jacques. Essai sur la notion juridique de service public. *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, França, 1976, n° 7, p. 136-161. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014).

²¹⁵ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a reestruturação do papel do Estado, em suas relações com a sociedade, acentua o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória condizentes com a nova realidade da sociedade, ou seja, articula interesses diversos numa dada atividade, sendo isso chamado de regulação reflexiva. Nesse caso, o Estado assume a função de mediador de interesses, uma vez que as causas dessas mudanças não são apenas de natureza ideológicas, mas, acentuadamente, de intervenções econômicas e de influências de natureza política e social. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público de Bahia, n. 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO-MARQUES-NETO.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014).

²¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes Queiroz; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

A concepção de serviços públicos surgiu a partir da evolução histórica do Estado, mas não da contribuição de regra ou da lei constitucional. Desta forma, as atividades estatais evoluem paralelamente²¹⁷ e, modernamente, delegam à iniciativa privada. A transformação contundente da noção de serviço público adentrou pelo impacto das privatizações nas empresas estatais, com consequências teóricas das mudanças na ordem econômica, na intervenção estatal sobre a economia e na reserva da titularidade de atividades²¹⁸.

Cabe salientar que o significado da mudança posta pela realidade da gestão dos serviços gera uma incerteza na redefinição da estrutura técnica e jurídica das atividades consideradas públicas, principalmente, diante das amplas atividades delegadas aos particulares, visto que há um Direito Administrativo em evolução²¹⁹, conforme esclarece Dinorá Adelaide Grotti²²⁰ que:

[...] cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano de escolha pública, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Desta feita, a concepção de serviço público interrelaciona com a da econômica conferida ao Estado, sob o ângulo da Ordem Econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que evidencia a importância da livre iniciativa e da delegação por concessão ou permissão e, até mesmo, a participação direta do Estado. Todavia, há uma necessidade de aplicar certo grau de conservadorismo em relação à realidade jurídica através dos conceitos²²¹, sobretudo diante das novas figuras de concessões especiais, patrocinada e administrativa.

As terminologias analisadas, dentro das relações jurídicas, devem observar seus conteúdos, e não se ater estritamente aos fundamentos em que as compõem²²², logo, a importância de extrair a operacionalidade da definição. Neste caso, existe a relevância de verificar o regime jurídico próprio em consonância com a sua unidade e especificidade, visto que o conjunto de regras poderia formar um dado regime jurídico quando se interrelacionar. O conjunto de objetos, em referência à unidade, que forma a categoria jurídica e se submete às

²¹⁷ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *Op. cit.*, p. 1881-1948.

²¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

²¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*

²²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

²²¹ CARRIÓ, Genaro R. *Op. cit.*, p. 98-99.

²²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

regras que irão constituir o seu próprio regime jurídico. Assim, objetos diferentes devem responder à mesma definição para fazer parte de uma mesma categoria jurídica²²³.

No entendimento de Marçal Justen Filho²²⁴, ao interpretar a Constituição Federal, assegura que “o art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas”.

Ainda, segundo Alexandre Santos de ARAGÃO²²⁵, os serviços públicos cabem ao Estado que poderá delegá-los, como também as atividades econômicas monopolizadas; já os serviços públicos sociais, o Estado presta sem excluir a iniciativa privada; e as atividades econômicas deverão ser exploradas pela iniciativa privada.

O conceito empregado por Alexandre Santos de Aragão²²⁶, sob a ótica constitucional, enfatiza uma evolução político-econômica, referente às atividades prestacionais do Estado, que:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

No entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto²²⁷, a produção e o oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico são considerados como concepção restrita de serviço público, alcançadas pelo art. 175 da Constituição Federal, portanto passíveis de exploração econômica. Apesar de reconhecer as transformações nos pressupostos do serviço público, o autor, ainda, considera a “aproximação crescente da noção de serviço público como espécie do gênero atividade econômica”²²⁸. Neste caso, nem todo serviço público (em sentido amplo) pode ser tratado como atividade econômica, visto que, em

²²³ COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*. LGDJ, Paris, 2003 apud SANTOS, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 506.

²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*

²²⁶ *Id. ibid.*

²²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

²²⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2012; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

princípio, a lógica do serviço público é contrária ou, pelo menos, alheia à lógica puramente econômica²²⁹.

O desdobramento da concepção de serviço como gênero da atividade econômica traz algumas implicações relacionadas às formas especiais de concessão de parcerias público privadas, dado que a própria legislação a caracteriza como contrato de estrutura de concessão. Nesse sentido, o instituto de concessão renasce adjetivado diferentemente da abordagem outrora ligado a serviço com exclusividade, revestido de privilégios e de garantias de retorno dos investimentos compatíveis com o lapso temporal de exploração. Posteriormente, a concessão enfatiza a necessidade caracterizadora da competição com a finalidade de obter uma prestação eficiente e preços compatíveis com a realidade. Atualmente, a ampliação da concepção de concessão de serviço público advém da aproximação dos empreendimentos em infraestruturas públicas.

A inserção de concessão de serviço público intitulada de parceria público privada legitima diversas possibilidades de atuação em áreas conferidas pela legislação federal e pelas estaduais. A instrumentalização teleológica visa “assegurar prestações estatais diversas, independentemente do *nomen juris* que se adote – “serviço público” ou semelhantes – e da eficácia que lhes atribua”²³⁰.

Segundo Francisco Cavalcanti²³¹, alguns aspectos como a necessidade de poupar recursos públicos, de garantir a tecnologia adequada e de corrigir a tradicional má gestão de atividades empresariais pelo Estado devem diferenciar daqueles adotados no início do século passado e na formação atual. Destarte, a justificativa de buscar, nos meios jurídicos, instrumentos legislativos, especificamente compromissos prestacionais para o próprio Estado e aos usuários.

Desta maneira, o estreitamento do escopo das atividades do Estado, diante de sua capacidade institucional confere serviços eficientes e de qualidade, haja vista, a delegação em diferentes dimensões relacionada com a finalidade do Estado. Esta relação prestacional direciona a formatação da política tarifária a ser adotada, em cada caso específico de concessão de serviço público, dentro desse arcabouço “deve-se procurar sempre um regime de tarifa socialmente justo, adaptado às condições do consumidor, mas também economicamente razoável, atendendo às exigências relativas ao capital e ao consumidor”²³².

²²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

²³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos... Op.cit.*

²³¹ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.*

²³² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 403.

3.4 A CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As concessões ganharam destaque nos últimos anos, principalmente, no final do século passado e o início do XXI, quando se apregoaram as reformas do Estado ao redor do mundo com fornecimento de serviços públicos pela iniciativa privada, mas, segundo Maria João Estorninho²³³, a ideia de associação do particular à realização do interesse público, por meio da atividade contratual da Administração Pública, possui raízes muito antigas²³⁴.

No Brasil, as prestações dos primeiros serviços públicos ocorreram na época imperial com as ferrovias, como a D. Pedro II, as Estradas de Ferro do Recife, da Província de Pernambuco, da Bahia à Vila de Juazeiro, de Mauá, Santos-Jundiaí e dentre outras, os quais foram explorados pelo instituto de concessões²³⁵. A autorização adveio da Lei Geral n. 641, de 26 de junho de 1852 em que o governo federal podia conceder a construção do caminho de ferro do Rio de Janeiro a Minas Gerais e a São Paulo.

O normativo imperial indicava textualmente a terminologia “concessão” para reportar à autorização de exploração das estradas de ferro seguindo algumas exigências²³⁶:

²³³ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 126-127.

²³⁴ Na Europa, século XIX, configurava um ambiente de grande progresso científico e tecnológico, nesse ambiente se instituiu o contrato de concessão de serviços públicos. Inicialmente, os contratos foram concebidos sob a égide do direito privado que, de certa forma, contemplavam o favorecimento ao contratante privado, permitindo obstáculos de atualização (nesse período a referência era o vapor e a eletricidade) do serviço por exigências de interesse público. Nesse sentido, verificou-se a inadequação do direito privado para dirimir controvérsias entre contratante e contratado em prol dos interesses coletivos, por conseguinte o direito privado não mostrou ser protetor suficiente dos interesses da Administração Pública. Assim, a intervenção do Direito Público mostrou-se oportuna visando à flexibilização da atuação administrativa, diferentemente da atualidade, em que a permissão de uma flexibilidade no âmbito público já desencadeia uma atuação do privado administrativamente. Já nos meados dos anos trinta, do século XX, na transição do Estado Liberal para o Estado Social verificou-se uma acentuada alteração na atividade contratual que iria repercutir nas relações entre o Estado e os administrados perfazendo uma fase de colaboração. Nesse compasso, com o alargamento dos fins do Estado Providência e a presença de prestadores de bens e serviços aos administrados justificavam o crescimento da máquina administrativa, como também dos contratos, numa configuração de privilégios de particulares com a Administração. A construção, a exploração de infraestruturas e obras públicas revelaram uma evolução significativa e uma progressiva substituição de contratos de concessão de obras públicas pela celebração de contratos de empreitada de obras públicas, além das proliferações das concessões de serviço público. ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 126-135.

²³⁵ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.* A obra pública, no curso do século XIX, era objeto predominante nos contratos de concessão, a partir da concessão de obra pública surgiu a concessão de serviço público. (MONTEIRO, Vera. Cristina Caspari. A Caracterização do Contrato de Concessão após a Edição da Lei 11.079/2004. São Paulo, 2009, 226 f. Tese (Doutoramento em Direito do Estado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009, p. 19-20).

²³⁶ BRASIL. Decreto n. 641, de 26 de junho de 1852. Autoriza o Governo para conceder huma ou mais companhias a construção total ou parcial de hum caminho de ferro que, partindo do Município da Côrte, vá terminar nos pontos das Províncias de Minas Gerais e S. Paulo, que mais convenientes forem. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, 26 de junho de 1852. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DPL/DPL641.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

- i) Prazo de exploração não podia exceder a noventa anos;
- ii) O concessionário, companhia empresarial, tinha o direito de desapropriação;
- iii) Recebimentos de incentivos tributários quando houvesse da importação dos objetos para a construção da estrada, bem como do carvão de pedra que a empresa necessitaria;
- iv) Privilégio de exclusividade dentro de um perímetro de cinco léguas de cada lado e na mesma direção, salvo acordo com a Companhia;
- v) Preços tarifários, fixados pelo Governo e organizados pela Companhia, limitados ao custo atual das conduções;
- vi) Proibição de contratação de mão-de-obra escrava.

Cabe enfatizar que o Decreto n. 1.746, de 13 de outubro de 1869 que autorizou a concessão para contratar a construção de portos do Império, além de fixar prazo de acordo com as dificuldades da empresa, mas não podendo exceder 90 (noventa) anos. Posteriormente, a concessão, para obras de melhoramentos do Porto de Santos, fixou o prazo de uso e gozo das obras de 39 (trinta e nove) anos, conforme Decreto n. 9.979, de 12 de julho de 1888.

As concessões possuíam a finalidade de buscar recursos privados para investimentos em infraestrutura, bem como “[...] representavam, no período imperial e no início da República, a mais relevante forma de exploração econômica de serviços de competência estatal”²³⁷. No entanto, a questão dos recursos financeiros já se mostrava insuficientes para financiamento dos programas de grandes investimentos pelas obras públicas e implantação de serviços públicos, como o imposto e o empréstimo²³⁸.

No caso dos impostos, consoante Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³⁹, o custeamento de programas representava uma solução injusta já que o ônus recairia sobre os contribuintes. Já o empréstimo teria impacto sobre o endividamento público, apesar de mostrar mais oportuno em relação aos menores juros e maiores prazos de amortização. Nesse sentido, justificava-se a execução de obras e serviços públicos por terceiros por razões de ordem econômica, política e administrativa, além da exploração do serviço como forma de gestão²⁴⁰, por meio da concessão.

²³⁷ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.*

²³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Possibilidade jurídicas para a captação de recursos para obras e serviços públicos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972 – jun./1973, p. 141-149.

²³⁹ *Id. ibid.*

²⁴⁰ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

Assinala Themístocles Brandão Cavalcanti citado por Carlos Fulgêncio de Cunha Peixoto²⁴¹ que a terminologia “concessão” “designa não somente uma forma de organização e de funcionamento dos serviços públicos, nem um processo particular de execução dos trabalhos ou obras públicas. É empregada para designar certas ocupações privativas do domínio público por particulares [...]” que, por sua vez, em seu sentido técnico, exprime delegação da execução de serviço público²⁴².

A assunção de serviços por particulares ocorreu em decorrência da ampliação do campo de atividades do Estado principalmente econômicas, inseridas em decorrência das vicissitudes ao longo da história de ordem prática. Desta feita, “as idéias políticas e econômicas dominantes na época em que o Estado teve de começar a assumir essas novas tarefas limitaram a opção política na escolha do instrumento adequado ao exercício das suas novas e rudimentares funções de caráter econômico”²⁴³. Ressalte-se que as Constituições brasileiras referendaram o instituto da concessão, tais como: as Constituições de 1934²⁴⁴, 1937²⁴⁵, 1946²⁴⁶, 1967²⁴⁷ e a Emenda Constitucional n. 1/1969²⁴⁸.

²⁴¹ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Concessão de Serviço Público e sua natureza jurídica. Mandado de Segurança contra concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972-jun./1973, p. 141-149.

²⁴² PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Op. cit.*

²⁴³ *Id. ibid.*

²⁴⁴ Art. 5º: “Compete privativamente à União: [...] VIII – explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; [...] § 2º - Os Estados terão preferência para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação”; Art. 135: “A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria”; Art. 136: “As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão: a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais”; Art. 137: “A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços”. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

²⁴⁵ Art. 15: “Compete privativamente à União: VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”; Art. 147: “A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. Parágrafo único. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”; Art. 153: “A lei determinará a porcentagem de empregados brasileiros que devem ser mantido obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão e nas empresas e estabelecimentos de indústria e de comércio”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. *Diário*

Uma vontade política de uma Lei geral de concessões já existia nos anos trinta, mas, nos meados dos anos setenta, o instituto ainda não mostrava a segurança jurídica necessária para garantir a sua instituição nos mais diversos setores²⁴⁹, de forma que a concretização da concessão adveio, na vigência da Constituição Federal de 1988, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁰ que esse processo concessionário se caracterizava pela “venda de ações de empresas estatais ao setor privado, de tal modo que a “mesma” empresa continua concessionária do serviço do serviço, porém sob controle acionário do particular e não mais do Poder Público”. Posteriormente, os diplomas legislativos de concessões foram alterados pelas Leis n. 9.648, de 27 de maio de 1998,

Oficial [da] União, Rio de Janeiro, 19 de novembro de 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

²⁴⁶ Art 5º: “Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um

Estado”; Art. 151: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”; Art. 157: “A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria” BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

²⁴⁷ Art. 8º: “Compete à União: [...] XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território”; Art. 158: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais”; Art. 160: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

²⁴⁸ Art. 167: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da

Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

²⁴⁹ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.*

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 60.

11.196, de 21 de novembro de 2005 e 11.445, de 05 de janeiro de 2007 para adaptar-se a uma nova realidade especialmente aqueles referentes a critérios de julgamento da licitação e a inversão das fases do procedimento licitatório.

Apesar da utilização do vocábulo “concessão” em sentidos diferentes, o direito administrativo pátrio apresenta o escopo de conferir peculiares às figuras jurídicas, seja pela classificação e pela diferenciação. Nesse arcabouço jurídico, na teoria do Direito Administrativo, a expressão tem “os mais variados significados e aplicações diversas, embora seja a mesma usada especialmente em relação à exploração e execução dos serviços públicos”²⁵¹, bem como a prestação de serviços não considerados necessariamente serviços públicos.

No intuito de dirimir as discussões do sentido do termo, conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁵², a concessão se divide em dois tipos fundamentais: translativa ou constitutiva de direito. A concessão translativa de direito corresponde àquela “pela qual o concedente atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventuários de ofício público, ou de construir obra pública [...] ou de prestar serviço público [...]”. Já a concessão constitutiva de direito representa aquela “pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os têm, relativos, por exemplo, à exploração de jazidas e fontes minerais, à utilização de terrenos de cemitérios como túmulos de família, à instalação de indústrias de pescas à margem de rios”.

Desse modo, os tipos de concessão, translativa e constitutiva, conferem uma delimitação contemporânea, assim se destaca:

[a] concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; *são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.*

A concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre *no caso de concessão de uso de bem público, em suas várias modalidades.*

²⁵¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1977. p. 211.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v.1, Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 548-550.

Na concessão translativa, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na concessão constitutiva, derivam do ato de concessão.

O ponto comum, nas duas modalidades, é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição, etc.²⁵³ (sem destaque no original).

Segundo os normativos, no âmbito do ordenamento brasileiro, delineiam as seguintes constituições de concessão²⁵⁴:

1. Concessão comum de serviço público – Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
2. Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública - Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
3. Concessão patrocinada de obras públicas – Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004;
4. Concessão patrocinada de serviços públicos - Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004;
5. Concessão administrativa de prestação de serviços - Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004;
6. Concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem (disciplinada por legislação esparsa)²⁵⁵.

Cabe observar que não houve consenso sobre a concessão de obra em relação à absorção na concessão de serviço público, pois, para Osvaldo Aranha Bandeira de Melo²⁵⁶, “as concessões de obra precederam às de serviços públicos. [...]”. Caso o concessionário executasse a obra pública, então, “ficaria com o direito de cobrar tarifa por seu uso pelos cidadãos, ou seja, prestando os serviços aos quais ela era destinada”.. Posteriormente, “ao fim de certo a obra era revertida poder público sem qualquer despesa adicional, constituindo, portanto, um processo econômico de realização de empreendimento públicos, com o capital de outrem”. Concluindo que “a par da concessão de obras públicas surgia a concessão de serviços públicos”, mas no decorrer do tempo ocorrer a formatação da figura da concessão de serviço público, sendo que “a concessão de obra passou a ocupar a posição de elemento integrante da de serviço público”

²⁵³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 67.

²⁵⁴As concessões envolvidas em parcerias público privadas serão estudadas em tópicos específicos mais adiante.

²⁵⁵Neste caso indicativo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Op. cit.*, p. 67-68.

²⁵⁶BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. *Op. cit.*

Além do mais, o pensamento discordante de Mário Masagão²⁵⁷ de que “a concessão de serviço público pode estar, ou não, subordinada à prévia execução de uma obra. [...] mas isso não modifica, em sua essência, a concessão realizada, a qual é e permanece sempre de serviço público”. O autor acrescenta ainda afirmando que, quando o particular executa uma obra, não sobreviria pela via da concessão, visto que o exercício do serviço público se caracterizaria pela exploração, por conseguinte, inviabilizaria a concessão de obra. Entende, ainda, o autor que a agrupação da denominação de concessão de obra pública é considerada de ordem accidental em virtude da natureza jurídica da concessão.

Hodiernamente, a concessão de obra pública é uma realidade descrita nos normativos pátrios, dado que, independente da delegação de concessão, a execução de obra acompanhada pode consistir da exploração do serviço ou da própria exploração da obra edificada. Neste caso, cabe identificar a forma de remuneração da exploração para não confundir com a contratação de empreitada de obra disciplinada pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993²⁵⁸, já que a contraprestação pode ser assegurada “por meio de contribuição de melhoria instituída pelo poder concedente para remunerar o concessionário ou pela delegação da execução de um serviço público”²⁵⁹.

Todavia, o normativo de concessão de obra pública, Lei n. 8.987/95²⁶⁰, não a disciplinou pormenorizadamente, identificada no art. 2º, inciso III que afirma “[...] mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” e em seguida o art. 4º reafirma “a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública”, além de considerar a concessão de obras já existentes na ocasião em que “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público”, segundo o art. 2º, inciso III.

²⁵⁷ MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 17-21.

²⁵⁸ A empreitada pode ser: 1) por preço global quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; 2) por preço unitário quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; 3) integral quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 132.

²⁶⁰ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

A concessão de serviço público quando há delegação de sua prestação à iniciativa privada, pessoa jurídica ou consórcio, desde que demonstre sua capacidade suficiente em assumir o empreendimento com desempenho traduzido em prestação adequada, além de promover modernidade de tecnologias com a finalidade de melhorias dos serviços por sua conta e risco. No entanto, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública pode ocorrer de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado, mediante a exploração do serviço decorrente.

O regramento constitucional estipula que, entre as espécies de concessão, existe a necessidade por procedimento licitatório na modalidade de concorrência²⁶¹, o qual se justifica a conveniência da outorga e pela especificação do objeto, área e prazo. A finalidade da licitação é respaldada por princípios os quais possam garantir e assegurar a isonomia entre os concorrentes visando à proposta mais vantajosa para a Administração e da promoção do desenvolvimento sustentável, além de considerar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e entre outros. Diante da imperatividade constitucional da licitação, afasta-se a concessão por privilégios no julgamento das propostas dos licitantes²⁶².

No caso do custeio de serviço envolvendo altos custos, a contraprestação direta não é suficiente, pois o poder público pode conferir adicional de retribuições, provenientes de receitas alternativas, complementares e acessórias ou de projetos associados, sem exclusividade ao concessionário, com a finalidade de favorecer a modicidade das tarifas, já que o custeamento dos serviços concedidos envolve interesses mediatos, coletividade, e

²⁶¹ Cabe ressaltar que a Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995 estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, incluindo além da concorrência, a modalidade leilão, nos casos de instalações de transmissão de energia elétrica, conforme art. 17 § 1º da referida lei. Nos casos de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob o controle direto ou indireto da União, para fins de promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, com exceção dos serviços públicos de telecomunicações, proceder-se-ão a licitação na modalidade de leilão para a venda de quantidades de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário, de acordo com o disposto no art. 27, inciso I. Ainda, conforme o dispositivo no art. 29, a modalidade de leilão poderá ser adotada nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas, no Programa Nacional de Desestatização, ainda que não haja a alienação das quotas ou ações representativas de seu controle societário. BRASIL. Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁶² No entendimento histórico de Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, a outorga da concessão, à época da década de cinquenta, era feita por meio de concorrência pública, podendo ser espontânea ou por provocação de interessados. Interessante pontuar o entendimento de concorrência, uma vez que poderia ocorrer entendimentos prévios da Administração Pública com as empresas (ou alguma em particular) sobre a forma da prestação de serviço. A concorrência era dada ampla publicidade, com cumprimento de prazos, em que fixava as condições do serviço a fim de permitir acaso surja algum interessado para apresentar suas propostas. (BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. *Op. cit.*).

imediatos, usuários, portanto a estes cumpre custeá-los mediante o pagamento de taxas ou tarifas²⁶³.

Como visto, as tarifas diferenciam em função de cada atividade relacionada, em conformidade com as características técnicas e os custos específicos em direção aos distintos segmentos de usuários. A relação da modicidade tarifária se concretiza pelo atendimento do serviço concedido adequado que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação²⁶⁴”. Estas alternativas de receitas podem ser consideradas privilégios financeiros positivos e/ou negativos conferidos aos concessionários, sob o ponto de vista de custos empregados de pretendendo a concretização de um atendimento adequado.

3.4.1 Concessão: uma noção jurídica multiforme

A instituição das parcerias público privadas retoma o debate sobre a natureza jurídica da concessão e denomina seus tipos de concessão com natureza contratual, consoante Caio Tácito²⁶⁵ classifica o fenômeno do retorno do pêndulo. Diante disso, o instituto da concessão tem a finalidade de aplicação operacional, em conformidade com a matriz ideológico-jurídica decorrente dos últimos tempos.

É válido considerar as mudanças dimensionais no universo do conhecimento do instituto da concessão, proporcionados pela busca de outra via de exploração e execução de serviços públicos, engajadas numa contemplação de mutações do Direito Administrativo que possui uma basilar dinamicidade das relações econômicas. Esta perspectiva do direito acontece de forma traumática, na maioria das vezes, pois “como fenômeno que é, o direito incrusta-se, inexoravelmente, às tradições do uso da linguagem que lhe serve de suporte em cada dada e específica comunidade. Ele não conhece o real, projeta-se sobre ele para modifica-lo. [...] pois o direito constrói-se, cria sua própria realidade”²⁶⁶.

Apesar de reconhecer que os eventos jurídicos propulsionam a efetividade do direito, percebem-se as dificuldades e a problematização impostas em decorrência dos novos-velhos

²⁶³ BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. *Op. cit.*

²⁶⁴ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁶⁵ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997, p.721-733.

²⁶⁶ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. A Análise Crítica das Definições e Classificações Jurídicas como Instrumento para Compreensão do Direito. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 290 [p. 289-304].

entendimentos²⁶⁷ de institutos arraigados no sistema jurídico de um país, mas, ao mesmo tempo, podem alargar a concepção de construir novos conceitos. A finalidade de identificar os efeitos jurídicos consiste numa linguagem simbólica, a qual não pode ser delimitada numa estrutura modelar, mas a possibilitando em uma abertura que se permita a cada tempo uma nova visão. Neste propósito, compreende-se que “as coisas não mudam de nome; nós é que mudamos o modo de nomear as coisas”²⁶⁸.

No âmbito do direito administrativo, surgem palavras para acomodar diferentes circunstâncias, tais como: (C) Concessão – gênero - do instituto; (CM) concessão comum - gênero exclusivo; (CPPP) concessão de parceria público privada - espécies do gênero ; então, CM também faz parte de CPPP, isto é, a CPPP é uma concessão especial que está enraizada na concessão comum.

Em suma,

Figura 2 - Diagramação das concessões brasileiras



Fonte: Elaboração pela autora com base na legislação brasileira das concessões.

O instrumento é voltado à descrição do direito a partir da construção jurídica advinda de uma classificação posta no direito positivo com a finalidade de definir situações específicas, as quais não devem limitar-se a circunstâncias em acomodar uma solução única. Na concepção de Fernando Vernalha Guimarães, “[...] o exercício de busca pela natureza jurídica deverá nortear-se por um critério de utilidade”, pois, se assim o fizesse, poderia “alcançar uma disciplina já formatada e conhecida que os compreende”²⁶⁹.

No entanto, segundo Eurico Marcos Diniz De Santi²⁷⁰ “[a] utilidade não é critério jurídico. Seja como for, em discurso não-científico é admissível classificar as proposições descritivas verdadeiras como úteis ou inúteis. Mas não sem advertir que o critério da utilidade da classificação é, juridicamente, inútil para a Ciência do Direito”, uma vez que as classificações jurídicas enquadram-se “[n]aquelas construídas no direito positivo” e “as descritas na Ciência do Direito”.

²⁶⁷ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Op. cit.*

²⁶⁸ *Id. ibid.*

²⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 2008. p. 40.

²⁷⁰ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Op. cit.*

Ainda, retoma o debate Fernando Vernalha Guimarães:²⁷¹

Mas seria duvidosa a relevância da prática da investigação da natureza jurídica em muitos casos. Pensar o Direito Positivo (unicamente) a propósito de categorias já existentes impede a absorção plena daquilo que seja de fato algo singular e inédito, amoldando-o forçadamente a categorias já familiarizadas com o pensamento jurídico. Esse viés reprime (artificialmente), em certa medida, a força inovadora do direito. A radicalização dessa prática conduziria a reprimir novos conceitos e institutos produzidos pela evolução do direito.

A ênfase dessa investigação se relaciona com a técnica de analisar além do descrito na lei instituidora para ampliação do pensamento com novos institutos que surgem do decorrer das transformações dos acontecimentos históricos. A precaução de utilizar os novos institutos como um *jogo de linguagem* revela a adoção para outras finalidades e propostas, mas há a necessidade de considerar os fundamentos já elaborados.

Nesse caminho, a natureza jurídica dos institutos busca revelar a “direção que o gênero que alberga a espécie examinada”²⁷², pois a relevância em trazer à baila a concepção terminológica originária da realidade jurídica francesa para rediscutir o processo da concessão que relembra o contrato ou a substituição de certos direitos do Estado em favor de outras pessoas coletivas. Essa realidade, segundo Henri Courivaud²⁷³, resume na descrição do verbo latino “*concedere*”, que traduz em “colocar no lugar de”²⁷⁴. Na concepção francesa, existe uma relação direta entre a ideia de concessão de serviço público e de procedimentos de contratos públicos de obras, fornecimentos e prestação de serviços. Essa interação remete à descrição de uma variedade de contratos públicos consubstanciados pelas delegações de serviço público, inseridos numa lógica econômica e política²⁷⁵.

Ademais, uma argumentação sobre a concepção de concessão tem que:

A concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que impede inclusive aludir “à” concessão, tal como se houvesse conceito único, determinado e padronizado para o instituto. Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa

²⁷¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

²⁷² COURIVAUD, Henri. La concession de service public “à la française” confrontée au droit européen. *Revue Internationale de Droit Économique*, v. 4, XVIII, 2004, p. 395-434.

²⁷³ *Id. ibid.*

²⁷⁴ A título de informação, a palavra concessão na língua alemã “*Konzession*” remete a ideia dos tempos romanos em que havia a prática de contratos perpétuos e de alugueis de instalações e de obras públicas marítimas de grande magnitude. A terminologia envolve realidades jurídicas diferentes, pois se aplica tanto aos contratos de direito público como os de direito privado. No âmbito jurídico público abrange as atividades de construção e operação relativas a transporte rodoviário, ferroviário ou postal, enquanto que no privado inclui a construção e operação de outras redes, eletricidade e gás natural. COURIVAUD, Henri. La concession de service public “à la française” confrontée au droit européen. *Revue Internationale de Droit Économique*, v. 4, XVIII, 2004, p. 395-434.

²⁷⁵ COURIVAUD, Henri. *Op. cit.*

de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos²⁷⁶.

Segundo dissertação de Maria João Estorninho²⁷⁷, a ideia de promover obras e bens, através de empreiteiros e fornecedores particulares, adveio da crença de que poderia obter preços inferiores àqueles praticados pela Administração. A finalidade da colaboração dos particulares tinha a intenção de alcançar o desempenho de atividades de prestação de bens e serviços, dado que a Administração não conseguia atender as tarefas que a tornavam cada vez mais numerosas e variadas.

A substituição da execução direta da Administração por particulares culminou na realização de tarefas de serviço público por meio da concessão, de forma que acarretou a construção de novas infraestruturas, como: linhas férreas, redes de abastecimento de água, sistemas de iluminação pública, comunicações e pela prestação dos respectivos serviços²⁷⁸.

Cabe ressaltar que a intenção “[d]esde o início que a Administração, ao escolher o seu co-contratante, era dominada pela preocupação quase exclusiva de obter o fornecimento, obra ou prestação ao melhor preço”²⁷⁹, no entanto, esse preços foram paulatinamente sendo ofertados, sob a perspectiva do espírito de lucro, com o fim de recuperar os investimentos realizados inicialmente.

Iniciou-se uma nova fase entre Administração e concessionários, a qual houve uma expansão tecnológica e científica, além disso, os contratos precisavam se adaptar às novas realidades. Nesse período do século XIX, na Europa, os contratos de concessão de serviços públicos foram assinados sob a égide do direito privado, criando um ambiente conflituoso, ainda que inclinasse em melhores condições de exploração do serviço, a Administração Pública nada podia fazer em relação ao contrato,

O poder público delega a entidades privadas serviços públicos e a gestão destes, os quais continuam mantendo a sua natureza e regem-se por normas jurídicas próprias, principalmente, nos aspectos de finalidade, função e economicidade²⁸⁰, inseridas no arcabouço de razoabilidade do processo instituidor. Na delegação de um serviço público a titularidade continua sob a guarda do Poder Público, cuja concessão tem por objeto a

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 96.

²⁷⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 125-128.

²⁷⁸ *Id. ibid.*

²⁷⁹ WALINE, Marcel. L'Évolution Récente des Rapports de l'État avec ses Co-Contractants, *Revue du Droit Public*, Paris, 1951 apud ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 130.

²⁸⁰ CAMPOS, Francisco. Concessões ou Contratos para Prestação de Serviços Públicos – Multa Moratória. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 862-867, 1945. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8740/7468>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

execução, nada impedindo a inclusão da gestão, isto é, atribui-se a iniciativa privada a colaboração para desempenhar atividades públicas.

Na tentativa de explicar seu regime jurídico, existem posições teóricas da concessão, tais como: um contrato de direito privado um ato unilateral do Estado e um contrato de direito público.

No primeiro caso, a concepção fundamenta-se no instituto do direito civil, em que a concessão apresenta, de um lado, o Estado, e, de outro, o privado, em fundamentos de dirimir suas relações jurídicas pelas normas da lei civil²⁸¹.

Já no segundo caso, há os que sustentam que a concessão é um ato unilateral do Estado, argumentando no ato de império, pois, segundo Rui Barbosa²⁸²,

Não há dúvida nenhuma que a concessão principia por um ato de autoridade, por um ato de império: esse o seu caráter no tocante à seleção do concessionário e à deliberação das vantagens dos favores, dos privilégios, que se lhe outorgam. Mas, desde que assume regularmente a forma ordinária de uma convenção escrita, com direitos e deveres mútuos, a figura administrativa da concessão desaparece na figura civil do contrato.

Por fim, a concessão como um contrato de direito público apresenta o argumento de que as relações entre o concessionário e a Administração Pública caracterizam pelo nome de contrato, visto que a denominação de um instituto não tem a finalidade central de definir a natureza daquelas relações, mas idealizar uma função prática ou uma comodidade de linguagem à custa de uma classificação geral, incluídas na mesma categoria de espécies similares, porém distintas²⁸³.

Ademais, segundo Francisco Campos²⁸⁴, o reconhecimento do instrumento de concessão como fato essencial pela via do contrato constituía uma categoria à parte, mas, por comodidade de linguagem, chamava-se contrato, pois, “não constitui um contrato em sentido

²⁸¹ Tem como defensor Léon Dugiut que não compreende o contrato fora do ambiente privado, o qual afirmava: “falar de contrato de direito privado e de direito público é falar de coisas que não existem; e, em consequência, não se podem opor, como tampouco, pelas mesmas razões, não se pode falar de atos de gestão e de atos de autoridade, e opor uns aos outros. Existem contratos realizados pelo Estado e atos executados por ele que não são contratos, porém opor os contratos de direito público aos contratos de direito privado é dar aparência jurídica mais ou menos hábil pela qual os detentores do poder têm procurado frequentemente subtrair-se a compromissos regularmente contraídos. É preciso, de uma vez por todas, afastar da linguagem do direito estas expressões: contrato de direito privado e contrato de direito público; e falar apenas de contrato”. DUGIUT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. II, p. 59 citado por PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Concessão de Serviço Público e sua natureza jurídica. Mandado de Segurança contra concessionária. Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972-jun./1973, p. 141-149.

²⁸² BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Ruy Barbosa. Rescisão de Contrato Preservação de uma Obra Pia*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. v. XXVII, Tomo I, 1900. p. 78. Disponível em: <<http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=contrato%20>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

²⁸³ CAMPOS, Francisco. *Op. cit.*

²⁸⁴ *Id. ibid.*

próprio ou contrato propriamente dito”²⁸⁵. Ainda o autor, o instrumento contratual se materializa no instituto da concessão no formato de um regulamento de serviço, que estabelece condições, tarifas, normas de administração, direitos dos usuários, vantagens conferidas aos concessionários em decorrência do capital e dos serviços de natureza técnica e administrativa prestados ao ente público quem lhe delegou tais atribuições.

Cabe enfatizar a importância do pensamento de Francisco Campos de que a concessão pode ser denominada de contrato por simples comodidade de linguagem, no entanto a formação de um contrato necessariamente não exclui a formalização de uma verdadeira regulação de direitos e obrigações consubstanciadas em cláusulas contratuais. Esse entendimento da teoria da concessão como contrato de direito público é condizente com a realidade da manifestação da vontade do poder concedente e do concessionário, cujas cláusulas estipulam uma obrigação, desde que formalizadas por normas gerais, instituídas por lei, as quais estipulem cláusulas no referido instrumento²⁸⁶.

O instituto da concessão se organizou pelo instrumento jurídico do contrato sob a contemplação do direito público, o qual apresentou como fonte doutrinária, a francesa²⁸⁷, uma vez que essa formação contratual identificou peremptoriamente o regime jurídico de maneira instrumental.

Diante disso, Marçal Justen Filho²⁸⁸ eleva a categoria da concessão como mecanismo além de uma “pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado”, pois está inserida a possibilidade de se efetivar valores constitucionais fundamentais por meio de políticas públicas. Por isso, a relevância de sua instituição na *práxis* no âmbito de prestação de serviços públicos.

²⁸⁵ *Id. ibid.*

²⁸⁶ CAVALCANTI, Temístocles. Tratado de Direito Administrativo. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 889/840.; PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Concessão de Serviço Público e sua natureza jurídica. Mandado de Segurança contra concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972-jun./1973, p. 141-149.

²⁸⁷ Marie-Christine Rouault distingue os *marchés publics* dos *contrats de délégation de service public* com base “no critério da remuneração, considerando que nos primeiros o pagamento integral e imediato é feito pela entidade pública e, nos segundos, a remuneração está substancialmente, o que não quer necessariamente dizer maioritariamente, ligada aos resultados da exploração” ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 155-156.

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 58.

3.5 AS CONCESSÕES ESPECIAIS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 reservou ao regime da concessão a exploração da prestação de serviços públicos pelo Poder Público ou iniciativa privada, por meio da intermediação de uma lei que definisse pilares fundamentais do instituto, quais sejam:

- I – o regime das empresas concessionárias de serviços públicos;
- II – o caráter especial do contrato e prorrogação, incluídas as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão;
- III – os direitos dos usuários;
- IV – política tarifária;
- V – a obrigação de manter serviço adequado²⁸⁹.

Entretanto, a própria Constituição não considera, dentro do sistema organizativo, um único modelo do instituto de concessão, mas identifica delineamentos mínimos na configuração quanto da passagem dos serviços à iniciativa privada. Evidentemente, o contrato administrativo tem o destaque organizativo da implementação da concessão de caracteres singulares para os diversos tipos ensejadores da configuração concessionária.

A despeito dessa identificação, cabe ao legislador infraconstitucional a competência do detalhamento referente ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos, e, em relação ao contrato, algumas disposições são consideradas obrigatórias, especialmente:

a) As condições de caducidade dizem respeito à extinção da concessão²⁹⁰ por inadimplemento do concessionário ou inexecução total ou parcial²⁹¹ antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, ou supressão de requisito indispensável à manutenção do contrato.

²⁸⁹De acordo com o Art. 175, da Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹⁰Art. 35: “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. § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. § 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis. § 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei”. BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹¹Art. 38: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; II - a

A caducidade decorre da avaliação de improbabilidade de alcançar os resultados convencionados para o desempenho dos serviços²⁹², a qual possibilita duas vertentes: a punitiva e a preventiva. A natureza sancionatória tem como finalidade impor ao concessionário-infrator um impacto na via de restrição da atuação, com vistas a preservar a ocorrência de certos eventos que venham prejudicar a execução do serviço. Já a natureza preventiva é um instrumento que direciona a busca da concretização da eficiência ao identificar que o objetivo da PPP, por exemplo, não será atingível.

b) As condições de fiscalização²⁹³ apresenta a finalidade de assegurar a prestação de serviço de maneira adequada, visando o cumprimento dos termos acordados no instrumento contratual e nos demais regulamentos. A fiscalização pelo concedente ou pelos órgãos

concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012). § 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais. § 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo. § 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária. § 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária”. BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 594.

²⁹³ Art. 3º: “As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”; Art. 23: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la”; Art. 25: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade”; Art. 30: “No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”; Art. 31: “Incumbe à concessionária: [...] V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”. BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

representantes dessa atuação pacifica o entendimento de que a titularidade pertence ao Estado, pois a delegação diz respeito a exploração. Ademais, a fiscalização envolve a adequação das condições econômicas, técnicas e de qualidade²⁹⁴ com a colaboração da sociedade, que seja instrumental com o propósito de garantir a continuidade e a eficiência da prestação do serviço²⁹⁵.

c) As condições de rescisão da concessão prevista na lei não especifica as hipóteses de extinção, mas indica como espécie. Neste caso, existe a possibilidade de uma rescisão amigável quando não seja mais possível para as partes cumprirem adequadamente o objeto. A rescisão unilateral quando promovida pela Administração Pública deverá ser devidamente justificada e em situações anômala dos contratos administrativos. Já a rescisão da concessão judicial poderá ocorrer quando o contratado busca uma alternativa ao direito de extinção da concessão.

d) As condições de prorrogação do contrato²⁹⁶ não de estar previstas inicialmente no prazo de vigência do contrato, não podendo ser inferior a 5 (cinco) nem superior a 35 (trinta e cinco) anos.

Em relação à política tarifária, esclarece Gustavo Binenbojm²⁹⁷ que “nada – absolutamente nada – no texto e no espírito do artigo 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação dos serviços à população) tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários”. Dessa maneira, a Constituição Federal brasileira não explicita a forma de contraprestação tarifária da concessão, mas aponta a uma “política tarifária”²⁹⁸, disciplinada por lei, conforme dispõe o art. 175 da Constituição Federal de 1988. (CRFB/88).

²⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*: inteligência da Lei n. 8.987/1995. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 323-324.

²⁹⁶ Art. 5º: “As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”. BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹⁸ Podendo ser utilizada, desta forma, como modo de intervenção do Estado no segmento, em função ao resguardo do interesse do usuário, no aspecto socioeconômico, ou seja, é, sem dúvida, um instrumento de política pública.

Cabe considerar ainda que as normas gerais competem a União e as normas suplementares aos Estados, Distrito Federal e Municípios no tocante a licitação²⁹⁹. Regra esta prevista na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93³⁰⁰, ao afirmar que “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, [...]”. Nesse sentido, a Lei n. 8.987/95, Lei do regime de concessões da prestação de serviços públicos, viabiliza suas demandas pelo procedimento licitatório para convocar aqueles interessados em participar do certame visando uma possível contratação, e, no mesmo sentido, a Lei n. 11.079/2004, Lei das Parcerias Público Privadas, enseja sua ação da licitação.

A competência legislativa conjugado pelo art. 175 com o art. 22 da Constituição Federal direciona a formatação da concessão que necessita ser precedida de licitação, posteriormente, ensejar uma contratação. Ressalta ainda o mesmo art. 175 que o regime das empresas concessionárias será exercido pelo contrato, e, o art. 22 dispõe acerca da repartição de competência entre os entes federativos a respeito dessa contratação. No caso específico das terminologias adotadas nesses dispositivos, a referência “contratos” e a “contratação” ensejou a dissertação de Fernando Dias Menezes de Almeida³⁰¹, o qual adverte que no Brasil não há, necessariamente, um rigor na adoção da linguagem jurídica, principalmente do Direito legislado, como também, uma adoção no mesmo sentido usado pelos seus operadores, pois “quanto ao uso de alguma expressão para designar de modo genérico as normas jurídicas geradas a partir de acordos de vontade das partes a elas submetidas, nem mesmo suas diversas espécies”. Essas terminologias para o referido autor possuem conceituações diferenciadas, haja vista “trata-se de constatar o uso, pela Constituição, do vocábulo *contratação*, em lugar de contrato”, já que a “*contratação* é a ação de contratar, enquanto contrato é o objeto dessa ação”³⁰².

²⁹⁹ De acordo com o Art. 22, inciso XXVII. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁰⁰ Art. 1º.: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [...] Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁰¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier, 2012. p. 198-200.

³⁰² *Id. ibid.*

Ainda, para Fernando Dias Menezes de Almeida³⁰³, o impacto dessas diferenciações terminológicas recai, primeiro, sobre os aspectos estruturais dos contratos administrativos e, segundo, sobre as normas procedimentais do ato de contratar. Esta decorrência se inspira na normatização da Lei n. 8.666/93 que emprega a terminologia “contrato” de sentido genérico com o embasamento constitucional da União de editar normas gerais, e, aos demais entes federativos, o papel de legislar concorrentemente as normas específicas.

Seguindo o mesmo raciocínio, no âmbito da competência sobre concessão, Vera Monteiro³⁰⁴ enfatiza que “cabe à União estabelecer os requisitos que, concretizando os princípios constitucionais, legitimam o ato de outorga de uso de bens e prestação de serviços por terceiros”, isto é, a competência da União para legislar sobre concessão não é de forma absoluta, já que perpetra uma lógica inversa da competência legislativa concorrente da União e dos entes federativos, pois a aplicação da concessão não necessita, propriamente dita, da autorização constitucional para adoção de outras possíveis figuras legislativas do gênero do instituto de concessão. A circunstância do dispositivo constitucional refere-se à concessão de serviço público que não invalida a inferência de outras formas de concessão as quais teriam sido vedadas³⁰⁵. Em síntese, a Lei das Concessões, Lei n. 8.987/95, é considerada o marco basilar normativo da concessão a qual não afasta a União de exercer sua competência para inovar, em termos de atividades, sua competência, quanto ao aspecto de diretivas gerais³⁰⁶.

A Lei n. 11.079, 30 de dezembro de 2004 estabelece alternativas institucionais de tipos contratuais através do instituto da concessão, que destaca dois tipos:

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;

Concessão Administrativa: 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 bens³⁰⁷.

³⁰³ *Id. ibid.*

³⁰⁴ MONTEIRO, Vera. Cristina Caspari. *A Caracterização do Contrato de Concessão após a Edição da Lei 11.079/2004*. São Paulo. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. p. 117-124.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 99.

³⁰⁶ MONTEIRO, Vera. Cristina Caspari. *A Caracterização do Contrato de Concessão após a Edição da Lei 11.079/2004*. São Paulo. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. p. 121.

³⁰⁷ Art. 2º da BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014.; combinado com o Art. 2º, Inciso III da BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de

O normativo estipula o cumprimento de valores contratuais que não sejam inferiores a R\$ 20 milhões cujo prazo de vigência não ultrapasse 35 (trinta e cinco) anos e, no mínimo, 5 (cinco) anos. Observa-se que cada tipo de concessão, patrocinada e administrativa, se coaduna com características próprias.

A celebração dos arranjos de parceria público privada pelos órgãos da Administração Direta, fundos especiais, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios assumem o polo de parceiro público, contratante. O parceiro privado, contratado, configura-se pela Sociedade de Propósito Específico³⁰⁸ (SPE) empresa declarada vencedora do procedimento licitatório.

serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁰⁸ Para implantar e gerir o objeto da parceria público-privada, primeiramente, institui-se a Sociedade de Propósito Específico, antes da celebração do contrato. A sociedade poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado. O modelo brasileiro seria a PPP do tipo institucionalizada, de acordo com a concepção do Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias, em que se cria uma entidade entre o parceiro público e o privado, tendo a incumbência de garantir a entrega do objeto para a qual foi instituída em benefício da sociedade. A respeito da governança corporativa, segundo o Código das melhores práticas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 3. ed. São Paulo: IBGC, 2007. É o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal.” Acerca disso, destaca-se que a “cooperação direta entre o parceiro público e o parceiro privado no quadro de uma entidade dotada de personalidade jurídica permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações, que pode adaptar ao longo do tempo, em função das circunstâncias, através da sua presença entre os acionistas e nos órgãos de decisão da entidade comum. Permite igualmente ao parceiro público desenvolver a sua experiência própria da exploração do serviço em causa, com recurso ao apoio de um parceiro privado” COMISSÃO EUROPEIA. *Sínteses da Legislação da União Europeia*: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT), 2004. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014. Na verdade, constitui uma novidade em termos de modelagem para se contratar com o Poder Público, como forma, também, de atrair investimentos e, ao mesmo tempo, de conquistar a confiança dos investidores em relação ao Estado, dentro de um panorama de mudanças empresariais, legislativo e regulatório. Essa espécie de modelagem com sociedade específica para um fim determinado faz com que os órgãos de fiscalização externo e interno do Estado façam um acompanhamento das metas, anteriormente compactuadas nos instrumentos contratuais. E assim, elucida no que se refere à governança corporativa de que “a preocupação da governança corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Origem da Boa Governança*. São Paulo: IBGC, [2007]. Com isso, as PPPs estão adotando, ou melhor, explicitando, reforçando os princípios da transparência dos negócios, da prestação de contas (*accountability*), da equidade e da responsabilidade corporativa. Aponte-se que a legislação também proíbe a Administração Pública de ser titular de maioria do capital votante das Sociedades de Propósito Específico (§ 4º do art. 9º, Lei nº 11.079/04), demonstrando, assim, um menor poder controlador do Estado brasileiro de intervir no ser Poder Público, e, concomitantemente, de adentrar na seara econômica, dando lugar ao privado em gerir negócios públicos, com maior eficiência. Contudo, a criação de uma empresa com objeto específico tem sua previsão consubstanciada na Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, que assim dispõe: Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos

As competências normativas, distribuídas e instituídas, revestem de preceitos jurídicos indeterminados, em searas múltiplas, com aplicabilidade decorrente de normativo infraconstitucional que delimita seu conteúdo³⁰⁹. Nesse caso, os entes autônomos constituem de pluralidades de competências para realizarem o procedimento licitatório, na forma contratual de concessão de serviço público de parceria público privada. Essa configura “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou órgão ou agente do poder público para emitir decisões”³¹⁰, uma vez que o concedente reveste de atribuições próprias em que representa o polo ativo do instrumento contratual, conforme supõe competência do Estado, ou de outras pessoas administrativas para execução do serviço público³¹¹.

A atividade administrativa dos órgãos de competência estabelece hierarquicamente em suas relações, permitindo controle constante da legalidade, da conveniência e da oportunidade quanto aos atos administrativos, por exemplo, no caso concreto, a autoridade competente ao justificar suas razões da escolha pela forma de parceria público privada, seja concessão patrocinada ou concessão administrativa. Esse ato vincula diretamente ao princípio da indisponibilidade do interesse público como pressuposto condicionante à abertura da participação da iniciativa privada, a qual reúne condições técnicas frente às exigências legislativa da Lei n. 11.079/2014.

Cabe destacar que a contraprestação pecuniária é admissível como forma de tarifação da prestação de serviços adotadas nas PPPs, pois, caso não haja contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, a Lei n. 11.079/2004 dispõe que não constitui parceria público privada, e sim concessão comum. O enfoque basilar da técnica da concessão, em relação ao modelo das PPPs, não se reduz ao poder público ou usuário que suportam o encargo da receita

resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014. Com o advento da Lei nº 11.079/2004, a empresa de objeto determinado foi, assim, nominada como Sociedade de Propósito Específico, que é uma *corporate joint venture* ou *incorporate joint venture* em que se cria uma pessoa distinta dos parceiros para a realização da finalidade comum, contemplada no sistema americano. A constituição dessa sociedade para os casos de concessão por meio de parceria público-privada se justifica para separar os capitais, os recursos e as aptidões, sendo seu objetivo voltado unicamente para a aptidão do contrato público celebrado. CARVALHO, Alexandre Pimenta da Rocha. *Project Finance*. 2005. 79f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Milton Campos, Belo Horizonte, 2005.; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Parceria Público-Privada: a superação da dicotomia público-privado na relação contratual quando da repartição do risco e a conformação da Responsabilidade Fiscal*. João Pessoa. 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

³⁰⁹ AGRA, Walber. Repartição de Competência: superposições e conflitos normativos. In: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra el al. (Orgs.) *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*. São Paulo: MP, 2011. p. 219-237.

³¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 455.

³¹¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

do concessionário, mas à forma de estruturação dos ajustes, cuja percepção financeira inerente ao objeto deve propiciar o financiamento de obras e serviços advindos de investimentos privados, recuperados ao longo do tempo pela exploração do negócio³¹².

Na mesma direção, a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 abrange os serviços públicos e as atividades de exploração econômica ou não, e, ainda, aplicada em atividades sociais e educacionais. Os tipos de contratos adotados por parcerias público privadas são expressamente dirigidos àqueles que necessitam de altos investimentos financeiros, pois, de um lado, negócios em infraestruturas públicas autossustentáveis financeiramente, e, de outro lado, os negócios estruturais e administrativos dirigidos ao usuário direto, a própria Administração Pública e ao cidadão.

Por oportuno, em relação ao objeto da contratação, por meio de parcerias público privadas, o legislador ordinário não delimitou os casos específicos pertencentes, isto é, a área de atuação para cada modalidade, patrocinada ou administrativa, deixando ao alvitre do gestor público, em que pese a conveniência e a oportunidade da contratação, desde que as razões sejam devidamente justificadas. Por isso, faz necessária a ponderação na escolha da modalidade em atendimento às normas de gestão fiscal responsável com vistas a atender o desenvolvimento de um determinado segmento em matéria de serviços públicos.

3.5.1 Concessão Patrocinada

A modalidade de concessão de parceria público privada – patrocinada – é um contrato administrativo que envolve uma contraprestação pecuniária advinda de uma estipulação tarifária pela prestação de serviços ou de obras quando envolver a execução, total ou parcial, conservação, manutenção, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público cobrada dos usuários, podendo adicionalmente a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

A concessão patrocinada traz como objeto para indicativo de licitação a concessão de serviço público vinculada à prestação de serviços e outra adicionada à obra pública. A identificação caracterizadora de PPP patrocinada exprime justamente o envolvimento do fator da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, além da alternativa institucional tarifária de cobrança diretamente dos usuários de serviços. Apesar de envolver a concessão de serviços públicos, consubstanciada na Lei n. 8.987/95 – concessão comum – dela se difere da configuração de enquadramento legislativo, pois a contraprestação

³¹² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

pecuniária envolve o diferencial em que não há contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Nesse caso, identificam-se os participantes envolvidos diretamente no processo dessa engenharia concessionária: o concedente, representado pelo ente público, denominado de parceiro público, o concessionário, iniciativa privada, denominado parceiro privado e o usuário. No entanto, aqueles que utilizam diretamente o serviço são chamados de usuários, e, aqueles que usufruem sem necessariamente desprender algum valor pecuniário podem ser denominados de utilitários.

Gustavo Binenbojm³¹³ enfatiza que as justificativas econômicas para a institucionalização das PPPs, em sua modalidade de concessão patrocinada, são:

I) o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o régo cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público em infraestrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado custo Brasil. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que, todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;

II) exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infraestrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário para seduzir os investidores particulares.

Destarte, o tipo jurídico da concessão patrocinada poderá prever: (I) gerenciamento da concessão de serviço público pelo parceiro privado; (II) tarifa cobrada dos usuários; (III) contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado³¹⁴; IV – concessão de obra pública com posterior gerenciamento da concessão de serviço público. Ademais, esse panorama da concessão patrocinada de execução da obra pode vir dissociado da delegação da exploração do serviço público, porém a Lei veda a celebração de contrato ao envolver objeto único.

³¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*

³¹⁴ PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Parceria Público-Privada: a superação da dicotomia público-privado na relação contratual quando da repartição do risco e a conformação da Responsabilidade Fiscal*. João Pessoa. 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

A despeito desses aspectos, a concessão patrocinada não se efetiva segundo a Lei de concessão comum, pois sua aplicabilidade, mesmo subsidiariamente, exige um campo específico de sua normatização. Sobre tal aspecto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹⁵ sugere uma inversão dos institutos, em que a concessão patrocinada seria regida pela Lei n. 8.987/95 em tudo o que não for derogado pela Lei n. 11.079/2004.

No que tange ao objeto da contratação, o autor do projeto possui a peculiaridade em poder participar da execução da obra ou do serviço, diferentemente da Lei n. 8.666/93, que regula licitações e contratos administrativos, o qual não pode participar direta nem indiretamente³¹⁶. Isso se constata através do Procedimento de Manifestação Interesse que altera o formato de apresentação de estudos, investigações, levantamentos, projetos correlatos, obras e investimentos necessários à implementação da concessão. Consequentemente, evidencia-se uma transparência na medida em que o autor apresenta seus estudos em matéria de projeto executivo, mesmo que não venha participar como parceiro-concessionário dessa nova modelagem.

A concessão patrocinada difere da concessão comum em alguns pontos, tais como:

- a) A contraprestação: podendo ser cobrada do parceiro público ao parceiro privado;
- b) Lapso temporal mínimo: limite para implementação de uma PPP - 5 (cinco) anos;
- c) Repartição dos riscos e ganhos entre as partes;
- d) Instituição da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) para fins de assegurar a continuidade da prestação dos serviços³¹⁷.

³¹⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 162.

³¹⁶BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

Art. 9º: “Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica”. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³¹⁷Segundo Fernando Vernalha Guimarães, o objetivo da prescrição em instituir a SPE é livrar a gestão e execução do contrato de PPP da interferência de outros negócios perseguidos pelo parceiro privado e favorecer o controle mais específico sobre o desempenho da parceria. Ademais, o agente financiador pode valer-se de certas prerrogativas (direitos subjetivos) prescritas em Lei. Desta feita, a Lei n. 11.079/2004 em seu § 2º do Art. 5º prever que os contratos poderão adicionalmente: “I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como

3.5.2 Concessão Administrativa

O normativo de concessão da parceria público privada - administrativa - institucionaliza um contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação, sendo aplicada adicionalmente Lei n. 8.987/95 e Lei n. 9.074/95, desde que a contraprestação não se configure a participação do usuário-cidadão.

O parceiro público assume a responsabilidade de assegurar o pagamento dos serviços, independente de quem os utiliza, justificando o objeto do empreendimento que, geralmente, não é autossustentável do ponto de vista de investimentos com retornos financeiros da exploração por tarifas.

Além do mais, as atividades envolvidas podem ser suscitadas no campo de serviços públicos de natureza econômica ou não, e nas que não envolvam as funções de regulação, jurisdicional, do exercício de poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Os serviços da concessão administrativa prestados à coletividade em geral manifestam-se de forma direta, mas a Administração Pública figura como indireta, que ocorre a previsão remuneratória pelo poder público, e como usuária direta quando utiliza e remunera do serviço.

O objeto da concessão administrativa, em ordem da fruição das utilidades, abrange três possibilidades: i) o administrado é individualmente usuário direto da utilidade, porém, em termos de pagamento, a Administração comparece como usuária; ii) a Administração é usuária direta para fins de utilização e pagamento; e iii) a Administração é considerada usuária direta para fins de pagamento e usuária indireta com finalidade de uso propriamente da utilidade³¹⁸.

Cabe ressaltar a figura do usuário que apresenta uma inovação dada pela concessão administrativa. Essa inovação configura uma característica até então exclusiva dos particulares quanto da utilização do serviço. No entanto, a própria Administração passa a ser a

pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas”. Conclui o referido autor que “a instituição desse direito de assunção de controle do financiamento (*step in right*) em hipótese de inadimplemento do parceiro privado (ou do controlador) pode ser uma ferramenta ao barateamento dos custos de financiamento (reduzindo-se os custos transacionais envolvidos na formatura das relações entre controlador e financiador), produzindo-se, na ponta, efeitos benéficos aos usuários do serviço público. BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

³¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*

usuária e ao mesmo tempo concedente, tornando-se uma relação de: 1) concedente equivalente ao poder público; 2) usuário direto, utilitário; usuária indireta, Administração que disponibilizará o reembolso contraprestacional.

O desdobramento dessa relação precisa ser pontuado no aspecto da inovação da inserção do instituto jurídico reformulado do tipo contratual no direito administrativo brasileiro, em relação aos contratos administrativos de serviços comuns regidos pela Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, considerando alguns aspectos dos contratos administrativos:

a) Finalidade mediata em atender às necessidades operacionais da Administração Pública, isto é, atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, enquanto a concessão administrativa tem o escopo mediato a prestação de serviços para prover uma necessidade pública, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens;

b) Período de execução limitado até sessenta meses, e, excepcionalmente estender até mais 12 (doze) meses, desde que justificado o lapso temporal, ao passo que a concessão administrativa contém o tempo de execução previsto no próprio instrumento contratual para que o parceiro privado execute as obrigações convencionadas que não pode ser inferior a 5 (cinco) anos.

c) A execução dentro dos limites dos respectivos créditos orçamentários, logo a concessão administrativa exige a indicação dos recursos orçamentários, sem a reserva orçamentária imediata, que afetará futuramente os exercícios seguintes, determina pela Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que a disponibilidade orçamentária deve ocorrer após da disposição do serviço.

4 CONFIGURAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

O presente capítulo discorre acerca da concessão parceria público privada em uma estrutura de incentivos de serviços públicos, visto que o instituto da concessão tem previsão constitucional, a qual representa a delegação da prestação de parceria entre o setor público e privado como alternativa de atividade de gestão pública de forma instrumental, haja vista a sua função de atender às necessidades coletivas com qualidade e eficiência.

Para compreender essa conjuntura, os fatores conceituais concorrem para implementação das PPPs, especificamente, às perspectivas teóricas das abordagens relativas a projetos de infraestruturas, a cooperação entre os atores público e privado, a contratualização na gestão a longo prazo e a ênfase ideológica entre a privatização e as parcerias público privadas. Os aspectos teóricos embasados em literaturas internacionais e nacionais, uma vez que a finalidade precípua da implantação das PPPs promove a interação entre público e privado pertinente ao Direito Administrativo contemporâneo.

A assunção das parcerias público privadas, nos mais variados serviços, obras e infraestruturas públicas, necessita de uma proposta a que venha definir sua relevância caracterizadora de atividades de serviços públicos, e não, tão-somente, enaltecer sua aplicação como uma nova moda. Nesse propósito, para construir fundamentos da concepção de parcerias público privadas, é importante trazer correntes em relação à literatura prescritiva a partir da perspectiva da assunção das atividades de serviços públicos principalmente infraestruturas públicas pelo setor privado.

A abordagem ideológica de promoção de parcerias público privadas, em relação às características contextuais da privatização, considera os elementos público e privado, no sentido de contribuição e benefícios sem paternalismo entre as partes envolvidas. Cabe ressaltar que a figura de privatização carrega certa rejeição por parte da sociedade com a concepção de que o lucro não pode fazer parte de serviços públicos. Desta forma, evidencia-se uma preocupação das atividades econômicas de serviços públicos a serem executadas pela iniciativa privada, tendo em vista a possibilidade do abuso dos preços que podem ser praticados pelos concessionários.

No tocante a abordagem de gestão a longo prazo, existe uma exaltação operacional do setor privado em termos de eficiência, resultados e de consensualidade num contexto de contraparte de flexibilidade da Administração Pública, de forma que seja demonstrada e operacionalizada pelo Estado. O pensamento de interação público e privado não é totalmente uma novidade, pois, ao longo da história, ocorre tal envolvimento, sem, contudo, afastar a

compreensão dos pontos fortes e fracos que contribuem para a assunção das parcerias público privadas de um movimento pendular.

Portanto, o exame teórico se propõe a dialogar as propostas das PPPs, sob a ótica da conjuntura legislativa brasileira, trazendo abordagens alienígenas pertinentes, uma vez que traz inserções da própria Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 que disciplina as normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada.

4.1 ABORDAGENS TEÓRICAS DAS PPPs

A ideia de parcerias representa um conjunto de diferentes premissas conceituais³¹⁹, uma vez que a nova configuração de empreendimentos em infraestrutura pública entre o Estado e a iniciativa privada suscita questionamentos acerca da conceituação de parcerias público privadas, tendo em vista as mudanças e as circunstâncias de sua implementação nos mais diversos setores de prestação de serviços públicos. Uma das justificativas pela opção de fornecimento privados apresenta como premissa o custo dos serviços, já que os serviços oferecidos pelo Estado não coadunam com a racionalidade dos negócios inseridos numa visão de comprometimento com a qualidade e eficiência.

A implementação do instituto de parcerias público privadas propicia uma nova geração de reforma da gestão pública, adequado à economia contemporânea e aos imperativos de políticas públicas de eficiência e de qualidade³²⁰. As parcerias público privadas são vistas como uma extensão do movimento de privatização de configuração neoliberal para fornecimento de serviços públicos, enfatizados pela visão de mercados privados em detrimento da ação do Estado. Esta visão deve ser ponderada em termos de “linguajar” pejorativo, pois toda mudança importa aportes de oportunidades de inserir caminhos a uma melhor *performance* na prestação de serviços públicos. Graeme Hodge e Carsten Greve³²¹ instigam se não seja uma “oportunidade de se adotar uma nova palavra da moda ou até mesmo reformular as políticas existentes sob um nome atraente”.

Nesse contexto, a mudança do mercado de serviços públicos em infraestruturas influenciou a ascensão das parcerias público privadas, as quais produzem e entregam à população um modelo de financiamento privado e de concepção de parceria³²² de negócios públicos. Esse novo mercado exige um perfil de gestão voltado aos cidadãos, de resultados

³¹⁹ LINDER, Stephen H. Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A grammar of Multiple Meanings. *American Behavioral Scientist*. v. 43, n. 1, set., 1999, p. 35-51.

³²⁰ *Id. Ibid.*

³²¹ GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. Public Private Partnerships. The worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2004. p. 52.

³²² *Id. Ibid.*

por produtividade e metas, de mecanismos com incentivos em serviços com aferição de qualidade e compartilhamento de responsabilidades e de direitos entre o público e o privado, além de uma estrutura contratual complexa.

As parcerias público privadas suscitam contraposições entre mercados e governo: 1) mercados são vistos como eficientes, e o governo não; 2) mercados oferecem escolhas de bens e serviços com qualidade e preços, mas governo não; 3) mercados oferecem competição, entretanto o governo tem o monopólio³²³. Essas concepções advêm da fronteira dos setores público e privado enfatizada pela a assunção dos serviços públicos pela iniciativa privada.

As diferentes configurações elaboradas no formato de PPP relacionam a circunstância de sua efetiva aplicação no campo a ser requerido, tendo vista as normas e o regime jurídico. No entanto, a questão principal é buscar identificar e escolher o tipo apropriado³²⁴ com o planejamento governamental, uma vez que as parcerias promovem uma interação de setores e estratégias governamentais. Algumas abordagens aplicadas as PPP suscitam, ao redor do mundo, propostas que envolvem diferentes atores e atividades no processo de construção dessa relação de parcerias, isto é, o sincronismo do envolvimento dos *stakeholders* numa dimensão espacial e a forma como as atividades são realizadas³²⁵.

Portanto, as perspectivas teóricas relacionadas as PPPs abordam conceitos visando compreender as questões suscitadas a sua conceituação e implementação adotada pela doutrina e legislação brasileira. A terminologia de parcerias público privadas assumiu diversos significados provocando conflitos ideológicos e pragmáticos em áreas diversas de serviços públicos, por isso a cooperação entre os setores, a relação direta em projetos em infraestruturas públicas, a gestão do contrato a longo prazo e a privatização.

³²³ KETTL, Donald F. *Sharing Power: public governance and private markets*. Washington, DC: Brookings, 1993.

³²⁴ MCQUAID, Ronald W. Theory of organizational partnerships: partnership advantages, disadvantages and success factors. In: OSBORNE, Stephen P. (ed.). *The New Public Governance?: emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. Routledge: London, 2000. p. 127-148.

³²⁵ *Id.* The Theory of Partnership – Why have Partnerships. In: OSBORNE (ed.). *Managing public-private partnerships for public services: an international perspective*. London: Routledge, 2000.

4.1.1 Abordagem de projetos de Infraestrutura

O *déficit* de infraestrutura é uma causa a enfrentar, já que uma alternativa para combatê-lo se fundamenta na provisão de infraestrutura pública por meio da instituição das parcerias público privadas³²⁶, visto que há uma necessidade de modernização. Além do mais, a parceria público privada é um das ferramentas de estratégia governamental para atender a necessidade reflexa de infraestruturas do século XXI.

O financiamento privado de infraestrutura pública é uma necessidade pragmática já que os recursos públicos disponíveis estão alocados de maneira ineficiente. Em razão disso, um substancial investimento precisa ser considerado pelo Estado para financiamento em infraestrutura, porém depende de recursos orçamentários, bem como de uma melhor alocação desses recursos, uma vez que o impacto desses investimentos diretamente pelas fontes orçamentárias reflete no endividamento do setor público.

O normativo de PPP traz a finalidade de atender à deficiência de infraestrutura pública do país. Em vista disso, institui uma nova modelagem de concessão, abrangendo a execução de obras públicas ou serviços, prestação de serviços públicos e fornecimento ou instalação de bens. As condições deste instituto exigem valores acima de R\$ 25 (vinte e cinco) milhões e prazo de até 35 (trinta e cinco) anos, e são consideradas uma forma atrativa de investimentos para iniciativa privada.

Nessa seara, é importante entender a terminologia de infraestrutura³²⁷ pública³²⁸ aplicada na vertente de PPP que, geralmente, está atrelada à existência de determinadas construções ou instalações, que vinculam diretamente ao interesse público e a exploração de um serviço público, de forma que o uso geral destinado aos cidadãos e a sua titularidade correspondente a Administração Pública.

³²⁶NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier, 2011. p. 55-57.

³²⁷Para Paolo Urío, a infraestrutura pode ser distinta entre dois domínios: *soft* e *hard*. No *hard*, a infraestrutura refere-se aos recursos e serviços físicos como estradas, energia, habitação, pontes, etc, embora não se destine, diretamente, ao desenvolvimento do capital humano e contribua de forma decisiva para a sua melhoria, além de fornecer à população um equitativo acesso desses recursos. Já no *soft*, a infraestrutura não se destina ao desenvolvimento físico, mas diretamente a melhoria do capital humano, a saber atitudes, conhecimento, habilidades, saúde mental. Nesse caso, o *soft* está vinculado ao domínio educacional, ciência e tecnologia, saúde e redes de segurança, bem como ao social. URIO, Paolo. *Public-Private Partnerships Success and Failures factors for in-transition countries*. New York: University Press of America, 2010. p.42.

³²⁸O uso da terminologia infraestrutura propicia maneiras criativas que podem ocasionar equívocos perante as expressões que, em Direito, carecem de especificações. Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que o exegeta retorne ao conteúdo observado nas leis ou nos atos ao referir às terminologias, porém muitas vezes não encontram os institutos jurídicos relacionados a inteligíveis. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios em homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, S.A., 2003. p. 1871-1879).

Ademais, essa terminologia significa uma construção tangível, abrangendo técnicas avançadas de atividades e tecnológicas. A inovação da definição desse termo se configura uma *rede*, que se encontra conectada a elementos contínuos³²⁹ ou descontínuos³³⁰, intercambiáveis³³¹ ou únicas³³². Desta forma, não se consideram infraestruturas, as obras públicas, as quais não são suscetíveis de constituir uma rede ou parte dela, neste caso enquadradas como equipamentos³³³.

A infraestrutura pública, sob a ótica constitucional brasileira, se apresenta textualmente em duas ocasiões: na competência da União em navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; e, nos casos de monopólios, na destinação dos recursos arrecadados de contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível para financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 11.478, de 29 de maio de 2007³³⁴ em combinação com a Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011³³⁵, consideram projetos de

³²⁹ As infraestruturas em redes contínuas são todas aquelas em que seus elementos se encontram conectadas em um ou vários pontos, por exemplo: túneis, pontes, rodovias, ferrovias. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Colombia: Ed. Comares & Fundación de Estudios de Regulación, 2003. p. 641-654.

³³⁰ As infraestruturas em redes descontínuas são aquelas em que não há uma continuidade física entre os elementos que as integram, mas funcionam como um conjunto a efetuar as operações que realizam, por exemplo: portos e aeroportos. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

³³¹ As infraestruturas em redes intercambiáveis são aquelas que pertencem a distintos tipos de infraestruturas e a sua relevância se encontra na política tarifária. Por exemplo: aéreo, marítimo e ferrovias. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

³³² As infraestruturas em redes únicas são aquelas que não permitem duplicação, por motivos técnicos ou comerciais, e conduzem a problemas similares aos de monopólio natural, por exemplo: redes de ferrovias, energia elétrica, abastecimento de água, gás. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

³³³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

³³⁴ BRASIL. Lei n. 11.478, de 29 de maio de 2007. Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 29 de maio de 2007. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11478.htm>. Acesso em: 2 nov. 2013.

³³⁵ BRASIL. Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011. Dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda nas operações que especifica; altera as Leis nºs 11.478, de 29 de maio de 2007, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.248, de 23 de outubro de 1991, 9.648, de 27 de maio de 1998, 11.943, de 28 de maio de 2009, 9.808, de 20 de julho de 1999, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.096, de 13 de janeiro de 2005, 11.180, de 23 de setembro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.909, de 4 de março de 2009, 11.371, de 28 de novembro de 2006, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 10.312, de 27 de novembro de 2001, e 12.058, de 13 de outubro de 2009, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967; institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Usinas Nucleares (Renuclear); dispõe sobre medidas tributárias relacionadas ao Plano Nacional de Banda Larga; altera a legislação relativa à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); dispõe sobre a extinção do Fundo Nacional de Desenvolvimento; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 de junho de 2011. Disponível: <Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011>. Acesso em: 2 nov. 2013.

infraestrutura nas áreas em energia, transporte, água e saneamento básico, irrigação, além daquelas qualificadas como prioritárias pelo Poder Executivo Federal.

A Lei de PPPs não se reporta ao termo infraestrutura, mas ao instituto de concessão patrocinada de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e a administrativa para prestação de serviços, de modo que a infraestrutura se insere no âmbito de serviços públicos com a finalidade de exploração.

Ademais, a concepção de infraestrutura pública difere da configuração do conceito de obras públicas, que, extraído da Lei de Licitações, é “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta³³⁶”. Nesse compasso, a abordagem de infraestrutura pública adiciona conceitos mais abrangentes como:

- 1) Itens não tangíveis de serviços os quais incluem elementos materiais e imateriais. O conteúdo finalístico é indispensável para o funcionamento da organização, por exemplo: áreas de infraestruturas em telecomunicações.
- 2) Conceito de rede possui estruturas ordenadas que podem alcançar distintos pontos de rede ao serviço para uma finalidade real, ou seja, as infraestruturas são redes ou se conectam a uma rede³³⁷.

No tocante à tentativa de uma definição de PPP como empírica³³⁸, a importância de examinar a formatação das parcerias público privadas como conceito é sua utilidade prática, a fim de identificar a sua importância e aplicação em determinados segmentos³³⁹, por exemplo, a mobilização urbana, habitações para pessoas de baixa renda, educação e hospitais. Essa definição configura uma abordagem de parceria público privada como sinônimo de projetos de infraestrutura³⁴⁰ que envolve o capital privado na empreitada de participar conjuntamente com o setor público em design, projeto, operação, construção e manutenção do empreendimento. Essa abordagem tem como fator principal o arranjo financeiro entre o

³³⁶BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 2 nov. 2013.

³³⁷ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*

³³⁸WEIHE, Guri. Public-Private Partnerships: Addressing a Nebulous Concept. In: *10th International Research Symposium on Public Management (IRSPM X)*, Glasgow Caledonian University, Scotland, 10 a 12 de Abril de 2006 (Working Paper n. 16), International Center For Business and Politics, 2005, 29 pp. Disponível em: <http://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/7348/ppp_approaches_guri_16.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 nov. 2013.

³³⁹*Id. ibid.*

³⁴⁰*Id. ibid.*

público e o privado para modelos como *Built-Own-Transfer* (BOT), *Build-Own-Operate-Transfer* (BOOT), *Design-Build-Operate* (DBO) e *Sale-and-Lease-Back*.

A versão de infraestrutura de parcerias público privadas é adotada, em muitos países, por exemplo, no Canadá, o termo de parceria público-privada que significa uma relação de prestação de serviços públicos ou de infraestrutura pública³⁴¹, e, nos Estados Unidos, os projetos de infraestrutura executados por meio de parcerias público privadas têm o potencial de atender prestação de serviços públicos, para uma melhor manutenção e alavancar recursos limitados do setor público. Todavia, as parcerias público privadas podem não ser apropriadas para todos os casos de necessidades públicas, mas viáveis para aquisição de novas infraestruturas³⁴².

Na literatura sobre parcerias público privadas, há uma vinculação com projetos de infraestrutura, mas, na abordagem da conceituação, as definições são amplamente diferentes, e, ao mesmo tempo, se refere a diversos *insights* entre o setor público e o setor privado. No caso do governo federal brasileiro, as parcerias público privadas contêm a viabilidade de projetos em infraestruturas relacionados ao desenvolvimento do País. Além disso, com impedimentos em relação ao objeto, ou seja, não poderá ter “objeto único como fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública”³⁴³.

A exploração de infraestruturas públicas pela iniciativa privada apresenta a finalidade de alcançar resultados pela via do interesse público inserida num arcabouço econômico, além de um comportamento racional. O fator econômico não deve ser preponderante quando o Estado identifica a necessidade de uma política pública inclusiva, pois há assunção dos encargos financeiros pela Administração para que a atividade seja colocada à disposição da sociedade.

A prioridade dessa necessidade foi enfatizada pelo Ministro da Fazenda³⁴⁴ que relacionou o ciclo econômico desejável do país a investimentos em infraestrutura, sendo este

³⁴¹THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (Canadá). *Definitions*: public-private partnership, Quebec, [2005]. Disponível em: <<http://pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

³⁴²*Id. ibid.*

³⁴³Art. 2º: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...] § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [...] III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”. BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] União, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

³⁴⁴MANTEGA, Guido. Infraestrutura é fundamental para retomar o crescimento. *EBC Agência Brasil*. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-04/investimento-em-infraestrutura-e-fundamental-para-retomada-do-crescimento>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

considerado estratégico. Em consonância com esse pensamento, J. Luis Guasch³⁴⁵ enfatiza que os níveis de melhoria em infraestrutura possuem impacto sobre o crescimento econômico e a redução dos níveis de pobreza, haja vista os serviços de infraestrutura são fundamentais para o fornecimento de bens e serviços de forma a afetar a produtividade de uma economia, custos e competitividade.

A ideia de desempenho econômico com ênfase em desenvolvimento, defendida por Gianpiero Torrisi³⁴⁶, relaciona a causalidade e magnitude desse fator, em que não há uma definição padrão de infraestrutura por meio de estudos econômicos. A dificuldade dessa premissa contém a simultaneidade de três objetivos analíticos: a definição de infraestrutura, a incorporação de teorias como a teoria dos bens públicos e descrição da realidade de infraestrutura.

No entanto, segundo Marcos Nóbrega³⁴⁷, investimentos em infraestrutura produz desenvolvimento econômico e social uma vez que justifica-se a funcionalidade de infraestruturas numa abordagem de funções essenciais trazidas pelas mudanças variáveis da economia, cuja finalidade teológica consiste na criação do produto social em razão dos agentes econômicos que interagem uns com os outros, isto é, a característica peculiar do termo infraestrutura está presente na ativação e na mobilização desses agentes econômicos³⁴⁸.

Em sintonia de pensamento, Walter Buhr³⁴⁹ destaca que, a abordagem funcional da infraestrutura reporta aos agentes econômicos que contribuem individualmente e em interação uns com os outros para a criação do produto social, que é contribuição produtiva, baseada na prestação de infraestrutura. A ativação ou mobilização das potencialidades dos agentes econômicos que definem o conteúdo do termo infraestrutura, porquanto o autor argumenta que, no caso das estradas, a base para determinação dos impactos econômicos da infraestrutura rodoviária é a acessibilidade. Dessa forma, define infraestrutura como “a soma de todos os dados econômicos relevantes, tais como regras, ações e medidas com a função de mobilizar as potencialidades econômicas de agentes econômicos”³⁵⁰.

As PPPs assumem uma relação contratual e jurídica entre as entidades públicas e privadas para fins de melhorar e aumentar a capacidade dos serviços de infraestrutura pública

³⁴⁵ GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right*. Washington, DC: The World Bank Group, 2004. p. 2.

³⁴⁶ TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurement issues. *Munich Personal RePEc Archive (MPRA)*, n. 12990, 2009.

³⁴⁷ NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier, 2011. p. 55-56.

³⁴⁸ TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*

³⁴⁹ BUHR, Walter. What is Infrastructure?. Department of Economics, School of Economic Disciplines, University of Siegen. *Siegen Discussion Paper No. 107-03*, 2003. p. 14-18.

³⁵⁰ *Id. ibid.*

postos à disposição dos cidadãos. Entretanto, as PPPs precisam ser formuladas de acordo com as necessidades de cada área e em função da formulação do modelo a ser adotado, além do contraponto justificadamente da opção do modelo da concessão comum.

A abordagem de infraestrutura pública se fundamenta na captação de investimentos em áreas de alto impacto no país com ramificações em diversos setores convergentes ao desenvolvimento, por isso a justificativa de financiamentos privados. A base fundamental de viabilidade guarda uma relação racional de aplicação da alocação de recursos eficientes por mecanismos instrumentais capazes de alcançar o desempenho planejado e materializado no instrumento jurídico.

No entanto, Emanuel S. Savas³⁵¹ considera infraestrutura pública como ponto essencial da PPP em formas de mútuos arranjos financeiros. Esse pensamento conduz a variados modelos de contratos de serviços, além de possibilitar de implantação da infraestrutura para a efetiva prestação do serviço a ser contratado pela Administração. Nesse caso, a legislação brasileira definiu essa possibilidade pela concessão administrativa a qual contrato de prestação de serviços apresenta a Administração Pública como usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

4.1.2 Abordagem de cooperação entre os atores

As PPPs representam uma complexidade de relações entre diversos atores como empresas, investidores, financiadores, consultores técnicos e jurídicos, burocratas, seguradoras, entre outros. A questão recai sobre como alinhar os interesses diversos de vários participantes no processo. Nesse sentido, a investigação sobre a conotação terminológica de “cooperação” é peculiar para compreender a relação entre o setor público e setor privado nas parcerias público privadas.

Dessa feita, algumas colocações refere-se à citada terminologia³⁵²:

[...] Todas estas razões são perfeitamente invocáveis a justificar as iniciativas do Estado brasileiro quanto ao deslocamento da gestão de atividades e serviços de interesse coletivo às mãos do setor privado (como parte de um processo mais amplo que se põe sob o modelo do Estado regulador). Muitos daqueles motivos aparecem não só como justificadores da busca por soluções generalizadas de *cooperação entre setor público e setor privado*

³⁵¹ SAVAS, Emanuel S. *Privatisation and Public-Private Partnerships*, New York: Chatham House Publishers, Seven Bridges Press, 2000 apud HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.

³⁵² No mesmo sentido, Odete Medauar: “[...] vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a *colaboração* entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores”³⁵² (grifo nosso). MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. *Op. cit.*, p. 171.

(principalmente a partir do recurso ao *contrato* em si), como se revelam, mais especificamente, no modo como o modelo nacional de PPP foi edificado.³⁵³ (Grifo nosso).

Nesse sentido, Alexandre Aragão se pronuncia:

[...] as formas de cooperação em geral entre o Poder Público e entidades privadas, do que para as específicas duas formas *de cooperação* contempladas na Lei nº 11.079/2004 (concessões patrocinadas e concessões administrativas)³⁵⁴. (Grifo nosso).

O pensamento de cooperação entre o público e o privado remete a atuação do Estado em atividades de prestação de serviços de natureza pública, em que o Estado atua diretamente na economia em casos excepcionais quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Já o particular exerce de maneira impulsionadora pela ordem econômica e financeira, de maneira que equilibre a atividade econômica no bojo dos imperativos constitucionais, em que o Estado se intervém como agente normativo e regulador dessa atividade através da fiscalização, incentivo e planejamento.

Disso se pressupõe duas vertentes constitucionais: atividades públicas e privadas, isto é, serviço público e exploração econômica. Segundo o art. 175 da Constituição Federal de 1988, a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público que pode atuar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, e, na forma concessionária, deve fazê-lo através de licitação.

A clássica separação entre as atividades revela que:

O Estado atua nesta esfera em caráter ordinário, sem autorização especial, implementando direito próprio e encargo original do Poder Público. Os particulares atuam em caráter excepcional, como delegados do Poder Público, sem direito próprio, sob a tutela constante do Estado. O regime jurídico da atividade é legal, estatutário ou de direito público, cabendo à lei disciplinar os condicionantes fundamentais da prestação dos serviços³⁵⁵.

No entanto, existem situações de convergência consideradas de serviços de relevância pública, as quais, tanto os particulares como o Estado, atuam de maneira ordinária, sem que lei autorize essa atuação. Nestes casos, as situações são formatadas de maneira a fomentar e estimular as parcerias, diferentemente das concessões de serviços públicos que exige a autorização prévia por lei³⁵⁶.

As concepções constitucionais de serviços necessitam de uma compreensão baseada em novos contornos do direito administrativo brasileiro, uma vez que as prestações dos

³⁵³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.* p. 360-361.

³⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*

³⁵⁵ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado...* *Op. cit.*

³⁵⁶ *Id. ibid.*

serviços públicos evoluíram ao longo dos últimos tempos por meio de parcerias. A parceria fica identificada no agregamento da cooperação a qual apresenta o sentido de solidariedade e confiança para fins comuns. A dificuldade encontra-se na iniciativa de parcerias e cooperação entre entes divergentes visando resultados em serviços públicos de atividade econômica.

A concepção de cooperação pode direcionar os entes sem fins lucrativos, entidades paraestatais, a desempenhar funções típicas de maneira a auxiliar na execução de tais serviços, que prestam atividade de interesse público, além de atuarem por iniciativa própria, no âmbito das atividades sociais. Outra particularidade da cooperação remete ao entendimento de convênios de serviços públicos, em que há um acordo de cooperação entre entes políticos para execução de determinados serviços numa relação de coordenação entre as pessoas políticas, por meio de intercepções de direitos e deveres, sem a transferência da titularidade do serviço. Essa relação entre os entes conveniados têm como objetivo principal a conjugação de esforços das partes envolvidas, em que existe uma analogia jurídica integrativa e a responsabilidade compartilhada referentes aos bens e aos serviços públicos objeto da outorga, configurando uma competência relativa à gestão³⁵⁷. Acrescente-se que, nos convênios, os interesses são institucionalmente convergentes, mas, nos contratos, as partes têm interesses divergentes apesar de almejarem o mesmo fim do objeto.

O emprego da terminologia “cooperação”, no âmbito das PPPs, verifica-se uma articulação uma convergências de relações de interação de fins comuns, sem, contudo, proceder a uma avaliação de contornos interdisciplinar de sua produção³⁵⁸ e aplicação. O processo cooperativo abrange uma conjugação de esforços com o mesmo poder de decisão e ação em formato de equilíbrio de direitos e obrigações.

Dessa maneira, a influência da “cooperação” nos conceitos adotados para definir a interação do setor público e do setor privado em PPP busca a interdisciplinaridade como pensamento social do século XX, pois, segundo o verbete, a cooperação:

Pode-se dizer que dois ou mais agentes cooperam quando se empenham num empreendimento conjunto para cujo resultado são necessárias as ações e ambos. [...] A cooperação exige que os agentes – tais como indivíduos, firmas e governos – estejam de acordo com respeito ao conjunto de regras,

³⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.*, p. 78-82.

³⁵⁸ LIMA, Ludmila Moreira. *Cooperação, o que vem a ser?*. Revista do Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/hegemonia_02_02.pdf>. Acesso em: 26 maio 2014.

um “contrato”, que deve então ser observado no decorrer de sua atividade conjunta³⁵⁹.

Isso implica o emprego da terminologia adequada ao contexto, já que o direito e suas consequentes expectativas devem se relacionar ao objeto de interesse. A cooperação direciona aqueles que têm interesses comuns sem a conotação de lucratividade, o que não é o caso de PPP, por isso, a importância da aplicação técnica da terminologia jurídica na separação entre os meios e os resultados em relação à noção do conceito empregado dentro do sistema jurídico, haja vista o modelo estrutural da Administração Pública brasileira no campo do direito administrativo.

As PPPs são concebidas com preceitos de que os Estados e as empresas trabalham em cooperação, mas imbuídos de significados de entrega de produtos com melhores resultados caso fosse diretamente prestado pelo Estado. Nesse caso, a argumentação teórica da cooperação para empreendimentos em serviços públicos, no sistema administrativo brasileiro, desencadeou uma aproximação entre a Administração Pública e o setor privado em arranjos financeiros, no sentido de um negócio empresarial. O cerne da temática de cooperação enfatiza uma necessidade de um desdobramento, da assunção de atividades de prestação de serviços econômicos, por parte do setor privado no sistema de parceria com o setor público.

A teoria da cooperação é discutida na clássica separação entre mercados e hierarquia ou entre os setores público e privado, que, segundo Geert R. Teisman e Erik-Hans Klijn³⁶⁰, está desaparecendo, porque, cada vez mais, há uma dependência de um com o outro por meio de mecanismos organizacionais usados pela poder público, os quais eram rotulados como típicos do setor privado. Os argumentos de Geert R. Teisman e Erik-Hans Klijn apontam uma visão de cooperação voltada a uma dependência para ambos os atores que implementaram políticas públicas, apesar de identificar a diferença, ainda existente, entre os setores público e privado, pois, por exemplo, o mecanismo da competição tornou-se parte dos regimes governamentais enquanto a cooperação e a coordenação incluem-se parte da cadeia de gerenciamento do setor privado.

Importa, ainda, realçar a aliança entre os polos complexos de cada setor e a *expertise* dos compartilhamentos em relação aos fatores diretamente ligados à execução dos serviços. O

³⁵⁹ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom et al (eds.). *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Versão brasileira: LESSA, Renato et al. Tradução: Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 119-120.

³⁶⁰ TEISMAN, Geert R.; KLIJN, Erik-Hans. Partnership Arrangements: Governmental Rhetoric or Governance Scheme?. *Public Administration Review*, Rotterdam, v. 62 (2), march/april, 2002, p. 189-198. Disponível em: <hdl.handle.net/1765/450>. Acesso em: 26 maio 2014.

desdobramento dessa aliança recai sobre o produto ou serviço final e do esforço compartilhado de cada um, “[n]uma cooperação de algum tipo de durabilidade entre os atores públicos e privados os quais conjuntamente desenvolvem produtos e serviços, compartilham riscos, custos e receitas que são conectados com estes produtos”³⁶¹.

Outra argumentação de cooperação nas parcerias público privadas ganha destaque com a visão de Stephen P. Osborne³⁶², que a ideia extraída tem como ponto central a instituição organizacional e financeira. No entanto, o destaque argumentativo do autor se refere ao uso das parcerias público privadas para reestruturação urbana e desenvolvimento dos centros das cidades com o envolvimento da comunidade local. Esta concepção enfatiza a necessidade de fornecimento de serviços aos cidadãos com ênfase no gerenciamento eficiente dos negócios públicos, pois, parte do pressuposto organizacional que constitui o fator decisivo para a melhoria de prestação de serviços, numa relação entre o Estado e a iniciativa privada como ferramenta de gestão, já que a interação entre os atores público e privado, como parceiros, eleva a categoria num contínuo caminho de cooperação.

Nessa concepção, a ênfase recai sobre a utilização do modelo de parcerias público privadas como suporte às novas formas de governança, por isso que a retórica encontra potenciais benefícios trazidos pela cooperação entre os atores públicos e privados em conjunto com os diretamente interessados, a comunidade. Na mesma linha de argumentação a favor das parcerias pública privadas, Manuel Castells³⁶³ também afirma que o entrelaçamento entre os setores público e privados é chamado de novas formas de governança, pois a parceria traz para o Estado uma nova legitimidade: a eficiência do setor privado.

Apesar da abordagem de Stephen Osborne, se referir a uma especificidade de aplicabilidade, existe, ainda, uma lacuna entre a realidade e a prospectiva, em referência as parcerias públicas privadas como sistema de cooperação entre o setor público e o setor privado na assunção de serviços públicos. Diante disso, as parcerias público privadas evidenciam uma interação extasiada em sua forma de resultados, mas “ainda em termos de cooperação, há poucas evidências de tomadas de decisão em conjunto”³⁶⁴.

³⁶¹ VAN HAM, Hans; KOPPENIAN, Jopp. Building Public-Private Partnerships: Assessing and managing risks in port development. *Public Management Review*. Rotterdam, v. 3(4), 2010, p. 593-616. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10.1080/14616670110070622>>. Acesso em: 26 maio 2014.

³⁶² OSBORNE, P. Stephen. Understanding public-private partnerships in international perspective: globally convergent or nationally divergent phenomena?. In: OSBORNE (ed.) *Public-private partnerships: theory and practice in international perspective*. London: Routledge, 2000. p. 1-6.; OSBORNE, P. Stepen; MURRAY, Vic. Understanding the process of public-private partnerships. In: OSBORNE (ed.) *Public-private partnerships: theory and practice in international perspective*. London: Routledge, 2000. p. 70-83.

³⁶³ CASTELLS, Manuel. *The Rise of the Network Society*. 2. ed. UK: Wiley-Blackwell, 2010.

³⁶⁴ TEISMAN, Geert R.; KLIJN, Erik-Hans. *Op. cit.*

Essa interação entre os setores tornou-se um marco de estratégias para alcançar a qualidade e acesso aos serviços numa relação de parcerias multidimensional de atividades, especificamente pela forma contratual, em que as parcerias são consideradas palavras discursivas que "atravessam fronteiras, abrangendo múltiplas visões do mundo, sistemas de interesses e valores. Elas carregam conotações e nomes de ideais as quais abraçam diferentes e incompatíveis aspirações, propostas, interesses e investimentos"³⁶⁵.

Nesse sentido, um sistema de cooperação juridicamente formalizado deve estar presente questões estruturais com condições e incentivos embutidos na interrelação do público e o privado, tais como³⁶⁶:

- i) Acesso a abordagens inovadoras de compartilhamento de ideias, expertise e práticas, em que os riscos estão sendo contabilizados. Isto permite a efetividade da parceria pela abordagem de mudanças organizacionais e setoriais, trazidas pelas experiências e que possam desenvolver novas maneiras de prestação de serviços;
- ii) Maximização de qualidade e eficiência no fornecimento dos serviços com compartilhamento de conhecimento, expertise e recursos;
- iii) Sinergia, que pode ser entendida através da combinação complementar de recursos e de diferentes entes envolvidos, para fins de maximizar a alocação dos recursos. Agrega-se valor através da sinergia transformacional, em que as partes interessadas aprendem um com o outro e frequentemente alteram a sua própria abordagem desse sentido, assim: compartilham informações, assimetria de informação e oportunidades de eficácia de recursos;
- iv) Desenvolvimento coerente dos serviços por políticas governamentais em áreas estratégicas e coerentes com o plano de desenvolvimento.

Apesar de considerar os benefícios pela cooperação entre os atores, deve-se considerar possíveis problemas e potenciais limitações como³⁶⁷:

- i) Conflito sobre metas e objetivos quando há um excessivo detalhamento dos objetivos a serem alcançados, em que os parceiros podem ter diferentes entendimentos dos significados dos objetivos a ser alcançados;

³⁶⁵ LANKSHEAR, Colin et al. *Changing Literacies*. Buckingham: Open University Press, 1997 apud MCQUAID, Ronald W. *Op. cit.*, p. 127-148.

³⁶⁶ MCQUAID, Ronald W. *Op. cit.*, p. 127-148.; MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership: Why have Partnerships. In: OSBORNE (ed.) *Managing public-private partnerships for public services: an international perspective*. London: Routledge, 2000, p. 9-35.; NELSON, J.; ZADEK, S. *Partnership Alchemy: New Social Partnerships in Europe*, Copenhagen: Copenhagen Centre, 2000.

³⁶⁷ MCQUAID, Ronald W. Theory of organizational...; ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, Paris: OECD, 2008.; MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership: Why have Partnerships. In: OSBORNE (ed.) *Managing public-private partnerships for public services: an international perspective*. London: Routledge, 2000. p. 9-35.

ii) Custos de recursos devem ser considerados no processo de formatação das PPPs, em termos do período de tempo, na fase interna e externa. Por isso, a necessidade de comparar custos e benefícios das áreas relacionadas, uma vez que cada atividade demanda de custos próprios;

iii) Custos de oportunidade que identifica impactos sobre outros serviços;

iv) Envolvimento dos diferentes setores na execução dos mesmos serviços através de terceirização ou do terceiro setor, estimulados pelo governo;

v) Diferenças filosóficas entre os parceiros, que podem afetar o desenvolvimento e implementação das parcerias, tais como: diferentes valores e sistemas éticos entre os atores do setor público e privado.

4.1.3 Abordagem de Gestão a Longo Prazo: Contratualização

As parcerias público privadas considera a ferramenta de gestão como um método de aquisição de serviços públicos para enxugamento das atividades de serviços públicos e de tendências privatizantes, as quais permitem o gerenciamento desses serviços em compartilhamento público e privado. No entanto, as definições de parcerias público privadas ressaltam um caminho de benefícios para os setores públicos e privados, visto que ambos os setores possuem qualidades específicas, ou seja, alinhadas ao mesmo propósito que beneficie a todos, cujo objetivo final de contratação é o serviço de qualidade.

A abordagem das parcerias público privadas consiste no compromisso a longo prazo de arranjos financeiros e de desempenho com compartilhamentos de riscos e receitas. A relevância abrange fatores essenciais como a cooperação entre os atores que fornecem melhores resultados serviços e/ou produtos; e, a partilha de risco que é uma das formas de incentivo para os atores envolvidos nesse processo. Essas duas proposições de gestão do contrato a longo prazo possuem o fator de ajustes de cooperação e de riscos, pois cada uma assume a sua *expertise*.

A definição de parceria público privada, sob o aspecto da relação organizacional, enfatiza “[u]ma cooperação entre os atores públicos e privados com algum tipo de durabilidade, os quais desenvolvem em conjunto produtos e serviços, e compartilham riscos, custos e receitas que estão conectados com esses produtos³⁶⁸”. A identificação nessa definição contém um dos fatores de cooperação a longo prazo contratual entre 10 (dez) a 30 (trinta) anos, que enquadram as parcerias público privadas. Essa concepção também é compartilhada

³⁶⁸ VAN HAM, H.; KOPPENJAN, Joop. *Op.cit.*

por Richard WEBB e Bernard Pulle³⁶⁹ que apontam como característica dos arranjos entre o setor público e o setor privado, as parcerias público privadas, as quais conduzidas por meio de contrato a longo prazo de forma que a interação dos atores envolvidos produz resultados, produtos ou serviços num esforço conjunto³⁷⁰.

As parcerias público privadas se justificam pelo fator tempo no intuito de abranger diversas possibilidades de serviços e atividades sob o domínio dos parceiros, pois envolvem projetos de *design*, construção, financiamento, manutenção, operação de infraestruturas públicas e facilidades públicas fomentados pelo setor privado.

A contratualização administrativa é uma expressão comportamental da Administração consensual com fundamentos de diálogo e de negociação³⁷¹ em substituição às relações administrativas verticalizadas com imposição de gestão dos compartilhamentos de riscos para fins de resultados de suas atividades. A consensualidade administrativa é um marco essencial na gestão de um contrato a longo prazo, haja vista os ajustes se realizam por meio do contrato que privilegia o emprego de técnicas e métodos negociais. Segundo o entendimento de Jacques Chevallier³⁷², a terminologia adequada consiste em um “movimento de contratualização” ao contrário de “contrato”, visto que se refere a um novo estilo de gestão pública.

A proposta de contratualização vincula, além do prazo, a necessidade de auferir desempenho dos serviços relacionados à atividade respectiva. Nesse sentido, três aspectos precisam ser considerados no processo de contratualização³⁷³:

i) A negociação dos termos de alguns aspectos contratuais: os riscos mais adequados a cada parceiro e os indicadores apropriados à área dos serviços, os quais executam tomando como parâmetro as metas a serem atingidas compatíveis com o setor privado;

³⁶⁹WEBB, Richard; PULLE, Bernard. Public Private Partnerships: An Introduction. Information, Analysis and Advice for the Parliament. *Department of The Parliamentary Library of the Australian*. Economics, Commerce and Industrial Relations Group. Research Paper n. 1, 2002–03.

³⁷⁰KHANOM, Nilufa Akhter. Conceptual Issues in Defining Public-Private Partnerships (PPPs). *International Review of Business Research Papers*, Australia, v. 6, n. 2, Jul, 2010, p. 150-163.

³⁷¹OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública... *Op. cit.*

³⁷²CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414 apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.104, jan./dez., 2009, p. 303-322.

³⁷³OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.104, jan./dez., 2009, p. 303-322.

ii) O cronograma acordado no instrumento jurídico: estipula sanções em caso de descumprimento;

iii) O próprio instrumento contratual: prever as possíveis ocorrências da execução dos serviços ao longo do tempo.

Portanto, o longo prazo confere uma nova realidade para a contratualização, já que permite uma fiscalização dos resultados de serviços, “em níveis de produtividade e eficiência, em decorrência da dinâmica operacional da atividade e das metas estabelecidas no instrumento contratual de desempenho³⁷⁴”.

4.1.4 Abordagem de Privatização

O alastramento da implementação da privatização influenciou desdobramentos em diversos setores ao redor do mundo, com uma agenda que depende de sua própria configuração jurídica adotada por cada país. No Brasil, conforme demonstrado no capítulo I, a privatização tornou-se um instrumento de reforma do Estado com vendas dos ativos das empresas estatais, além de interrelacionar diretamente com a necessidade de investimento em infraestrutura pública. A interrelação adveio do impulsionamento da concorrência de mercado, da racionalidade por serviços de melhor qualidade com menores custos, da diminuição da participação governamental na prestação de serviços públicos, além da construção de mercado em infraestruturas públicas pela atuação do privado.

O escopo conceitual de privatização constitui um marco na história das finanças por meio de políticas econômicas no período pós-guerra. Além disso, revela-se um conceito difuso lastreado por um processo sinalizador capaz de desmembrar e de reestruturar os principais domínios institucionais. Ideologicamente a terminologia privatização advém da ideia do interesse no uso “público” e “privado”³⁷⁵. O entendimento, por trás da privatização, vem justamente da concepção do *status* a ela conferida como uma ideia de bagagem, trazendo reformadores pragmáticos e ideólogos de perfis diferentes³⁷⁶.

O termo também pode assumir as mais variadas alternativas instrumentais de mudanças nas relações entre Estado e setor privado, pois há um paradoxo de que a privatização consiste em um contributo para eficiência da economia e gestores do setor

³⁷⁴ ALCOFORADO, Flávio Carneiro Guedes. Contratualização e eficiência no setor público: as organizações sociais. In: *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago, Chile, 18 - 21 oct. 2005. p. 12.

³⁷⁵ STARR, Paul. The Meaning of Privatization. *Yale Law and Policy Review* 6, 1988, p. 6-41.

³⁷⁶ LINDER, Stephen H. Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A grammar of Multiple Meanings. *American Behavioral Scientist*, Thousand Oaks, v. 43, n. 1, set., 199, p. 35-519.

privado os quais possuem incentivos diferentes daqueles que se aplicam homólogos do setor público³⁷⁷.

Os potenciais de eficiência e as medidas de liberalização com a privatização e a implementação de concessões tornaram os elementos fundamentais da ortodoxia da economia global³⁷⁸. Extraíndo das lições de Adam Smith³⁷⁹, “não existem personagens que estão mais distantes do que o soberano e o empreendedor”. Isso significa que a essência dos gastos com recursos públicos não se baseia em parâmetros de desempenho econômico, mas na ineficiência de aplicação em alocar em áreas deficitárias.

Ainda, na lição de Adam Smith, ao ocorrer venda de terras públicas, esta tinha o propósito de obter receitas para fins de reduzir a dívida pública e possibilitar a redução dos juros para mitigar as finanças públicas. O mesmo paralelo comportamental ocorre em relação ao Estado na medida em que as justificativas da privatização, no tocante à eficiência, segundo a perspectiva do setor privado, persistem nos argumentos relativos à atuação do setor público em contraposição da privada³⁸⁰.

Na concepção de privatização, o aumento no desempenho econômico das empresas estatais consiste em uma gestão voltada a resultados, já que há um grande interesse auferir receitas, as quais podem ser obtidas pela privatização com as vendas dos ativos. Diante disso, os objetivos da privatização apresentam um significativo disciplinamento do poder de intervenção do setor público na economia, mas são múltiplos e interrelacionam com a finalidade de “alcançar maior eficiência alocativa e produtiva e reforçar o papel do setor público na economia³⁸¹”.

A consequência da privatização não se restringe às vendas das empresas estatais, ditas como deficitárias e de influências políticas, para o setor privado, dado que existe um caminho mais longo a prosseguir em que vai além das propostas de “criar novos tipos de relações com o mercado visando resultados comparável ou superior aos programas públicos convencionais”³⁸².

³⁷⁷ KAY, J.A.; THOMPSON, D.J. Privatisation: A Policy in Search of a Rationale. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, mar., 1986, p. 18-32.

³⁷⁸ BORTOLOTTI, Bernardo; SINISCALCO, Domenico. *The Challenges of Privatization: an International Analysis*. Oxford University Press Inc., New York, 2004.

³⁷⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. São Paulo: Madras, 2009. p. 51.

³⁸⁰ SHIRLEY, Mary M.; WALSH, Patrick. Public versus Private Ownership: The Current State of the Debate. *The World Bank Policy Research Working Paper no. 2420*, 2000.

³⁸¹ SHESHINSKI, Eytan; LÓPEZ-CALVA, Luis F.. Privatization and Its Benefits: Theory and Evidence. *CESifo Economic Studies*, Oxford, v. 49, n. 3, p. 429-529, 2003, p. 430.

³⁸² STARR, Paul. The Meaning of Privatization. *Yale Law and Policy Review* 6, 1988, p. 6-41.

Nesse sentido, a privatização assumiu uma postura filosófica de que o fundamento se baseia na existência de uma economia de mercado, cujas empresas de propriedade privada são distintas do controle econômico central baseado em propriedade pública. Essa postura sustenta que o crescimento econômico gera riquezas e melhores serviços à sociedade a qual é "fundamentalmente privada"³⁸³. Nesse caso, a argumentação se fundamenta no desempenho do privado e do setor público com ênfase na gestão, ou seja, as empresas privatizadas são gerenciadas muitas vezes pelas mesmas pessoas que gerenciavam a velha empresa estatal, por isso, a mudança não se encontra, necessariamente, nas habilidades de gerenciamento, mas nas limitações e oportunidades que se defrontam na gestão³⁸⁴.

A questão central consiste na mudança do papel do Estado conferido pela Constituição Federal na prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou diretamente de acordo com a lei. O papel do Estado se transformou, a partir de uma função, com base em poderes constitucionais, na coordenação e na fusão de recursos públicos e privados³⁸⁵. As razões justificam a adoção de uma estratégia de abertura dos serviços públicos à iniciativa privada desprovida de razões pré-concebidas de que a empresa privada descaracterizaria o interesse coletivo.

Segundo J. A. Kay e D. J. Thompson³⁸⁶, a privatização seria o caminho alternativo para melhor perseguir o interesse público, por meio de incentivos de produção e de alocação de recursos eficientes, esses, encontram-se na diminuição dos custos dos serviços e refletem nos custos de fornecimento para atender aos consumidores. Dessa feita, a abertura do mercado competitivo possibilita a geração de riqueza num esforço conjunto público-privado. Avançando nessa concepção, Caio Tácito³⁸⁷ afirma que a privatização abrange não somente a transferência de atividades à iniciativa privada, mas caracteriza-se por uma evolução nas relações entre serviço público e iniciativa privada, que se associam para prestar serviços à sociedade.

O mercado sob o ângulo público-privado provoca algumas concepções na seara da economia, pois é essencialmente privado a caracterização do mercado, que utiliza o público-

³⁸³ HODGE, Graeme (ed.) *Privatization and Market Development*. Global Movements in Public Policy Ideas. Northampton: Edward Elgar, 2006.

³⁸⁴ KAY, J.A.; THOMPSON, D.J. Privatisation: A Policy in Search of a Rationale. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, mar., 1986, p. 18-32.

³⁸⁵ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic issues in Public-Private Partnerships: an international perspective*. Oxford: Blackwell, 2006. p. 2.

³⁸⁶ KAY, J.A.; THOMPSON, D.J. Privatisation: A Policy in Search of a Rationale. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, mar., 1986, p. 18-32.

³⁸⁷ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995, p.5.

privado numa contraposição entre o Estado e o mercado³⁸⁸. Já no âmbito jurídico, o contraste entre Estado e mercado remete à interpretação da ordem econômica.

Assim, o sentido da privatização advém do afastamento do Estado, envolvendo bens, funções e instituições catalizadoras de ativos e encaminha a uma distinção do que é público e do privado. A polaridade conduz a uma convergência legislativa dos setores público e privado, apesar de que os limites sejam tênues, visto que há de se identificar o interesse privado e o interesse público. Essa identificação culmina num comportamento do Estado, que atravessa a fronteira entre o público e o privado, na medida em que regula contratos com a participação do privado e molda as escolhas e as relações privadas³⁸⁹ com terceiros, inclusive com a Administração Pública. Enfim, observa-se Paul Starr³⁹⁰ que “o Estado é imanente à economia e à sociedade, mas o grau de intervenção varia de acordo com o sistema de classificação entre público-privado o qual é usado para expressar estas variações”.

4.2 DIRETRIZES INSTITUCIONAIS DE PPPs

Na contratação de parceria público privada apontam as diretrizes que devem observar “no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”³⁹¹. A Lei n. 11.079/2004 enfatiza a necessidade de objetivos viáveis que permitam a identificação de fontes de informações e de condições instrumentais favoráveis à contratação de PPPs, tais como:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V- transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens sócio econômicas dos projetos de parceria³⁹².

³⁸⁸ STARR, Paul. The Life of the Liberal State: Privatization and the Restructuring of State-Society Relations. In: WATERBURY, John; SULEIMAN, Ezra. *Public Enterprise and Privatization*. Boulder, CO: Westview Press, 1990, p. 22-54.

³⁸⁹ STARR, Paul. The Meaning of Privatization. *Yale Law and Policy Review* 6, 1988, p. 6-41.

³⁹⁰ *Id. Ibid.*

³⁹¹ Art. 4º. BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

³⁹² *Id. ibid.*

Essas diretrizes fazem parte de um processo orientadas por um comportamento de sensibilização prática, baseadas em regras garantidoras de iniciativas como as PPPs que demonstram capazes de ilustrar uma realidade proposta pela lei. A questão dessa proposta é o intervalo entre a teorização e a execução da descrição dessa lei. Em razão disso, a prática das diretrizes objetiva enfatizar características que podem conduzir ao sucesso ou a falhas (pela sua omissão) na implementação das PPPs. No entanto, essas características não são suficientes para considerar as condições técnicas que visam o sucesso de sua implementação, e, conseqüentemente, a probabilidade de investir em melhores práticas para ocasionar uma mudança em alguns condições *ex ante* PPPs.

Vale considerar a contratação como em conjunto de variáveis práticas administrativas, financeiras e fiscais, empresariais e organizacionais, envolvendo diretamente direitos fundamentais, como dos usuários, garantias constitucionais de indelegabilidade da missão do Estado, além de concepções extrajurídicas. Por seu turno, observa-se uma criação complexa de estrutura jurídica pela via legislativa com um papel singular de desenvolver um construtivo engajamento da Administração e do setor privado para realizar projetos e serviços públicos.

Ademais, a Lei de PPP acorda a criação de prescrições procedimentais as quais, por um período válido da contratação, definem melhorias aos serviços fornecidos e identificam capacidades de melhores práticas.

Segundo Vanice Lírio do Valle³⁹³, a ideia nuclear advinda das diretrizes direciona aos valores e padrões de conduta aplicáveis à contratação estatal que difere da fórmula do art. 3º da Lei 8.666/93³⁹⁴ e do art. 14 da Lei 8.987/95³⁹⁵, os quais aludem a princípios aplicáveis à licitação. Por seu turno, muda-se o momento de sua aplicação, mas o sentido enunciado

³⁹³ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39-40.

³⁹⁴ Art. 3º: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

³⁹⁵ Art. 14: “Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”. BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

remete a valores “que passam a funcionar como dinamização de instrumentos de governo”³⁹⁶, capazes de delimitar fins específicos da atividade administrativa.

O próprio escopo das diretrizes personifica a mensagem de que seja possível, ao mesmo tempo, garantir melhores resultados em contratação pública, atender às necessidades da sociedade em serviços públicos, assegurar o equilíbrio das contas públicas, manter a tutela das garantias fundamentais inerentes aos destinatários e aos entes privados, utilizar mecanismos empresariais e gerir a coisa pública, além de prover a sustentabilidade do negócio numa versão sustentável. A integração desses elementos constitui um alcance complexo de resultados a serem efetivados através de um contrato administrativo, ou seja, encaminha em direção a uma incompletude contratual.

Portanto, a dimensão delimitadora da Lei das PPPs moldura as diretrizes pertinentes à integração socioempresarial e a contratação pública, haja vista que constitui um importante passo em direção a Administração Pública de política integrativa, cujo cerne da ideia de contratação de PPPs encontra-se na eficiência, responsabilidade fiscal e transparência, repartição de riscos e na sustentabilidade.

4.2.1 Eficiência

A eficiência ganha um debate mais expressivo com a instituição das parcerias público privadas, com a atuação do setor privado no mercado e na assunção de gestão de negócios com propostas de desempenhos favoráveis em qualidade e minimização de custos.

O desdobramento da exposição apresenta duas dimensões intercambiáveis: a primeira, referente ao mercado da concessão como sinônimo de eficiência econômica e da resposta do Estado frente à reformulação de sua atuação; a segunda, há uma referência implícita da escolha alocativa dos recursos e de ação em ambientes de parcerias público privadas transformadas em desempenho por resultados. No centro da questão, o Estado, sob a perspectiva da dimensão normativa e econômica, interfere na economia e proporciona um ambiente à iniciativa privada para assunção de serviços públicos.

Cabe destacar que a dimensão normativa do princípio da eficiência apresenta como corolário da Administração Pública por força constitucional. Dessa feita, a realidade jurídica, através do princípio constitucional, constitui a própria proposição que assegura uma relação

³⁹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. Op. cit., p. 219.

institucional geradora de um comportamento obrigacional, compondo um critério para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo harmonicamente³⁹⁷.

A escolha pública opera na atuação do setor público e de reformulação do ambiente das concessões especiais com delegação de poder, de gestão, de operação e de construção em serviços públicos. Essa escolha se justifica pela participação da iniciativa privada de modo a produzir valores agregados para o atendimento das necessidades da sociedade e ganhos de eficiência no desempenho de suas funções e de prestação de serviços públicos qualitativos.

Nesse contexto, a eficiência toma o sentido de uma relação entre os meios (aplicação) e os resultados, como estabelecido no procedimento de manifestação de interesse ou do projeto de análise do custo-benefício ou custo-eficácia os quais podem assumir duas vertentes: fixar o nível de custo e maximizar os benefícios; ou fixar o nível de benefícios e minimizar os custos. Essas dimensões são tomadas de uma perspectiva racional e escolha pública que dependem de considerações políticas, financeiras, administrativas, sociais, ideológicas, no ambiente nacional ou internacional³⁹⁸.

Desta feita, a interação entre as ciências pode contribuir para instrumentalização da Análise Econômica do Direito em uma argumentação que procura desmitificar a “idéia de que a disciplina de Direito e Economia se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Essa idéia também não é verdadeira³⁹⁹”. Nessa explicação, Anthony OGUS⁴⁰⁰ faz uma leitura sintética da qual a questão tem como centro a existência de uma análise meramente descritiva/explicativo da realidade jurídica e se relaciona diretamente com essa discussão do papel da eficiência na formulação do dever-ser jurídico.

A ênfase da disciplina concentra “iluminar problemas jurídicos e apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas”⁴⁰¹, além da escolha pela PPP a qual enfatiza “a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas”⁴⁰². Essa abordagem de Direito e Economia⁴⁰³ desencadeia duas dimensões, a positiva e a normativa. A

³⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

³⁹⁸ URIO, Paolo. *Public-Private Partnerships* ... p. 29-30.

³⁹⁹ SALAMA, Bruno. *Op. cit.*

⁴⁰⁰ OGUS, Anthony. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. *Chicago Kent Law Review*, Chicago, v. 79, n.2, 2004, p. 383.

⁴⁰¹ SALAMA, Bruno. *Op. cit.*

⁴⁰² *Id. ibid.*

⁴⁰³ Ainda no enfoque econômico, outra abordagem de eficiência trazida por Joseph E. STIGLITZ no sentido do ótimo de Pareto, em homenagem a Vilfredo Pareto (1848-1923), porém não será o objetivo desse trabalho uma argumentação dentro desse raciocínio da teoria da economia do bem-estar por considerar que “alocações de recursos que têm as propriedades em torno de não ser capaz de melhorar o bem-estar de qualquer pessoa

primeira cuida das “repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos”, e a outra as “noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica”.

No escopo do Direito e Economia Positivo, a versão explicativa, desenvolvida por Robert Cooter⁴⁰⁴, é que “os sistemas jurídicos podem ser compreendidos como resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas a ambiente de escassez”. A lógica interrelacional da missão institucional provê fornecimentos de serviços públicos pela iniciativa privada por meio de parâmetros objetivos de eficiência. Ainda, conforme o autor, no caso da eficiência, a Análise Econômica do Direito revela, através da análise de seus conceitos, um dos conceitos-chave para analisar a lei. A finalidade na explicação ou previsão encontra consequências na lei, pois não se deve reduzir o pensamento de que os conceitos econômicos podem substituir os conceitos jurídicos tradicionais, já que esses conceitos econômicos explicam a sua coerência e as regras derivadas de direito, visto que o objetivo desta ciência é fundamentalmente explicar a lei, uma vez que “a economia não capta toda a realidade subjacente”⁴⁰⁵.

Segundo Bruno Salama⁴⁰⁶, o termo eficiência diz respeito “à maximização de ganhos e minimização de custos”, que configurem uma correlação entre os meios jurídicos e os fins normativos que produzem implicações para a própria legitimidade do Direito. Essa conexão permite a argumentação de que as diretrizes para contratação de PPP, na eficiência e no emprego de recursos, através de financiamento privado, culminam em melhorias do bem-estar dos consumidores.

Do ponto de vista normativo, a proposição se concretiza pelas regras contratuais, que devem considerar os meios de controle e de avaliação através de indicadores objetivos de desempenho individualizado para cada área pertinente. No entanto, as regras contemplam uma estrutura do contrato, podendo ensejar um arcabouço de incompletude. Ademais, configura-se o raciocínio de que o Direito e a Economia definem a ação pública sob o ângulo econômico e, da mesma maneira, analisam as instituições jurídicas e burocráticas definidoras da ação⁴⁰⁷.

sem piorar algumas outras alocações eficientes denominam Pareto”, além de se basear em valores individuais. STIGLITZ, Joseph E. *La economía del sector público*. 3. ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2000. p. 67-68.

⁴⁰⁴ COOTER, Robert. *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*. *UCLA Law Review*, California, v. 29, 1981, p. 1260.

⁴⁰⁵ *Id. ibid.*

⁴⁰⁶ SALAMA, Bruno. *Op. cit.*

⁴⁰⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy?*, 1989 apud SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? *Selected Works of Bruno Meyerhof Salama: Contribution to books*, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/doctype.html>. Acesso em: 06 ago. 2013.

No âmbito jurídico, a concepção de eficiência apresenta uma construção dos signos da própria ciência do direito que cabe aos responsáveis pela exploração do conteúdo sob o ângulo do ordenamento normativo nacional, pois, segundo a concepção de Paulo Modesto⁴⁰⁸, a terminologia eficiência não é privativa de nenhuma ciência, em razão disso, a atuação da Administração Pública impõe a eficiência referente a dois cumprimentos da atividade administrativa: a racionalidade com otimização no uso dos meios e a satisfação dos resultados.

A terminologia eficiência tem uma composição multidisciplinar que abrange setores convergentes de propósitos comportamentais em um ambiente de mercado com regras que determinam ou proporcionam mecanismos de participação em novos empreendimentos. Esse processo direciona a alocação de recursos a buscar a eficiência como um processo complexo e multiplural, que, no caso das concessões especiais, possuem um quadro evolutivo e instrumental. Considera-se que o “Estado indispensável como uma organização operando em larga escala”⁴⁰⁹ visando benefícios que satisfaçam as necessidades dos cidadãos e, ao mesmo tempo, dos institutos jurídicos.

Ainda, a eficiência entendida como princípio instrumental, transformando o agir do agente público ou de quem o represente visando a diretiva de valores procedimentais. Nesse âmbito da instrumentalidade, há uma relação do papel ativo do Estado e sua atuação numa “medida da relação entre os recursos efetivamente utilizados para a realização de uma meta para um projeto, atividade ou programa frente aos padrões estabelecidos”⁴¹⁰. Isso se refere diretamente ao planejamento governamental através das dimensões do Plano Plurianual, que estrutura a formatação da alocação eficiente do gasto público, a eficácia e a efetividade da ação governamental⁴¹¹, na busca de um melhor desempenho da Administração Pública.

No caso da instrumentalização da eficiência, por força contratual, a particulares em PPPs, a finalidade pública configura a “compreensão do significado como conteúdo que depende precisamente de seu uso e interpretação”⁴¹². Nessa seara, o dispositivo é o ponto de partida da interpretação, a qual se reveste de um princípio imbricado de fins e valores de consequências jurídicas, segundo as possibilidades fáticas.

⁴⁰⁸ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*

⁴⁰⁹ *Id. ibid.*

⁴¹⁰ ALBERNAZ, Leonardo Rodrigues. *Planejamento Governamental e Gestão Orçamentária e Financeira. Tribunal de Contas da União*. 2. ed. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012. p. 28.

⁴¹¹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. *Orientações para Elaboração do Plano Plurianual 2012-2015*. Brasília: MP, 2011.

⁴¹² ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*

A dimensão da eficiência enfatiza a atuação do setor privado, em grandes projetos de infraestrutura em comparação ao setor público. Segundo Jeffrey Delmon⁴¹³, a diferença, em termos de níveis de eficiência do setor privado em relação ao público, tem várias origens:

1) a abordagem passa desde da empresarial à resolução dos problemas em termos de custo-eficiência, com racionalidade dos custos orçados em termos de mão-de-obra e de materiais;

2) a melhoria de governança com o propósito de aperfeiçoar a responsabilidade dos gestores públicos na tomada de decisões que seja possível uma menor dependência das ingerências políticas; e,

3) a transparência e um grau de concorrência mais elevado a fim de reduzir os riscos de corrupção, além de destacar os custos embutidos nos preços.

Ademais, a “eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”⁴¹⁴, em relação à escolha pública pelas PPPs que venham contribuir para melhoria de uma economia eficiente incorporando aquelas regiões onde são extremamente diferenciados os grupos sociais, pobreza e riqueza, ou se concentra uma larga minoria permanente de comunidades marginalizadas. Essa deveria ser a proposta singular para justificar a PPP como forma de engajamento de colaboração entre os setores para realizar projetos, obras e serviços visando à combinação de uma infraestrutura básica e serviços que proporcionassem melhorias à população⁴¹⁵.

Vale reconhecer que os grupos vulneráveis e marginalizados precisam de serviços estruturantes, mas não têm condições de pagar por eles. Isso é um obstáculo visível para o desencorajamento do setor privado em querer investir, por sua conta e risco, nesses serviços já que o Estado pode se engajar como parceiro, no lugar desses, com o adicional da contraprestação necessária.

⁴¹³DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*: guide pratique à l'intention des décideurs publics. Washington, DC: The World Bank Group, PPIAF, 2010.

⁴¹⁴BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06.abr. 2014.

⁴¹⁵URIO, Paolo. *Op. cit.*

4.2.2 Responsabilidade Fiscal e Transparência

O ajuste fiscal no Brasil, iniciado na década de noventa, consubstanciado com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), trouxe a contribuição de interrelacionar – orçamento e realidade –, com o propósito de fortalecer as instituições de alternativas, de capacitar para investimentos com o objetivando o equilíbrio fiscal⁴¹⁶ e, conseqüentemente, estabilizar as finanças públicas. O objetivo em buscar a equalização fiscal se traduz nas normas do Programa de Estabilidade Fiscal, que pretendiam alcançar mudanças estruturais e ganhos de produtividade, além das melhorias progressivas das condições de vida da população brasileira⁴¹⁷.

Existiu uma perspectiva de que a disciplina fiscal vinha reforçar as condições para retomada de investimentos estruturantes, segundo prognóstico da LRF, enquanto se identificou um aumento ascendente das despesas correntes a cada ano financeiro com a margem para despesas de capital que ficavam comprometidas, ou seja, as possibilidades de empreendimentos, por meio de recursos orçamentários, estariam limitadas. Um país ajustado, do ponto de vista fiscal, não quer dizer que possa empreender programas institucionais voltados à população carente, mas, na realidade, a LRF se fundamenta essencialmente no equilíbrio entre receitas ou despesas⁴¹⁸.

A ideia de equilíbrio fiscal veio a ser sedimentada com o advento da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000⁴¹⁹, Lei de Responsabilidade Fiscal, com regras codificadas para implantação de uma gestão fiscal da Administração Pública brasileira. A Lei de Responsabilidade Fiscal possui princípios básicos em sua estrutura:

- (I) Planejamento;
- (II) Equilíbrio das contas públicas com a limitação da dívida pública em nível prudente e compatível com a receita e o patrimônio público;
- (III) Preservação do patrimônio público; e

⁴¹⁶ PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Op. cit.*

⁴¹⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. *Programa de Estabilidade Fiscal*, 1998. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/respef.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴¹⁸ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos gerais*, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001340.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

⁴¹⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

(IV) Transparência dos seus demonstrativos orçamentários e contábeis.

A mudança do regime fiscal introduz uma postura da conduta dos gestores públicos, fundamentada na prudência das ações de modo a alcançar níveis de eficiência e eficácia técnica com o fito de resgatar a confiança e crédito nas finanças públicas. Essa mudança foi fruto, sem dúvida, do ajuste da moeda nacional, o real, em 1999, como promotor da consolidação da estabilidade macroeconômica. Evidentemente que o desempenho fiscal melhorou e acompanhou, ao longo dos anos, os níveis dos governos em face da necessidade de conter a origem de novas obrigações que provoquem aumento do endividamento público. A orientação fiscal responde satisfatoriamente às mudanças do ambiente macroeconômico em relação à sustentabilidade da dívida pública⁴²⁰.

Diante disso, o mercado faz uma leitura positiva da participação de investidores em infraestruturas públicas por força dos incentivos das mudanças ao controle do endividamento público. O arranjo institucional de equilíbrio fiscal instituiu mecanismos de controles administrativos através de regras fiscais, impondo limites prudenciais para que não ocorresse um possível comprometimento da dívida pública.

O arcabouço de política fiscal continua a evoluir, introduzindo mecanismos normativos legislativos que possam provocar alterações de comprometimento orçamentário, como no caso das parcerias público privadas. O controle não se restringe ao âmbito federal, mas também as finanças subnacionais, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios por meio de sanções subjacentes e juridicamente vinculativas a ocorrências de descumprimento.

Na introdução de fatores de controle fiscais, o quadro legislativo das parcerias público privadas considera dispositivos de limites prudenciais a Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso se deve à vinculação de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, nos casos da concessão patrocinada e da concessão administrativa, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários e da Administração Pública a qual seja usuária direta ou indireta, ou seja, há um reflexo direto no comprometimento da Receita Corrente Líquida.

A Lei das PPPs estabelece um comando aparador de gastos aos Estados, Distrito Federal e Municípios ao comprometimento da dívida pública com a finalidade de manter a rigidez do controle fiscal. Assim se extrai do dispositivo abaixo:

⁴²⁰MELLO, Luis de. Fiscal Responsibility Legislation and Fiscal Adjustment: The case of Brazilian Local Governments. In: PETERSON, George E.; ANNEZ, Patricia Clarke (eds.). *Financing Cities: fiscal responsibility and urban infrastructure in Brazil, China, India, Poland and South Africa*. New Delhi: The World Bank Group, 2007.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios⁴²¹.

O impacto contábil abrange os contratos de PPP que, em regra, não submeteriam aos comandos da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴²² pelo fato de que não seriam considerados como operações de crédito, ou seja, dívida pública. No entanto, ocorreu um redirecionamento em adequar-se a nova realidade contábil do setor público, por se tratar de um ambiente operacional recente associado ao contrato administrativo que adviria de instrumentos jurídicos específicos.

A referida Lei possui um escopo sedimentar o regime de gestão fiscal responsável mediante a implementação de mecanismos legais que devem nortear os rumos da Administração Pública, haja vista constitui um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública, o qual traça limites, estabelece controle e oferece elementos balizadores acerca dos gastos públicos, bem como sobre o fluxo de recursos financeiros necessários à sua efetiva realização⁴²³.

As normas contábeis de controle fiscal ficaram a cargo da Secretaria do Tesouro Nacional, pela Portaria n. 614, de 21 de agosto de 2006, direcionando a maneira obrigacional que o parceiro público ao assumir parte relevante dos riscos. Nesse caso, existe condição suficiente para caracterizar a relação econômica de operações de crédito passível de contabilização no balanço do ente público. Diante disso, os riscos compartilhados entre o público e o privado, tão enaltecidos, provocam descontentamentos institucionais e empresariais, uma vez que o poder público não pode comprometer sua gestão fiscal.

Há uma amplitude de impacto nas contas públicas em relação à distribuição de riscos porque gera compromissos financeiros e necessária edição de normativos específicos à recepção contábil. Nesse sentido, a própria norma legislativa de parceria público-privada traz

⁴²¹BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴²²Os artigos 30 e 32, inciso III quando trata dos Limites da Dívida Pública e das Operações de Crédito e da contratação. BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴²³NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

aspectos reguladores ao equilíbrio das contas públicas, reforçando as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A relevância do comprometimento dos riscos estipula as seguintes condições ao envolver⁴²⁴:

- 1) Risco de Demanda: garantias de receitas superior a 40% do fluxo orçado no projeto independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria;
- 2) Risco de Construção: garantias ao parceiro privado envolvendo compensação em torno de 40% em relação ao custo original do contrato ou 40% em relação à parcela excedente do valor contratado originalmente;
- 3) Risco de Disponibilidade: garantias de pagamento ao parceiro privado em torno de 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço, mesmo em desacordo com os dispositivos contratuais.

As condições brasileiras do comprometimento dos riscos visam evitar o impacto na dívida inspirados nos formatos do Reino Unido⁴²⁵ e da EUROTAST⁴²⁶, os quais recomendam o ativo não deve, necessariamente, ser registrado no balanço público, como nos casos dos riscos de construção e de disponibilidade ou de demanda, os quais sejam suportados pelo parceiro privado. A relevância dessas condições repercute no planejamento governamental, na estrutura contratual, na mensuração do desempenho e no equilíbrio econômico-financeiro, além da adequação da despesa ao orçamento configurada pela despesa de caráter continuado e do equilíbrio fiscal.

Como se observa, existe uma importância singular da motivação administrativa pela opção da forma em parceria público privada, fundamentada em conveniência e a oportunidade para abertura do processo licitatório. A expressão formal da decisão administrativa (e política) se insere no bojo da proteção constitucional, pois não basta que as razões existam como a necessidade da *expertise* e eficiência do setor privado, mas também sejam em defesa do

⁴²⁴ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 22 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_614_2006.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴²⁵ Cf. HM TREASURY (Londres). *Project Governance: a guidance note for public sector projects*. Office of Public Sector Information, nov. 2007. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225314/01_ppp_projectgovernanceguidance231107.pdf>. Acesso em: 27. set. 2014.

⁴²⁶ THE EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). *Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*. Luxembourg: EPEC, 2010. Disponível em: <<http://www.eib.org/epec/resources/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2014.

interesse público. Essas razões impulsionam os argumentos técnicos exigidos para a contratação⁴²⁷, por isso, considera-os um dos pilares do Direito Administrativo em incorporar o ato administrativo formal com a finalidade de preservar futuramente a segurança das relações jurídicas advindas.

Segundo o art. 28 da Lei n. 11.079/2004 o limite diz respeito ao percentual dirigido aos Estados, Distrito Federal e Municípios⁴²⁸, pois as propostas, para parcerias público privadas, na visão de Gesner Oliveira et al⁴²⁹, são um dos gargalos da “impossibilidade de estados e municípios contratarem PPPs cuja contraprestação ultrapasse 3%⁴³⁰ da receita corrente líquida”, demonstrando na Lei n. 12.766/12 a alteração do limite para 5% da RCL que propõe “o que falta ser feito: [a] presença de um limite para a contraprestação de projetos contratados via PPP pode continuar desestimulando a contratação desses projetos; por isso a eliminação do limite deve ser buscada”. Essa opção ignora o fato de que os entes subnacionais preferem continuar dependentes das transferências da União, além disso a estratégia deve ser baseada no argumento do descontrole fiscal, típico da expressão política em perspectiva histórica dos Municípios e Estados quando, em momentos de queixas ao Governo Federal, estiverem fazendo um esforço fiscal maiúsculo⁴³¹.

A afirmação do limite do comprometimento da RCL é um dos principais entraves para utilização em maior escala das parcerias público privadas, por entes subnacionais, não encontram sustentação, pois não existe espaço fiscal em diversos municípios⁴³². Em razão

⁴²⁷ Cf. Lei nº 11.079/2004. 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;.

⁴²⁸ A Constituição Federal de 1988 confere competência privativa ao Senado Federal para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal, art. 52, inciso VII. Neste caso, observa-se a Resolução n. 43, de 2001. BRASIL. Resolução n. 43 de 2001. Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências. Senado Federal, Brasília, 9 de Abril de 2002. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Resolucao/010000_resol_43.pdf>. Acesso em: 14 Abr. 2014.

⁴²⁹ OLIVERIA, Gesner et al. Como destravar as parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Orgs.). *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 14.

⁴³⁰ Ainda se referindo a Lei Federal n. 12.024, de 27 de agosto de 2009 que posteriormente foi revogada pela Lei Federal n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012, alterando o limite.

⁴³¹ GIAMBIAGI, Fabio. *Brasil – Raízes de Atraso*. Paternalismo versus Produtividade. As dez vacas sagradas que acorrentam o país. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

⁴³² Os autores demonstram o limite do comprometimento da receita corrente líquida de diversos municípios brasileiros de acordo com os dados da Secretaria do Tesouro Nacional. ANDRADE, Maria Elisabeth M.C.; MARTINS, Vinicius Aversari. PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?. *O Observatório das Parcerias Público-Privadas*, 2011. Disponível em:

disso, há duas formas de gerir tal limite: “celebrar PPPs por intermédio das empresas estatais não dependentes e aprimorar os aspectos contábeis dos contratos de PPP, segregando as despesas de capital”⁴³³

No entanto, persiste uma visão de que o valor percentual limitador de comprometimento da RCL seria um obstáculo, para que o Estado permanecesse na busca no continuísmo do paternalismo, ao invés de encarar as mudanças do novo perfil de gestão administrativa fiscal, de modo que as obrigações correspondentes com as PPPs devem ser suportadas pelos contribuintes, não importando a manutenção do equilíbrio fiscal.

Vale acrescentar que não possui dispositivo proibitivo à extrapolação dos limites, e, sim, consequências que repercutem diretamente a operações junto a União, pois não recebem: 1) garantias para realizar operações de crédito; e 2) transferências voluntárias. Neste caso, identificam-se duas proposições: a União utiliza-se de artifício legislativo, lei ordinária, para imputar aos entes da Federação uma liberdade orçamentária fiscal de responsabilidade; e a finalidade formal financeira de frear o algos da gestão política para os próximos mandatários.

O dispositivo, art. 28 da Lei n. 11.079/2004, sofreu modificações legislativas para ampliar o percentual do limite do comprometimento da Receita Corrente Líquida, já que, inicialmente, o permitido era 1% em 2004, depois alterou para 3% em 2009⁴³⁴ e posteriormente para 5% em 2012⁴³⁵. A justificativa para elevar o limite de comprometimento com as despesas de caráter continuado encontra-se, segundo exposição de motivos da Medida

<<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-e-responsabilidade-fiscal-entreve-ou-cautela-necess%C3%A1ria>>. Acesso em: 14 Abr. 2014.

⁴³³ ANDRADE, Maria Elisabeth M.C.; MARTINS, Vinicius Aversari. PPPs e responsabilidade fiscal: entreve ou cautela necessária?. *O observatório das Parcerias Público-Privadas*, 2011. Disponível em:

<<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-e-responsabilidade-fiscal-entreve-ou-cautela-necess%C3%A1ria>>. Acesso em: 14 Abr. 2014.

⁴³⁴ BRASIL. Lei nº 12.024, de 27 de Agosto de 2009. Dá nova redação aos arts. 4o, 5o e 8o da Lei no 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as Leis nos 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112024.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014.

⁴³⁵ BRASIL. Lei Federal n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112766.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014.

Provisória n. 575, de 07 de agosto de 2012, na necessidade de “tornar possível que os entes que estão tendo parcerias exitosas por meio do uso da lei não tenham que ter frustrados seus planos de investimentos porque estão próximos dos limites existentes até então”, além de considerar que a “alteração do limite contribuirá, em boa medida, para a ampliação dos investimentos públicos”⁴³⁶.

O cerne da questão considera as despesas, dentro do limite prudencial, de caráter continuado, visto que a natureza das despesas provê da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado nos contratos. Por isso, a importância de aferir à contraprestação do parceiro público sob o aspecto do controle fiscal para a abertura do procedimento licitatório.

Desta feita, a autoridade competente deve autorizar e fundamentar as despesas criadas ou aumentadas as quais sucedam aumento de receita ou diminuição de despesa. Esse mecanismo *pay as you go*, “que é um mecanismo de controle sobre o fluxo de despesas do ente público”⁴³⁷, segundo Maurício Portugal Ribeiro⁴³⁸, esse mecanismo não tem eficácia, visto que se reduz a uma simples formalidade administrativa na oportunidade da declaração do ordenador de despesa.

Acontece que o controle fiscal se coaduna com o acompanhamento da dívida pública dos entes da federação na elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro para os exercícios subsequentes. A formalidade não se fundamenta em um vácuo administrativo, mas consubstanciada em mecanismos de controles fiscais e financeiros, pois há uma necessidade de imputar responsabilidades penais e administrativas aos gestores públicos ensejadores de impactos ineficazes. Diante disso, a concretização da Lei de Responsabilidade Fiscal traz um código de conduta aos administradores públicos de todas as esferas.

Nesse sentido, o componente de originalidade está fixado pelos modos de implementação dessas políticas, que alcançaram bons níveis de eficácia técnica e viabilidade política por sua adequação às singulares condições de cada país⁴³⁹. Na agenda brasileira, houve um incremento da gestão pública com consequente direcionamento da abertura à

⁴³⁶ BRASIL. Medida Provisória n. 575, de 07 de agosto de 2012 (Convertida pela Lei nº 12.766, de 2012). Altera a Lei n. 11.079, de 30 dezembro de 2004, que institui normas para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito da administração pública. Convertida pela Lei n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/575.htm>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁴³⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Contabilização Pública do Aporte e da Contraprestação em PPP e o seu Controle Fiscal*, 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/wzgcKz>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁴³⁸ *Id. ibid.*

⁴³⁹ PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 117.

iniciativa privada através de regras com o fito de resgatar a confiança e crédito nas finanças públicas e nos gestores públicos.

A gestão fiscal responsável consubstancia os princípios fundamentais da Administração Pública, como: limitar os gastos continuados; administração responsável de riscos fiscais; a adoção de ação permanente de planejamento; a transparência na elaboração; e divulgação de documentos fiscais. Destarte, “há uma percepção crescente de que as PPPs só devem ser contratadas quando seu custo fiscal estiver explícito e as contingências identificadas, sua natureza entendida pelas partes e a probabilidade de ocorrência e os custos associados feitos transparentes”⁴⁴⁰.

Essas contingências de custos fiscais devem estar disponíveis em portais governamentais como forma do cumprimento da diretriz da transparência dos procedimentos e das decisões, consubstanciada no art. 4º, inciso V da Lei n. 11.079/2004. Vale acrescentar que o cumprimento da transparência não se reduz à publicidade, pois deve conter informações que sejam possíveis à compreensão pelos cidadãos ou por quaisquer interessados suficientes das escolhas político-administrativas.

Desta feita, se verifica a compatibilidade dos interesses políticos e dos interesses/necessidades da população diretamente envolvidos, a qual se pode denominar de controle da atuação administrativa⁴⁴¹. Portanto, o controle dessa atuação caminha no mesmo sentido do direito ao acesso a informação, revelando uma nova proposta de conhecimentos, que historicamente detinha a forma de poder estatal, uma vez que o resgate da informação e o seu acesso posterior quebra um paroquialismo da atuação da Administração Pública.

4.2.3 Repartição Objetiva de Riscos

A repartição dos riscos desencadeia uma premência de segurança jurídica contratual, pois, segundo Fernando Araújo⁴⁴², a partilha do risco entre as partes configura-se um dos objetivos mais relevantes dos contratos, em sua grande maioria, visto que no seu âmago insere-se a consensualidade da relação contratual.

Ao contemplar em dispositivo legal por “repartição objetiva” desenvolve-se a necessidade de mensurá-los para a finalidade de auferir suas consequências, haja vista não é

⁴⁴⁰ FRISCHTAK, Cláudio R. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 137.

⁴⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conversando com a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Jul./ago./set., v. 80, n. 3, ano XXIX, 2011, p. 25-28. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1263.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

⁴⁴² ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 297.

um fim em si mesmo, mas a identificação dos riscos embutidos em projetos de PPPs que têm a capacidade de identificar parceiros e geri-los, uma vez que “a natureza do risco e a arte e a ciência da escolha estão no cerne de nossa economia de mercado moderna⁴⁴³”.

Segundo recomendação do Livro Verde, as PPPs não implicam em que um dos parceiros assuma todos os riscos, seja o público ou o privado, mas a distribuição pontual dos riscos efetuada caso a caso, justamente em função das capacidades respectivas das partes⁴⁴⁴. Nisso identifica-se que “a assunção de riscos foi convertido em um dos privilegiados catalisadores que impulsionam a sociedade moderna⁴⁴⁵”.

Nas relações de arranjos econômicos, o risco caracteriza-se por ser possível a sua transferência: parte ao poder concedente e parte ao concessionário, consoante mecanismos harmônicos do Direito representados pelo instrumento contratual, dessa relação “o desafio é saber como descrever, medir e comunicar o risco e a incerteza”⁴⁴⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a repartição de riscos em contratos públicos é uma inovação, enquanto nas relações contratuais privatistas são conhecidas e tratadas pela doutrina como possível e justa, pois há uma cultura de risco suportada pela Administração Pública, tanto nos casos de contratos sob a égide da Lei n. 8.666/93, como também nos casos previstos na Lei n. 8.987/93.

O instrumento contratual vincula os entes e os particulares a procedimentos voltados à atividade econômica, acompanhado por uma visão consensual, os quais optam bilateralmente por repartir os riscos, convertendo-a numa visão jurídica pública. As incertezas e as probabilidades devem ser consideradas na construção da matriz de riscos com variáveis econômicas e as correlatas com especificidades próprias de cada segmento com a ponderação naquilo que melhor atue nos negócios, abstendo-se da visão do setor privado que seja eficiente em suas atuações num inestimável elemento flexibilizado⁴⁴⁷.

O legislador ordinário, conforme art. 5º da Lei n. 11.079/2004, atribuiu às partes envolvidas uma força normativa cujas cláusulas devem prever a repartição dos riscos, pois cada contrato apresenta sua especificidade, visto que é uma ordenação estratégica de diminuir

⁴⁴³ AVEN, Terje. *Foundations of Risk Analysis*. A knowledge and decision-oriented perspective. England: John Wiley & Sons, 2003. p. 1-2.

⁴⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA. *Sínteses da Legislação da União Europeia*: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT), 2004. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

⁴⁴⁵ AVEN, Terje. *Op. cit.*, p. 1-2.

⁴⁴⁶ *Id. ibid.*, p. 4.

⁴⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*

os custos de transação na prossecução de um fim compartilhado⁴⁴⁸. Por conseguinte, a abrangência de repartir os riscos, lastreado em contrato público, comporta uma solidez do negócio, por meio das PPPs porquanto a continuidade depende dos fatores negociados, nos quais poderão incidir negativamente, gerando prejuízos, ou, positivamente, no equilíbrio das partes, ou seja, os critérios de resultados deverão estar inseridos no contexto socioeconômico, conforme metas anteriormente estipuladas para cada área.

4.2.4 Sustentabilidade

Inicialmente, é significativo compreender o que é sustentabilidade, em sua inserção em contratação pública de projetos de infraestruturas e prestação de serviços públicos. A sustentabilidade envolve a ideia de elementos catalizadores compostos de regras para a existência humana cuja vida depende dessas condições. Diante disso, o termo sustentabilidade desencadeia uma dificuldade de uma definição uniforme e aceitável, visto que há uma vaga ideia do que a sustentabilidade envolve ou como alcança-la, uma vez que a sustentabilidade é um dos fundamentos de qualquer sociedade, mas, ao mesmo tempo, parece muito distante de um consenso. Isso se justifica pela enraizada produção de bens/serviços e consumo de desperdício, caracterizando uma insustentabilidade⁴⁴⁹.

Evidentemente, o termo sustentabilidade ganhou notoriedade com a concepção ligada à preservação do meio ambiente com referências aos fatores de continuidade da sociedade humana. Em resposta, a sociedade pode “*choose to fail*” aos problemas ambientais, desde que incorpore ou ignore o modo de viver dentro dos limites⁴⁵⁰ da concepção de desenvolvimento sustentável. Essa ideia liga ao entendimento de desenvolvimento sustentável trazido pelo Relatório de Brundtland⁴⁵¹, em 1987, prefigurando um desenvolvimento que satisfaça as necessidades do presente, mas sem comprometer a capacidade das gerações futuras ao atenderem as suas próprias necessidades.

Depreende-se que o entendimento, trazido pelo Relatório de Brundland, é de que há uma convergência de atributos como ambiental, social e econômica em direção à sociedade. Para Klaus Bosselmann⁴⁵², esse sentido de sustentabilidade poderia permanecer numa ideia utópica com objetivos distantes que dificilmente seriam alcançados.

⁴⁴⁸ *Id. ibid.*

⁴⁴⁹ BOSSELMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. England: Ashgate, 2008. p. 11-12.

⁴⁵⁰ *Id. Ibid..*

⁴⁵¹ WORLD COMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Our Common Future, “Brundtland Report”. New York: Oxford University Press, 1987.

⁴⁵² BOSSELMANN, Klaus. *Op. cit.*

O termo sustentabilidade revela uma mensagem ordenadora do sistema social a qual é manifestada pela Lei das Parcerias, que enfatiza vertentes da sustentabilidade, direcionando além das fronteiras os fatores ambientais e podendo conferir um peso maior do que os métodos convencionais que permitem o interesse às futuras gerações, para o reconhecimento de fatores sociais, econômicos, institucionais e valores culturais da sociedade⁴⁵³. Nesse sentido, a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas constituem uma das diretrizes para a contratação de parceria público privadas, conforme disposição do art. 4º, inciso VII da Lei n. 11.079/2004.

Nesse caso, pode-se desencadear uma integração de sujeitos e objetos em valoração da sustentabilidade com dimensões interpretativas do Direito Contratual Administrativo e o escopo de reconsiderar uma abordagem integrativa *multidimensional*⁴⁵⁴, isto é, a formação teórica desenvolvida tem o propósito de adequar às indicações das diretrizes conformadas na Lei das PPPs. A lei reflete essas mudanças, adotando a nova faceta da sociedade ou buscando do desenvolvimento sustentável, que orientam a interação entre o público e o privado nos mais diversos setores ou áreas.

O termo sustentabilidade, inserido na esfera das PPPs, apresenta uma mensagem de que a contratação a longo prazo deve cuidar primeiro do indicativo do planejamento financeiro em que possa estipular o montante dos recursos suficientes para o empreendimento, inclusive o gerenciamento dos riscos.

A sustentabilidade econômica refere-se à atividade produtiva, identificando os custos e benefícios, diretos e indiretos, que recaem sobre o empreendimento e considerando o fator da economicidade e a regulação necessária do mercado de forma que permita a eficiência de guardar a real subordinação à eficácia⁴⁵⁵.

A sustentabilidade social vincula-se à materialização de direitos fundamentais sobre o papel da sociedade como aspecto relevante em termos de melhorias de qualidade de vida. Ainda, percebe-se na sustentabilidade a indicação de novos contornos de atuação da Administração Pública que necessita de uma percepção imediata e apropriada de uma posição

⁴⁵³ GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Op. cit.*, p. 221.

⁴⁵⁴ Diferentemente da ideia da sustentabilidade considerada pluridimensional que condiciona ao desenvolvimento de maneira a ensinar o bem-estar das gerações futuras, defendida por Juarez FREITAS, em que o autor destaca três pontos: a sustentabilidade relacionada a inteligência sistêmica e de equilíbrio ecológico, a sustentabilidade que busque o desenvolvimento em sintonia com a resiliência dos ecossistemas e com a equidade intra e intergeracional, e a sustentabilidade em versão mono, que não dá conta do entrelaçamento das dimensões, devido a impossibilidade de incorporar a dimensão valorativa ou ética do desenvolvimento e a dimensão jurídico-política. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55-57.

⁴⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 65-67.

contundente diante dos impactos da contratação de PPPs, a qual perdura em torno de trinta anos.

Nesses casos, a sustentabilidade ventila uma esfera desafiante ao gestor público, diante da decisão de optar pela PPP, justificada em dados reais de sustentação financeira e socioeconômica do projeto que não possam comprometer a Administração Pública no futuro. Esse comprometimento se refere às futuras gerações pela via do endividamento público, bem como pela eficiência do próprio projeto em atender às necessidades da sociedade. Diante disso, a autorização, para implementar a PPP, deve ser fundamentada por uma decisão coerente em decorrência dos encargos ao longo das gerações ou dos governos futuros.

A concepção subjacente de sustentabilidade em PPP necessita de assegurar os seguintes aspectos:

1. De melhoria de qualidade do projeto em termos de custos versus benefícios;
2. Do acesso proporcional à necessidade do usuário independente do poder aquisitivo;
3. De melhoria de qualidade de vida da população;
4. De impacto mínimo em termos ambientais.

A perspectiva da sustentabilidade envolve a adoção de interesses comuns entre o público e o privado, conferindo boa-fé aos interessados envolvidos, dado que se pode adotar uma óptica jurídica de interesse público imbuído de graus de envolvimento desses interesses. Ademais, a sustentabilidade equilibra as necessidades da sociedade e das pessoas que viverão no futuro, por meio de um ato administrativo de coerência entre as necessidades econômicas e sociais⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ BOSSELMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 176-195.

5 PROCEDIMENTALIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: INCENTIVOS, RISCOS, RESULTADOS E INCOMPLETUDE

O estudo do contrato administrativo aplicável às concessões de parcerias público privadas não contém o condão de demonstrar a evolução histórica, mas de pontuar elementos considerados essenciais ao desenvolvimento da tese, visto que o interesse do estudo recai sobre o compartilhamento do risco entre os parceiros, dos resultados contratuais advindos com base em parâmetros e indicadores de desempenho e da incompletude contratual. Essa proposta realça a perspectiva da estrutura jurídica vinculada à operacionalidade do contrato administrativo que assegura a prestação de serviços públicos, já que “há, pois, que se buscar o que há de essencial na categoria jurídica *contrato*, tomada em seu aspecto substancial”⁴⁵⁷.

Isso se deve ao contrato administrativo tradicional o qual vem passando por uma nova leitura, a partir do final do século XX, como papel organizativo central da relação entre Administração e administrado em decorrência estrita das mutações do Direito Administrativo acompanhando às tendências mundiais de “*fuga para o direito privado*”. Embora o instrumento jurídico assegurasse proximidade e peculiaridade próprias, uma cultura jurídica⁴⁵⁸ intrínseca deveria ser aplicada no seu próprio ordenamento.

As inquietações surgem os instrumentos contratuais, no decorrer da história do período colonial a pós-modernidade, com valores de disputas entre público e particular, inclusive com procedimentalização pormenorizada, receios dos agentes desvirtuar o seu espírito, timidez de uma linguística contemporânea, patrimonialismo e com aceitação das regras econômicas. Esses são retratos da vida política e econômica presentes em formatos organizativos da Administração, já que os contratos públicos exercem funções estratégicas dentro de uma organização ao permitir aquisições de materiais e serviços para o funcionamento da Administração, bem como o papel de via de cooperação para o desenvolvimento.

O Estado tem no instrumento contratual uma estratégia fundamental entre as suas atividades para impulsionar e prover sua operacionalização, conforme oportuna colocação de Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁵⁹ ao afirmar que “o contrato é uma categoria que não pertence

⁴⁵⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Op. cit.*, p. 66 (grifos do autor).

⁴⁵⁸ Uma importante reflexão de Boaventura de Sousa Santos, “vivemos, de facto, um tempo intelectual complexo que se pode caracterizar desta forma algo paradoxal: a cultura e especificamente a cultura política ocidental é hoje tão indispensável quanto inadequada para compreender e transformar o mundo”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial*: e para além de um e outro. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 2004.

⁴⁵⁹ BACELLAR FILHO, Felipe Romeu. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, Associação dos Advogados, São Paulo, 2009, p. 160 [p. 155-157].

nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado”.

A figura jurídica, designada pelo contrato administrativo, compreende duas vertentes: o poder público substanciado de poderes com a finalidade da proteção do interesse público e os particulares embutidos de interesses privados, mas se submete aos termos ali constituídos⁴⁶⁰. Nesse sentido, aponta Jean Rivero⁴⁶¹ que a desigualdade da Administração, em relação ao particular, se justifica pela questão financeira ao sustentar que “o contratante, neste terreno, se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração, de suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais”.

Na perspectiva de abranger os mais diversos ajustes, a colaboração entre as entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas essas partes envolve uma pluralidade de atores⁴⁶², os quais surgem novas figuras vinculadas à contratualização⁴⁶³. O termo contratualização compreende um instrumento de aperfeiçoamento de contratação com vistas à prestação de serviço de qualidade. Esse instrumento contratual visa atingir o desempenho almejado, utilizando critérios de avaliação objetivamente definidos, que são estabelecidos compromissos mútuos e eficazes e definindo os meios e metas de responsabilidades de forma comum entre as partes. Aliás, o termo contratualização do que o do contrato, pois engloba toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas, ou seja, a substituição das relações comandadas pela subordinação e consubstanciadas pelas relações fundadas na discussão e na negociação.

Nesse sentido, o legislador constitucional imputou a forma contratual ao regime de concessão de serviços públicos como veículo de relação entre terceiros para prestação de serviços em segmentos específico, possuindo institutos de previsões de qualidade e desempenho dos serviços de modo a descrever a vontade das partes em termos de responsabilidade e obrigação, e identificando o cumprimento de atividades para cada parte individualmente.

⁴⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁶¹ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p.108 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 613.

⁴⁶² MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 212-213.

⁴⁶³ O termo contratualização é muito mais abrangente do que o termo contrato. Pois engloba toda uma atividade ou um modo de relações entre as pessoas. Significa, portanto, a substituição das relações comandadas pela subordinação pelas relações fundadas na discussão e na troca. PONTIER, Jean-Marie. *Les Contrats de Plan entre État et Régions*. Paris. Presses Universitaires de France (PUF), 1998. p. 7. apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 187.

Na interpretação de contratos mais sofisticados, em contraponto ao contrato de forma clássica, torna-se acessória como espécie de “âncora doutrinária” e comporta hipóteses de cláusulas rigorosas em um ambiente econômico complexo⁴⁶⁴. Essa complexidade surge das externalidades advindas das necessidades de investimentos em serviços estruturantes com a finalidade de desenvolvimento, pois na concepção administrativa não se pode conceber aquele negócio jurídico nos moldes praticados no século XIX, já que todo negócio deve espelhar “a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real”⁴⁶⁵.

O cerne do contrato administrativo das parcerias público privadas contém o fenômeno de internacionalização contratual pública num processo de interrelações público e privado, em que há diminuição da participação direta do poder público e gradativamente o aumento de capital privado em serviços postos à sociedade. Cabe ressaltar que o papel do setor público se reduz, mas não desaparece, tratar-se de parceiros, em termos de colaboradores, com um diferencial: alcançar, atender e suprir as lacunas de serviços estruturantes.

5.1 AMBIENTE INSTITUCIONAL DE INCENTIVOS

As parcerias público privadas permitem um engajamento do setor público e do setor privado como participantes diretos dos arranjos jurídicos. No universo desse instrumento, a representação do setor público conduz ao procedimento para o fornecimento de serviços por meio da concessão patrocinada e da concessão administrativa.

No propósito de buscar a eficiência pela via das PPPs, os participantes desse processo devem adquirir o sentido de cultura gerencial e de responsabilidade social, sendo o público do privado, e este do público⁴⁶⁶, respectivamente, os quais repercutem em resultados aos usuários. Diante disso, os argumentos podem ser a favor ou contra a assunção da Administração Pública em atividades econômicas de serviços públicos como no mesmo sentido a iniciativa privada.

Os projetos de formatação para instalação de PPPs utilizam mecanismos institucionais, jurídicos e financeiros na composição extremamente complexa diferentemente dos tradicionais de concessão de serviços públicos. Há uma construção pelo governo em criar um ambiente de financiamento, bem como normativo para permitir a inserção de investimentos da iniciativa privada, por meio de instituições de fomento.

⁴⁶⁴NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p. 101.

⁴⁶⁵ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 296.

⁴⁶⁶URIO, Paolo. *Public-Private Partnerships Success and Failures factors for in-transition countries*. New York: University Press of America, 2010. p. 38.

Em outras palavras, os arranjos institucionais proporcionados pelas PPPs contribuem para a melhoria de fornecimento de serviços à população, considerando o conjunto de interrelações das estruturas básicas da economia, sociedade e ambiente institucional. Essas estruturas compreendem fundamentos valorativos a uma escolha pública de diretrizes, considerando a eficiência de meios e resultados, a responsabilidade fiscal e a transparência, cuja repartição de riscos atenta aos direitos do particular e à sustentabilidade do projeto.

Nesse ambiente de incentivos, o principal objetivo do Estado envolve a coesão da sociedade como um todo e, não somente, o conjunto e implementação de ambiente jurídico e institucional favorável ao funcionamento de um instrumento. Diante disso, a PPP, voltada ao fator econômico, assume ou garante uma distribuição equitativa de participações, privado, público e usuário, sob uma estrutura social. Dessa feita, pode-se afirmar que o papel do Estado seria encontrar um nível de eficiência, equidade e sustentabilidade aceitável a todos os *stakeholders* dentro de uma determinada sociedade⁴⁶⁷.

A participação do setor privado e a mobilização das instituições financeiras, incluindo os organismos multilaterais, consistem o processo de transição da prestação de serviços públicos com a novidade operacional através de parcerias negociais. Dessa maneira, o clima de investimentos deve ser de forma positiva⁴⁶⁸, isto é, demonstrando as vantagens e desvantagens de cada área, os riscos e as garantias de solvência, bem como o método de aferição do desempenho dos serviços postos à disposição aos cidadãos.

Ademais, o propósito teleológico das parcerias entre os atores público e privado é proporcionar serviços com resultados eficientes, posto que as PPPs devem buscar maximizar os respectivos pontos fortes dos setores, público e privado, e minimizar os pontos fracos de ambos⁴⁶⁹.

Diante desse contexto, a escolha pública para implantar as PPPs deve promover um ambiente que seja necessário à colaboração de equipes, técnicas, econômicas e jurídicas, além dos ministérios diretamente envolvidos, posto que a gestão central de coordenação das atividades de PPPs, no governo federal, cabe ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que exerce orientação normativa aos órgãos setoriais e específicos das unidades de planejamento e aos orçamentos das entidades da Administração Indireta, além da

⁴⁶⁷ URIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 34-35.

⁴⁶⁸ Segundo Jeffrey Delmon, a formula de PPP deve ser adotada de maneira transparente, principalmente em relação ao ambiente de investimentos, pois quando os projetos não são conhecidos de forma clara ou não são revelados em sua integridade podem levar ao fracasso, consequentemente acarretará dispêndio de dinheiro e de tempo para o Estado e para o setor privado. DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. The World Bank Group: PPIAF, 2010.

⁴⁶⁹ URIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 37-38.

participação do Ministério da Fazenda, como responsável pela formulação e execução da política econômica, com o papel de viabilizar e definir os limites de créditos, e da Casa Civil da Presidência da República, como órgão político para acompanhamento das ações dos projetos.

5.1.1 Ambiente de Relações complementares

A complexidade dos projetos de PPPs exige a participação de diversos atores no processo de construção, uma vez que os participantes envolvem, de um lado, um órgão público com diferentes interesses e estruturas organizacionais distintas e estabelece um relacionamento negocial com as percepções dos usuários, e, de outra parte, o setor privado não se restringe à empresa privada ou consórcio participante do processo de licitação, mas também dos organismos multilaterais, como o Banco Mundial, que fornecem serviços de consultoria ou de intermediação aos financiamentos provenientes de instituições financeiras⁴⁷⁰.

Acrescente-se que as instituições de fomento, como os bancos de desenvolvimento a exemplo do BNDES, assumem o papel expressivo de financiadores de concessões, contribuindo para redução de probabilidades de eventos que possam afetar a liquidez do investimento.

A Lei n. 11.079/2004 incumbiu a tarefa ao Comitê Gestor de Parceria Público Privada Federal (CGP) das seguintes competências:

- I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos⁴⁷¹.

A importância da justificativa da conveniência e oportunidade, pelo CGP, deve ser demonstrada com base em critérios objetivos que possam subsidiar a efetividade da contratação pelo regime de PPP, dentro dos serviços considerados prioritários, propostos pelo Grupo Executivo instituído pelo Decreto Federal n. 6.037, de 7 de fevereiro de 2007.

⁴⁷⁰ DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*.

⁴⁷¹ Art. 14 do BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014 c/c Art. 1º do BRASIL. Decreto nº 5.385 de 4 de Março de 2005. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014

Acontece que os critérios são, na maioria dos casos, de alta complexidade, pois o projeto de formatação de PPPs abrange uma dimensão técnica de realidades distintas e em áreas diversas, exigindo especialistas e representantes políticos para comporem uma formalidade legislativa.

A Administração Pública autoriza o procedimento por meio de uma autoridade competente do órgão responsável baseado em pareceres consubstanciados em fatores de sustentabilidade financeira e fiscal, além da importância da alternativa de financiamento privado para alcançar melhorias de prestação de serviços nas áreas delimitadas. Os prováveis concessionários, parceiros, se habilitam, segundo o objeto licitado, a participar de forma individual ou por consórcios privados, em que haja combinação de *expertise* e de meios de financiamento.

Segundo o Livro Verde, a cooperação entre os setores público e privado se concretiza pela durabilidade da realização de projetos, que podem consistir em parte financiados pelo setor privado⁴⁷². Os aspectos de financiamento nas alianças de parcerias público privadas demonstram ser um instrumento útil para oportunidades de incentivos à formulação de projetos de capitais expressivos e ao retorno desses investimentos traduzidos em resultados de serviços públicos. O poder público pode financiar parte desses projetos que, na fase de disponibilidade dos terrenos, serão executados.

Uma estrutura de compartilhamento dos riscos pode ser construída entre os parceiros, de acordo com a *expertise*, os quais gerenciam os eventos. O desafio dessa interação encontra-se no enfrentamento das incertezas geradas a partir da perspectiva da duração do contrato a longo prazo, por isso o compartilhamento deve ser proporcional ao valor agregado para os parceiros.

Ainda, segundo Richard M. Steinberg⁴⁷³, “a incerteza emana da incapacidade de se determinar com precisão a probabilidade de ocorrência de determinados eventos e impactos a eles associados”, por isso, a estabilidade do ambiente gerador do procedimento licitatório, se refere à fase interna de planejamento e à estrutura contratual definida. A matriz pode

⁴⁷² COMISSÃO EUROPEIA. *Sínteses da Legislação da União Europeia*: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT), 2004. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁷³ STEINBERG, Richard M. et al. Gerenciamento de Riscos na Empresa – Estrutura Integrada: Sumário Executivo e Estrutura e Gerenciamento de Riscos na Empresa – Integrated Framework: Application Techniques, 2 vol. *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*, 2007 (Portuguese). Disponível em: <http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2014.

confirmar que o risco alocado é para o público ou privado, pois essa preparação *ex ante* constitui fundamental para escolha e, posterior, relacionamento contratual entre os parceiros, privado e público.

Nesse processo, a expectativa inerente ao setor privado compreende o gerenciamento melhor dos riscos em função do capital privado financiado para realizar projetos viáveis⁴⁷⁴ por meio de complexos instrumentos jurídico-financeiros.

A participação do setor privado encaminha em direção ao ciclo de inovações em que os investidores privados assumem atividades em infraestruturas públicas, uma vez que há necessidade de comprometimento fundamental de segurança jurídica e creditícia. Por isso, a realidade das PPPs deve assegurar compromissos regulamentares e contratuais adequadas, a fim de que os investidores privados tenham um ambiente de incentivos e capacidade de financiamentos⁴⁷⁵.

Os incentivos da iniciativa privada possuem uma probabilidade de garantir expansão de acesso aos serviços através de modernização tecnológica de equipamentos, controle de custos, diminuição de perdas técnicas e de expansão. Acrescentem-se incentivos mercadológicos ao cumprimento das normas de qualidade e de outras obrigações regulamentares típicas de competição de mercado com efeitos na qualidade dos serviços prestados⁴⁷⁶.

O contrato de longa duração, o financiamento assegurado em parte pelo setor privado, o papel do agente econômico e a identificação dos riscos a serem compartilhados entre o setor público e o setor privado constituem elementos caracterizadores centrais para implementação das parcerias público privadas⁴⁷⁷. Diante disso, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do acordo contratual deve ser levado em consideração, visto que o compartilhamento dos riscos é considerado pelo período da relação de parceria⁴⁷⁸. Nessa

⁴⁷⁴ DEMIRAG, Istemi, KHADAROO, Iqbal, STAPLETON, Pamela, STEVENSON, Caral. The diffusion of risks in public private partnership contracts, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Australia, v. 25 Iss: 8, 2012, p.1317-1339.

⁴⁷⁵ GRAY, Philip. *Private Participation in Infrastructure: A Review of the Evidence*. Private Provision of Public Services Group Private Sector Advisory Services, 2001. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.1200&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁴⁷⁶ *Id. Ibid.*

⁴⁷⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Sínteses da Legislação da União Europeia*: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (Português PT), 2004. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_pt.htm>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁴⁷⁸ AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público-Privadas*: instrumento de uma nova governança pública. Coimbra: Almedina, 2009.

linha, a duração do convencionado de parcerias público privadas determina a durabilidade da amortização dos investimentos que serão realizados⁴⁷⁹.

Os parâmetros anteriormente convencionados para o fornecimento dos serviços deveriam atender as mutações do contrato de longa duração dentro dos limites para a adaptação das mudanças como o enquadramento socioeconômico, o avanço tecnológico⁴⁸⁰ e a sustentabilidade do empreendimento.

Nessa relação, os atores público e privado precisam considerar a capacidade de conhecimento do produto, os meios financeiros adequados e os aspectos⁴⁸¹ econômicos, na medida em que essa interação transacional permite a troca de recursos envolvidos, haja vista os recursos devem ser complementares. O principal fator desse aspecto econômico da formação de parcerias público privada consiste no financiamento privado, mas a parte financeira. Nessa consideração, os atores privados levam em conta a rentabilidade do projeto e seu objetivo com as metas internas da empresa, enquanto para os agentes públicos o acréscimo de rentabilidade revela-se por meio das receitas sociais⁴⁸².

A relação da parceria entre o público e privado cria uma expectativa de valores a ser alcançados pelas partes, quais sejam⁴⁸³:

1) Valor incorporado ao conteúdo: na fase do projeto, a inserção de melhorias de qualidade e a inovação compreendem formas de integrar os acréscimos aos empreendimentos públicos, ou seja, a participação do setor privado é salutar devido a sua capacidade de competição no mercado em relação ao custo e benefício;

⁴⁷⁹ LIGNIÈRES, Paul. *Op. cit.* Segundo Paul LIGNIÈRES a duração do contrato é uma das questões mais importantes no processo de formação de PPPs, pois a duração é em função do sistema de regulação. Visto que se o mecanismo de regulação permite um controle eficaz e permanente dos preços praticados, a duração pode ser longa. Caso contrário, no sistema onde os preços são não regulados para execução do contrato, é conveniente limitar a duração e favorecer a concorrência o mais possível.

⁴⁸⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. cit.*

⁴⁸¹ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An international perspective*. Oxford: Blackwell, 2006. Mirjam BULT-SPIERING e Geert DEWULF consideram o aspecto sociológico como uma forma de se agregar valor ao funcionamento da relação entre o público e o privado e a influencia no funcionamento inter-organizacional das relações. Ainda, citando Anoop MADHOK, a perspectiva sociológica diz respeito a “*relationship-centred approach*” (a abordagem centrada da relação) com a identificação dos seguintes conceitos: compromisso entre as partes, flexibilidade, liderança, confiança e respeito. Desta forma, o comportamento dos atores em direção ao sucesso ou não vai depender do nível de compromisso durante o período contratual, por isso a necessidade de flexibilidade para os procedimentos operacionais. A confiança é um elemento caracterizador dessa relação tanto na implementação (projeto) quanto no funcionamento da Parceria Público Privada, pois projetado será confrontado com o executado. Nesta fase, as incertezas poderão emergir dificultando a execução dos contratos tendo em vista o formalismo legislativo, além disso, deve ser considerado o oportunismo de ambas as partes. MADHOK, Anoop. Opportunism and trust in joint venture relationships: an exploratory study and a model. *Scandinavian Journal of Management*, USA, 11(1), p. 57–74.

⁴⁸² BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁸³ *Id. ibid.*, p. 21 - 29.

2) Valor integrado ao processo: durante a estruturação da parceria, os objetivos e interesses devem ser ajustados em função do conhecimento e da experiência do objeto a ser implantado. Nessa fase, os atores se complementam, pois o ator público detém conhecimento/domínio em relação aos procedimentos e as inserções políticas, enquanto o ator privado apresenta eficácia e eficiência para alocação de recursos financeiros;

3) Valor adicionado ao financeiro: essa poderá ser alcançada pelo compartilhamento de riscos e pelo acompanhamento da produtividade em relação à contraprestação aos usuários pelo custo e pela qualidade do serviço;

4) Valor anexado às externalidades de projetos e iniciativas: a evolução das áreas adjacentes ameaça áreas determinadas.

5.1.2 Ambiente Relacional: construindo um ambiente de PPPs

Os atores envolvidos nesse ambiente são interligados a tomada de decisão da Administração Pública para escolha do modelo de PPP. A estratégia de identificação das razões que justifiquem a opção em favor das PPPs deve partir procedimentalmente de decisões as quais envolvam o “tempo de decisão”, a “decisão de gestão”, e “decisão de pagamento”. Esses constituem fatores decisórios relacionados ao ambiente de formatação de PPP, pois o “tempo de decisão” refere-se ao fato de estabelecer quais os novos serviços fornecidos ou acrescidos de melhorias nos serviços já existentes⁴⁸⁴.

Dessa feita, caso não identificasse tais aspectos adicionais, a Administração Pública deveria optar por outras alternativas como a concessão comum ou, até mesmo, implementar políticas de melhorias. Nesse caso, o Estado deve ser capaz de financiar a prestação do serviço, porém dependerá de fatores domésticos como capacidade de endividamento, comprometimento orçamentário, demanda dos cidadãos e o acesso da população a esses serviços. Aliás, se o fator orçamentário fosse além do limite da capacidade prevista, o recurso público não seria o mais adequado, haja vista o Estado deve recorrer à participação da iniciativa privada através de recursos financeiros para atender aos investimentos.

O tempo de decisão refere-se à oferta de serviços pela iniciativa privada, se esta seja mais eficiente do que a disposição do Estado e/ou a qualidade é melhor, ou seja, o caso seria a favor do investimento privado. No entanto, a decisão em favor ou não da provisão privada pode ser orientada por considerações ideológicas⁴⁸⁵ ou influências políticas.

⁴⁸⁴URIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁸⁵*Id. ibid*, p. 42-44.

A decisão de gestão está relacionada diretamente às vantagens dos serviços colocados a cargo dos proponentes da PPP, decorrentes da repartição das obrigações entre os parceiros. Nesse caso, diante do arcabouço do projeto de implementação, a Administração Pública deve avaliar quais os benefícios em transferir algumas tarefas ao parceiro privado e, da mesma forma, as vantagens em transferir ao parceiro público⁴⁸⁶.

Na decisão de pagamento, fazendo um paralelo com os tipos de PPPs, patrocinada e administrativa, a Administração Pública deve escolher a quem recairá o custo do serviço em outras palavras, “quem vai pagar o serviço prestado”⁴⁸⁷. Nesse caso, se optasse pela concessão patrocinada o investidor viria das empresas privadas com o adicional do parceiro público, para recuperar o investimento e auferir lucro, além de proporcionar o acesso à população, mas caso optasse pela concessão administrativa, os consumidores não seriam responsáveis diretamente pela tarifação, pelo contrário, a própria Administração Pública se encarregaria da contraprestação independentemente do acesso concedido à população.

O determinante nesse processo é o poder conferido aos órgãos instrumentais que possuem a competência de motivação inicial e da decisão final para optar pela PPP, de acordo com o quadro de planejamento e as prioridades de investimentos, além das especificidades do projeto⁴⁸⁸. Por isso, justifica-se a instituição do Grupo Executivo e a Comissão Técnica das PPPs que deveria ser composta por membros técnicos de cada área, pois tal argumentação se fundamenta no próprio Decreto Federal n. 6.037/2007 que “das reuniões do Grupo Executivo ou da CTP destinadas ao exame de projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública federal direta, em cuja área de competência esteja enquadrado o assunto objeto da contratação em análise⁴⁸⁹.” Extrai-se a real necessidade de cada área levada em consideração quando houver reuniões para avaliação de projetos.

O centro de construção do ambiente de PPP se encontra na Unidade de PPP composta pelo Grupo Executivo e pela Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), que competem gerenciar as expectativas da inovação contratual através das parcerias. Essa observação tem como propósito revelar a escolha da modalidade a qual não pode ser a única solução para defasagem de infraestruturas públicas nem a única opção política para investimentos.

⁴⁸⁶URIO, Paolo. *Op. cit.*, p.42-44.

⁴⁸⁷*Id. ibid*, p.44.

⁴⁸⁸AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. cit.*.

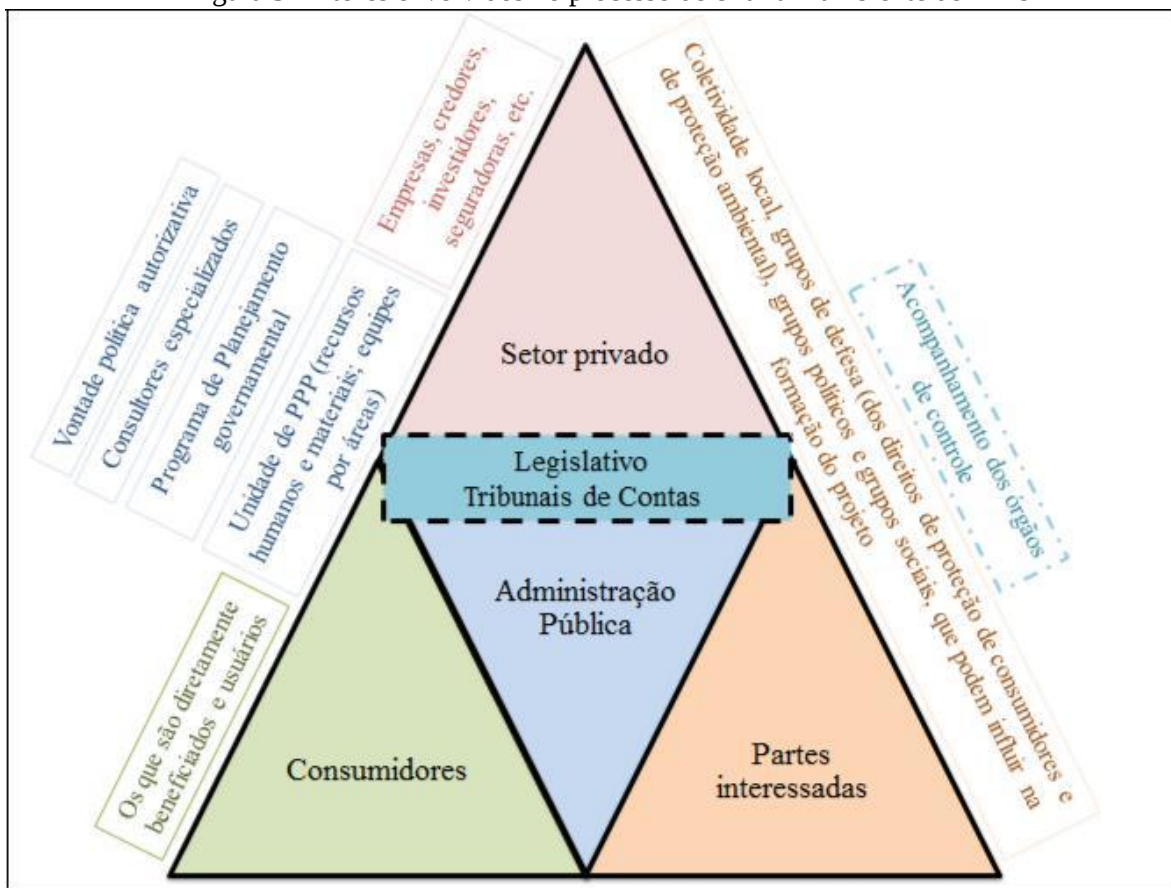
⁴⁸⁹BRASIL. Decreto nº 6.037, de 7 de Fevereiro de 2007. Altera e acresce dispositivos do Decreto no 5.385, de 4 de março de 2005, que institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6037.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

Dessa maneira, a decisão é subsidiada pela conveniência e oportunidade da escolha pública do regime de PPPs, já que o dispositivo deve estar inserido na viabilização da contratação de consultoria técnica especializada para cada área por meio de pareceres técnico-jurídicos. Essa possibilidade de contratação deveria ser através de licitação por melhor técnica, mediante a utilização de parâmetros objetivos inseridos no instrumento convocatório, cujo prazo seria adotado nos parâmetros da modalidade de pregão de 8 (oito) dias úteis.

Cabe enfatizar que há dispositivo de consultoria multidisciplinar pelo viés da dispensa ou de inexigibilidade de licitação, mas a fundamentação se baseia na confiabilidade pessoal, e, muitas vezes, em função exclusivamente do preço. Todavia, a subjetividade consiste no ponto central do procedimento em discordância com as reiteradas recomendações dos órgãos de controle.

A decisão de criar um ambiente relacional capaz de contemplar as ponderações depende do ambiente institucional do país, considerando a importância dos participantes envolvidos. Esse ambiente relacional entre os envolvidos apresenta objetivos distintos, mas complementares, quais sejam: Administração Pública, Setor Privado, Consumidores e Partes Interessadas.

Figura 3 - Atores envolvidos no processo de criar um ambiente de PPPs



Fonte: Elaborada pela autora com base em DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. Washington, DC: The World Bank Group, PPIAF, 2010. (Nota: Adotou-se uma interrelação com a realidade da Legislação de PPPs do Brasil).

A capacidade institucional de obtenção de sucesso advém dos recursos humanos, os quais representam os indicados para atuarem nesse processo de consolidação, ou seja, é importante experiências e conhecimento prévio sobre PPPs aliada à multidisciplinariedade de especialização⁴⁹⁰. A qualificação de pessoal é um fator a considerar em relação aos problemas administrativos que possam afetar o andamento do investimento em contratação de PPPs.

A vantagem de uma Unidade de PPP, conforme definido no Decreto Federal n. 5.385, de 4 de março de 2005, envolve a centralização operacional de todo o processo, possibilitando uma visão de sua interrelação com os outros órgãos, cuja demanda governamental concentra a preparação dos projetos e seus procedimentos sucessivos conexos. Além desses, a centralização operacional compreende a equipe multidisciplinar distribuída para cada etapa do processo aos modelos procedimentais de licitação e contratos, rotinas de

⁴⁹⁰ É importante enfatizar que a qualificação da mão-de-obra torna-se um ponto fundamental na construção do projeto de PPPs, pois a influência política é um indicativo alto nesse processo. Não se restringe aqui a questão de funcionários efetivos ou não, mas de conhecimentos técnicos suficientes para agregar valores ao processo.

acompanhamentos dos projetos em execução e os critérios de avaliação, acrescentando, ainda, um quadro jurídico para acompanhar os processos junto aos órgãos de controle, administrativo e judicial, e suas observações.

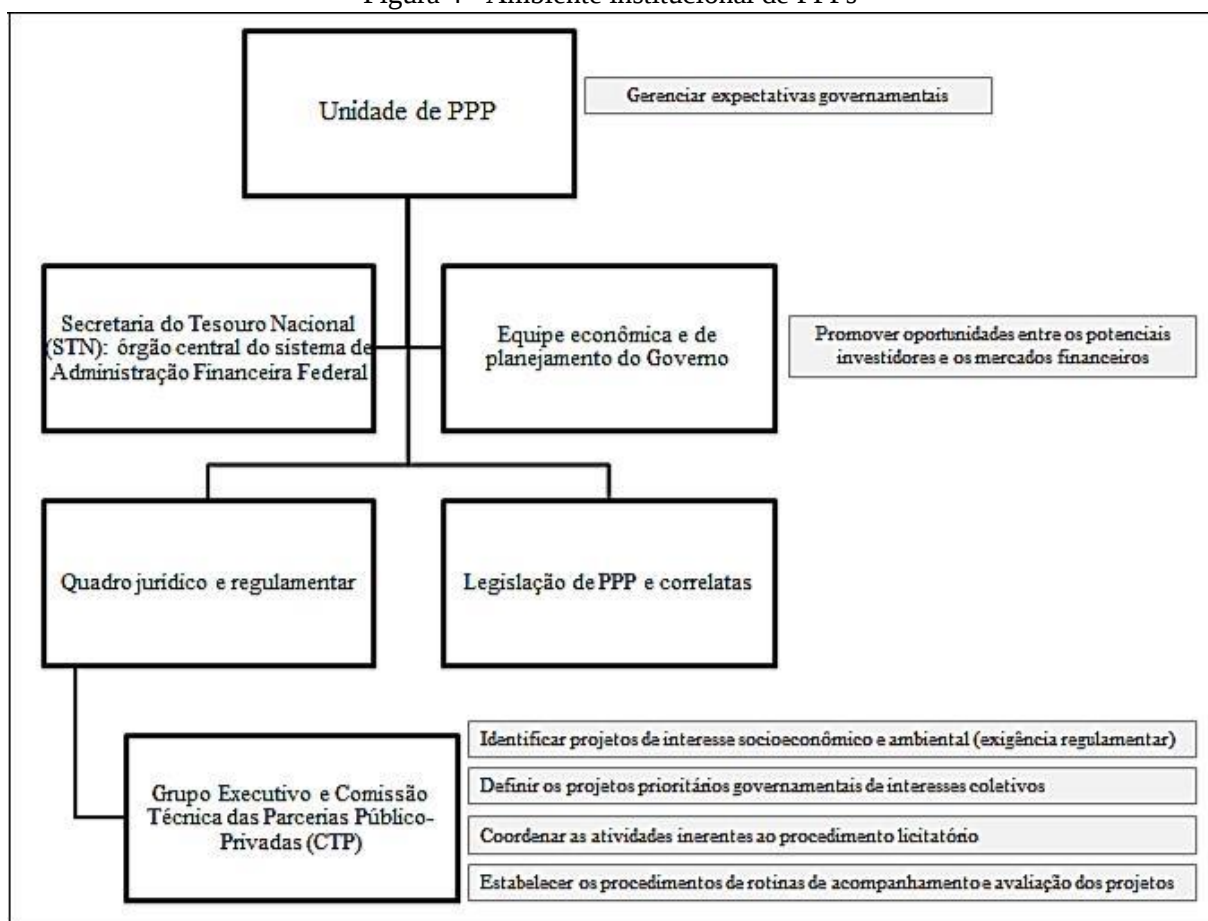
Nesse contexto, um dos pontos fundamental é criar rotinas metodológicas dos processos, manuais ou matrizes por fluxos, uma vez que o projeto possui duração continuada independentemente de Governos. Assim, ações práticas seriam executadas de acordo com as diretivas e revistas quando necessário, principalmente, em razão das alterações legislativas.

A capacidade institucional deve ser formada no sentido em criar um ambiente organizacional, pois é fundamental a instalação da unidade vinculada a um Ministério ou uma Secretaria. Outro fator, um ambiente institucional que diz respeito à definição dos projetos prioritários e sinônimos de “viáveis, a fim de evitar a concentração em projetos mais rentáveis, em detrimento de projetos estratégicos para as administrações públicas”⁴⁹¹. Nesse ponto, deve-se acautelar da influência política em detrimento da governamental, que vise prioritariamente o interesse da coletividade.

Diante disso, o papel do coordenador central do Comitê Gestor consiste em convidar os representantes de órgãos ou de entidades públicas e de entidades privadas para as reuniões no momento dos exames dos projetos de PPP. Esse é o fator paradigmático que a Administração Pública precisa assumir com característica de consensualidade e de flexibilidade, considerando o setor privado como parceiro, já que a capacidade institucional bem estruturada contribui de forma relevante para o sucesso do empreendimento.

⁴⁹¹ DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*

Figura 4 - Ambiente institucional de PPPs



Fonte: Elaborado pela autora com base na legislação de PPP federal e decretos regulamentadores.

Além disso, há a necessidade de definir os serviços para execução no regime de PPPs e os critérios para uma provável contratação, como também de subsidiar a análise de conveniência e oportunidade. Esses propósitos contêm algumas fases necessárias como: identificar os projetos prioritários de acordo com a necessidade real; decidir pela opção do regime de PPP; e justificar a escolha em comparação com a concessão comum com base em pareceres técnicos de viabilidade, que fiquem demonstrados os ganhos econômicos, fiscais, ambientais e sociais.

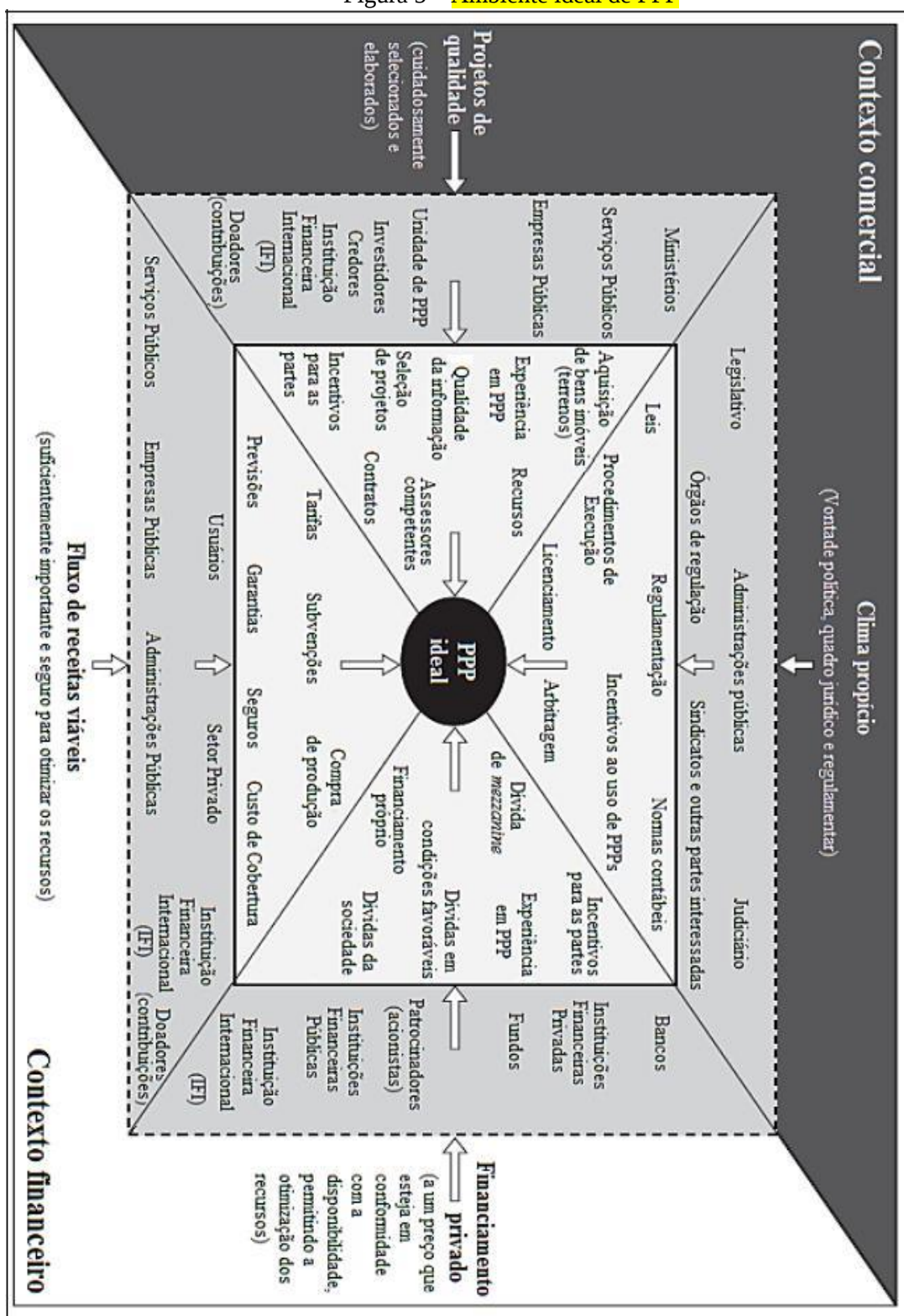
Outrossim, os estudos de mercado precisam ser realizados com ênfase nos ganhos macroeconômicos dos projetos da área pretendida de futura implantação do regime, além dos benefícios do Governo e do consumidor, mas também dos ganhos de acesso aos serviços, tarifas prováveis de acordo com a capacidade contributiva dos usuários. Nesse caso, identifica-se a necessidade de tarifas sociais para determinadas camadas da população, como também incentivos ao setor privado, por exemplo, a demanda e a taxa de retorno.

Os projetos mal concebidos respondem pelo enfraquecimento de todo o programa ao longo do processo quando sua base possuir fundamentos frágeis⁴⁹² em sua capacidade institucional de escolher projetos considerados viáveis sob a perspectiva política. Por isso, é necessária a construção do Plano de Parceria Público Privada, bem como o acompanhamento, a avaliação de execução através de monitoramento sistemático e de procedimentos de rotinas, para a condução de sondagens de mercado para fins de identificar projetos de viabilidade.

Por conseguinte, a construção do Plano de Parceria Público Privada apresenta ainda a questão se o setor privado também pudesse indicar propostas espontaneamente ao poder público, não de forma vinculativa, mas sugestiva, de maneira que contribuiria com alternativas de proposições de projetos fundamentados em estudos estratégicos.

⁴⁹² DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*

Figura 5 – Ambiente ideal de PPP



Fonte: Tradução livre do "Graphique 1.4: Le climat de l'investissement en matière de PPP", de DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. Washington, DC: The World Bank Group, PPIAF, 2010. p. 21.

5.1.3 Propostas não solicitadas ao setor privado: ofertas espontâneas

A Administração Pública solicita propostas aos prováveis investidores privados, licitantes, para projetos de infraestruturas públicas ou afins através de aviso público, com base em diretivas específicas e projetos anexos. No caso das PPPs, os objetos envolvem complexidades e inovações tecnológicas para novos empreendimentos, que, na maioria das vezes, os técnicos governamentais não têm acesso, ou, até mesmo, desconhecem. Do ponto de vista estatal, “os governos têm reconhecido que o setor privado pode ser um importante mecanismo para a perícia técnica e gerencial a construção, operação, manutenção e financiamento de projetos de infraestrutura”⁴⁹³.

Essa dificuldade encontra-se no acesso às inovações em áreas com tecnologias avançadas dentro de mercados de mínima concorrência de que a Administração Pública precisa passar por um procedimento licitatório, geralmente longo. Nesse caso, a facilidade do privado consiste em recorrer a essas tecnologias como alternativas de melhorias em custo *versus* benefícios, que, muitas vezes, o serviço é dispendioso financeiramente, mas de alta qualidade. Já do ponto de vista governamental, diante das restrições legislativas, o impasse está em identificar as novas inovações em projetos.

Nesse compasso, o setor privado poderia levar ao conhecimento do Estado conceitos de projetos inovadores, ou seja, uma proposta não solicitada ao setor privado, mas identifica-se uma fragilidade à transparência, passível de corrupção e de privilégios empresariais. A representação da proposta espontânea do setor privado não é desconhecida, pois alguns projetos ao redor do mundo apresentam essa possibilidade de maneira legislativa, uma vez que o governo brasileiro ainda não reconhece formalmente essa alternativa.

Nesse caso, o argumento teórico abre a possibilidade de adequar, em termos de contribuição, para projetos em formatos de PPPs. A dificuldade consiste em definir o mecanismo para tornar os projetos competitivos de forma transparente e legítimos ao processo democrático.

As motivações do procedimento, para uma proposta não solicitada ao setor privado, são questionáveis, do ponto de vista principiológico do direito administrativo, pois isso está relacionado ao processo licitatório e aos princípios correlatos como da publicidade, moralidade, igualdade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e

⁴⁹³ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency* (Working Paper n. 1, PPIAF – Public-Private Infrastructure Advisory Facility). Washington, DC: The World Bank Group, 2007.

juízo objetivo. Ademais, a seleção da proposta mais vantajosa estaria submetida à aprovação da Administração Pública e poderia ser conduzida de forma mais contundente às inovações tecnológicas.

Ainda, outra motivação subjacente seria a possibilidade de evitar o sistema do procedimento licitatório com a contratação direta (e secreta) de forma que os termos dos pagamentos poderiam ser negociados sem a observância do interesse público. Nesse caso, um direcionamento à concorrência possibilitaria a inserção de tecnologias exclusivas sem equivalentes no mercado, de modo que tornaria inviável a competição, já que o ambiente de exclusividade levaria a um desestímulo de competição por parte dos outros licitantes⁴⁹⁴.

A gestão das propostas não solicitada ao setor privado constitui um desafio para Administração Pública, porém a decisão política para instituí-las com transparência é necessário para desenvolver mecanismos procedimentais práticos. Dentre esses mecanismos na preparação de obter os melhores projetos de PPPs destaca-se: uma fase preliminar, a fase de escolha e a fase de execução conforme Tabela abaixo.

Tabela 2 - Procedimentos para ofertas espontâneas

FASE PRELIMINAR	i) A Administração Pública poderia receber propostas espontâneas e daria ciência à sociedade através de publicação no Diário Oficial e em Jornal de Grande Circulação, além do sítio do programa; ii) Marcaria o dia e a hora para abertura das propostas desde que reserve o direito autoral da propriedade tecnológica; iii) Criaria uma Comissão Especial para avaliação das propostas.
	i) A escolha seria através de exames técnicos que demonstrariam o ineditismo tecnológico na busca por melhores resultados dos empreendimentos, e, não somente, o fator econômico; ii) A fase de negociação – divulgação dos preços de forma integral e o prazo de revisão tecnológica por parte do autor a cada 5 anos, consequentemente, do iii) Não haveria reembolso das despesas da proposta caso não fosse admissível no Plano de PPPs.
	i) Incluiria como diretrizes do projeto executivo de PPPs; ii) A empresa poderia concorrer à contratação do objeto com um bônus, não no processo de seleção, mas sim de execução. Essa teria participação em <i>royalties</i> nas tarifas por tempo determinado.

Fonte: Elaborado pela autora.

⁴⁹⁴ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Op. cit.*

Um ambiente de indicações de projetos inovadores com probabilidades de ganhos em eficiência e custos, com ênfase nas PPPs, não é um incentivo fácil, pois teoricamente podem vislumbrar desafios confrontáveis com a mudança legislativa⁴⁹⁵. Segundo Jeffrey Delmon⁴⁹⁶, os mecanismos de propostas espontâneas comportam um exame minucioso com a finalidade de se verificar aqueles que verdadeiramente são viáveis, estratégicos e sustentáveis.

Além do mais, esses mecanismos podem conduzir a oferta única no procedimento licitatório, com certo indicativo de direcionamento, bem como perdas no processo de negociação dos preços do objeto.

Portanto, as propostas não solicitadas ao setor privado pelo setor público podem ser observadas sob dois vetores no âmbito das PPPs:

i) O vetor jurídico, no alcance da transparência e da isonomia, ocorreria dois desdobramentos sob o ponto de vista da Administração Pública, ao entregar a proposta silenciosa capaz de induzir a interesses partidários, obstruindo, por sua vez, a conformação do interesse público e podendo ocorrer o risco de captura;

ii) O vetor econômico consistiria em um instrumento de diminuição de tempo gasto no procedimento licitatório, bem como dos custos de transação dos projetos que poderiam ser menores, porém acentuariam a assimetria de informação com impactos *ex post* contratual.

5.1.4 Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)

As concessões de serviços públicos no ordenamento brasileiro, a partir da escolha pública pela instituição da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a parceria público privada, influenciaram o direito administrativo e o direito positivo e, especificamente, na fase interna do procedimento licitatório e de contratação.

Destaque-se que o Estado desempenha um papel singular na complementação do mercado, uma vez que os mercados e as empresas privadas constituem o cerne do êxito da economia⁴⁹⁷. Nessa perspectiva, o Estado se aproxima cada vez mais da iniciativa privada através das parcerias público privadas para implementação de projetos de alta complexidade,

⁴⁹⁵ Cf. UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. New York: EUA, 2001. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.; NSW TREASURY. New South Wales Government. *Working with Government Guidelines for Privately Financed Projects*, Australia, dez. 2006. Disponível em: http://www.treasury.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0009/3141/wwgui_1.pdf. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁴⁹⁶ DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*

⁴⁹⁷ STIGLITZ, Joseph E. *La economia del sector público*. Tradução: Maria Esther Rabasco y Luis Toharia. Editor Antoni Bosch. New York; Columbia University, 2000.

desde da formatação do projeto à gestão final do empreendimento. No âmbito do procedimento administrativo licitatório, na fase interna, a Administração Pública possibilita a participação ativa do setor privado por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse.

A finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse aponta um diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada, em que seja possível garantir a participação do setor privado para viabilizar estudos, projetos, levantamentos ou investigações de viabilidades econômicas para futura instauração da licitação e contratação. Essa escolha pública instaura um ambiente de riscos e incertezas com escopo de diferentes níveis de assimetria informacional entre os agentes.

Nesse sentido, as novas tendências chegam à dogmática procedimentalista administrativa, que revela a necessidade de oxigenação de suas etapas de maneira a experimentar um paradigma do espaço público interno para um novo espaço de diálogo. Isso se deve ao retorno da concessão repaginada de instrumentos capazes de alterações que implicam em uma verdadeira subversão dos quadros teóricos tradicionais da Ciência jurídico-administrativa⁴⁹⁸.

Cabe ressaltar que se trata de uma nova forma de atuação da Administração Pública, cujos tradicionais métodos de autoridade são revestidos em outra maneira de atuar de autoridade, surgindo, as alternativas dialógicas no âmbito das decisões processuais e administrativas.

A Administração Pública tem a função de atender às necessidades operacionais e de investimentos, para isso, utiliza-se do instrumento da licitação pública, conforme disposição constitucional do art. 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁴⁹⁹.

Nesse sentido, o procedimento licitatório é uma regra com a finalidade de assegurar igualdade a todos àqueles que se habilitem ao chamamento para suprir as necessidades da Administração Pública. No entanto, a Administração, para garantir tal desiderato, atravessa

⁴⁹⁸ FERRARA, Rosario. *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1985.

⁴⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 maio. 2014.

algumas etapas: i) identificar a necessidade pública em função do interesse público; ii) instaurar o procedimento licitatório através da motivação decorrente da necessidade; e, iii) levantar todos os custos e benefícios do objeto; iv) verificar o alcance do beneficiamento do objeto; e v) apontar as fontes de recursos possíveis. Essas constituem formalidades necessárias para determinação de cumprimento em atender à necessidade pública.

Segundo comando normativo licitatório, “o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”⁵⁰⁰. Contudo, a formalidade tem o propósito mediato à instauração do procedimento⁵⁰¹ licitatório e imediato em atender a contratação de um objeto, compras, bens, serviços, concessões, etc.

Cabe ressaltar que o procedimento administrativo licitatório compreende duas fases distintas: a fase interna e a fase externa. A fase interna, que se caracteriza de atos administrativos essenciais à divulgação do aviso da licitação; e a fase externa, que diz respeito à exteriorização de atos através da publicidade de forma igualitária para interessados em participar desse processo.

A fase interna geralmente inicia com abertura do processo licitatório, sendo condicionada à autorização da autoridade competente devidamente justificada em viabilidades técnicas, econômicas e fiscais. Essa autorização deve estar fundamentada em estudos que demonstrem a conveniência e a oportunidade da contratação e identifiquem as razões pela opção da parceria público privada.

A demonstração da viabilidade econômica do objeto considera o *value for money*, isto é, o custo *versus* benefícios para implementação da futura contratação, uma vez que se aferem os resultados na prestação de serviços de acordo com os valores de mercado do setor específico do projeto, metodologias de execução, entre outras particularidades pertinentes.

O prazo do empreendimento merece atenção em relação ao impacto orçamentário nos exercícios seguintes, que devem vigorar o contrato em razão da contraprestação do ente

⁵⁰⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰¹ Nesse sentido, o planejamento de contratações públicas precisa ser otimizado. Nessa otimização, a Administração Pública empreende “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 477. Faz parte do planejamento governamental definir o objeto da contratação, pois cada ato cumpre uma função determinada que compõe a estrutura do *modus operandi* da contratação, uma vez que toda a concepção das variáveis econômicas e sociais são concebidas. Apesar de que a sistematização dessa estrutura foi alterada com a instituição das parcerias público privadas, já que pode ser provocada pela própria Administração como também de interessados, a iniciativa privada.

público ao parceiro privado, uma vez que pode comprometer a dívida pública. Essa adequação se coaduna com as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que disciplinam os casos das despesas criadas ou aumentadas que afetam as metas de resultados fiscais. O art. 16 da Lei de Responsabilidade identifica que há uma obrigação dos efeitos financeiros, nos períodos seguintes, a serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução da despesa.

Ademais, a obrigação se materializa pela elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios seguintes do período em vigor do contrato, uma vez que as obrigações contraídas devem estar de acordo com a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento do contrato. Além do mais, a implementação de uma parceria público privada será autorizada se houver previsão do objeto no plano plurianual do ente federativo promotor da licitação e compatíveis com a Lei de diretrizes orçamentárias e na orçamentária anual.

Acrescente-se, ainda, a exigência da minuta do edital e do contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que devem informar a justificativa para a contratação, identificação do objeto, prazo de duração do contrato, valor estimado e fixa 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. Segundo Cristiana Fortini⁵⁰², esses procedimentos estão em consonância com princípios constitucionais da transparência e do controle social.

Na fase externa, o procedimento licitatório abrange as etapas de: divulgação do edital com o chamamento dos licitantes para oferecerem suas propostas de acordo com o pactuado e disponibilização do Procedimento de Manifestação de Interesse; qualificação das propostas e habilitação; adjudicação; e homologação do objeto de acordo com as normas editalícia.

O Procedimento de Manifestação de Interesse apresenta um aviso de chamamento do setor público ao privado para apresentarem propostas de viabilidades para projetos em concessões comuns e parcerias público privadas, através da publicação do aviso de chamamento mediante ampla publicidade, no Diário Oficial da União, na internet e em jornais de ampla circulação, se assim achar conveniente. O chamamento enfatiza o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações em termos de diretrizes, deixando o encargo de sugestões de meios adequados para o referido objeto à iniciativa privada.

⁵⁰² FORTINI, Cristiana. Licitação nas Parcerias Público-Privadas. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, a. 12, n. 137, maio. 2013, p. 9-22.

O prazo máximo é um fator preponderante para apresentação dos projetos, bem como o valor nominal máximo para eventual ressarcimento, já que a indicação do valor máximo da contraprestação pública pode ser admitida na parceria público privada sob a forma de percentual do valor das receitas totais do eventual parceiro privado.

O procedimento administrativo de PMI está previsto na Lei de Concessão Comum, Lei n. 8.985/1995, que propõe:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes no edital⁵⁰³.

A referida previsão foi corroborada na Lei n. 11.079/2004, na Lei de Parceria Público Privada, nas concessões administrativas e nas concessões patrocinadas. A regulamentação da disposição normativa adveio do Decreto Federal n. 5.977, 1º de dezembro de 2006 que dispõe, especificamente, sobre a aplicação do art. 21 da Lei n. 8.987/1995.

Convencionou-se chamar de Procedimento Manifestação de Interesse (PMI)⁵⁰⁴, mas sem haver uma imposição em adotar uma nomenclatura específica, como por exemplo,

⁵⁰³ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰⁴ ALAGOAS (Estado). Lei n. 4.067, de 17 de outubro de 2008. Regulamenta a Lei Estadual n.º 6.972, de 7 de agosto de 2008 e institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Maceió, 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.gabinetcivil.al.gov.br/legislacao/decretos/2008/10/decreto-4067>>. Acesso em: 12 maio. 2014.;

BAHIA (Estado). Lei n. 12.653, de 12 de fevereiro de 2011. Regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada ou administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial [do] Estado*, Salvador, 28 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Decreto_N12.653-2011PMI.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.;

CEARÁ (Estado). Decreto n. 30.328, de 27 de setembro de 2010. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa. *Diário Oficial [do] Estado*, Fortaleza, 21 de dezembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/decretos?download=371%3Adecreto-estadual-no-30328-de-27-de-setembro-de-2010>>. Acesso em: 12 maio. 2014.;

ESPÍRITO SANTO (Estado). Decreto n. 2889-R, de 01 de novembro de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens de projetos de Parcerias Público Privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. *Diário Oficial [do] Estado*, Vitória, 03 de novembro de 2011. Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto%202889-2011.pdf>>. Acesso em: 12 maio. 2014.;

GOIÁS (Estado). Decreto n. 7.365, de 09 de junho de 2011. Dispõe sobre a instituição de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da administração pública direta e indireta do

Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)⁵⁰⁵, Solicitação de Manifestação de Interesse (SMI)⁵⁰⁶, Estudos de Viabilidade e Projeto Básico de empreendimentos de Parceria Público-Privada⁵⁰⁷.

Cabe ressaltar que a autorização para o Procedimento de Manifestação de Interesse possui algumas peculiaridades, tais como: i) não gera nenhuma obrigação futura de licitação e contratação; ii) sem exclusividade; iii) não confere direito de preferência para outorga da concessão; iv) não cria, por si só, qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração; e, v) forma pessoal e intransferível⁵⁰⁸.

Poder Executivo. *Diário Oficial [do] Estado*, Goiânia, 09 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_decretos.php?id=8452>. Acesso em: 12 maio. 2014.; MATO GROSSO (Estado). Decreto n. 926, de 28 de dezembro de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação da iniciativa privada para inclusão de Projetos no Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. *Diário Oficial [do] Estado*, Cuiabá, 28 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.seplan.mt.gov.br/arquivos/Paginas%20de%20DECRETO%20928%20-%20PROCEDIMENTO%20DE%20MANIFESTAcao%20DE%20INTERESSE%20EDIT.pdf>>. Acesso em: 12 maio. 2014.; MINAS GERAIS (Estado). Decreto Estadual Decreto Estadual n. 44.565, de 3 de julho de 2007. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. *Diário Oficial [do] Estado*, Belo Horizonte, 03 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto_44565_2007.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.; PARANÁ (Estado). Decreto n. 6.823, de 21 de Dezembro de 2012. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e nas concessões de serviço público, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Estadual. *Diário Oficial [do] Estado*, Curitiba, em 21 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=83314&codItemAto=579531>>. Acesso em: 12 maio. 2014.; SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 962, de 8 de maio de 2012. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada e estabelece outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Florianópolis, 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2012/000962-005-0-2012-003.htm>>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰⁵ RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto Estadual n. 43.277, de 7 de novembro de 2011. Regulamenta o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos apresentados pela iniciativa privada para inclusão no programa estadual de parcerias público-privadas - PROPAR, e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto_43277_2011.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰⁶ SERGIPE (Estado). Resolução n. 3, de 27 de abril de 2009. Dispõe sobre procedimento de Solicitação de Manifestação de Interesse - SMI - para apresentação de projetos, estudos, levantamentos e/ou investigações para prestação de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, serviços de reabilitação, serviços ambulatoriais de atenção especializada, cirurgias eletivas de baixa e média complexidade e serviços especializados ambulatoriais e hospitalares em oncologia em municípios do Estado de Sergipe. *Diário Oficial [do] Estado*, Aracaju, 27 de abril de 2009. Disponível em: <www.azevedosette.com.br/ppp/legislacao/download/142>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰⁷ PERNAMBUCO (Estado). Resolução Normativa RN/CGPE-001/2006, de 06 de fevereiro de 2006. Estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico para Empreendimentos de Parceria Público-Privada e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Recife, 06 de Fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/060206_Res_001.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.

⁵⁰⁸ BRASIL. Decreto Federal nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou

Ademais, a abrangência dos estudos técnicos se limita a não alcançar a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, como diretriz de contratação de parceria público privada. Dessa feita, observa-se que os estudos de viabilidade técnica não podem ser desenvolvidos para todas as áreas, uma vez que a própria legislação de PPPs disciplina sua delimitação, conforme inciso III do art. 4º da Lei n. 11.079/2004⁵⁰⁹.

As normas definidoras do PMI não detalham a procedimentalização do julgamento das propostas ofertadas pela iniciativa privada, mas extrai algumas diretrizes de atuação da Administração Pública, tais como:

- i) Atendimento ao princípio da publicidade dos estudos;
- ii) Delimitação da necessidade pública;
- iii) Liberdade técnica à iniciativa privada;
- iv) Estipulação de valor máximo 2,5% do total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público privada para eventual ressarcimento dos projetos;
- v) Indicação do prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações de acordo com a complexidade, as articulações e as licenças necessárias para sua implementação;
- vi) Não exigência prévia de disponibilidade orçamentária - ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação.

Essas relações entre Administração Pública e a iniciativa privada compreendem o momento que “o actual Estado administrativo encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em

investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 1º de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

⁵⁰⁹ Art. 4º: “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos”⁵¹⁰. Diante disso, identifica-se uma democracia administrativa, no âmbito do procedimento licitatório, que permite a cooperação do privado numa formação do direito à participação administrativa. Segundo entendimento de Odete Medauar⁵¹¹, a participação administrativa relaciona o respeito ao interesse público de maneira compartilhada com a sociedade e as práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses.

Ademais, a capacidade de agir por resultados prospera formas de ação em consequência de cada ciclo de sistemas de contratação pública. Essa contratação representa o predomínio de idealizar a realidade de novos mecanismos tecnológicos, obras, serviços de engenharia e nas mais diversas áreas, que possuem uma abrangência limitada. A introdução desses mecanismos materializa a participação do setor privado, tendo em vista a limitação do Estado em produzir projetos de alcances dessa monta, já que o administrativo-formalismo não prospera em ambientes internos de conhecimentos, mas avança numa relação entre o administrativo e a *expertise* do privado, em que se integram paradigmas culturais, históricos, econômicos e de sustentabilidade.

Nessa linha de pensamento, identificam-se os paradigmas:

1. Cultural: a fase interna do procedimento licitatório não tinha uma exposição de importância aos interessados externos;
2. Histórico: existia a ideia da superioridade da Administração em ditar as regras do jogo, e ao mesmo tempo, a desconfiança da aproximação com o setor privado em relação a uma provável captura e as apresentações de propostas de custos excessivos para cobrir possíveis quebra de confiança dos pagamentos por parte da Administração Pública;
3. Econômico: os custos apresentados para o projeto não seriam discriminados em itens, mas condizentes com a realidade do mercado;
4. Sustentabilidade: apresentação do projeto como um todo e, não somente, restrito ao financeiro, indicando as melhores técnicas e empregos de tecnologias condizentes e atentando para a questão do atendimento às práticas ambientais.

⁵¹⁰ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989. p. 77.

⁵¹¹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*

Nessa fase identifica-se a necessidade pública que o próprio Estado e setor empresarial, na tomada de decisão, devem ser condizentes com o interesse público com fundamentos técnicos e jurídicos.

Desta feita, o objetivo do Procedimento de Manifestação de Interesse consiste em orientar a participação empresarial na estrutura de projetos de parcerias público privadas, para executar estudos técnicos, ambientais, econômicos, jurídicos ou de engenharia, visando o desenvolvimento de projetos de interesse público⁵¹².

Os estudos de viabilidade de um projeto de parceria público privada podem ser compreendidos como “análises e avaliações do ponto de vista técnico, legal e econômico e que promove a seleção e recomendação de alternativas para a concepção dos projetos”⁵¹³, que sejam possíveis verificar os custos e os investimentos executáveis, o impacto socioambiental do empreendimento, a relação custo versus benefício, o prazo de execução, a origem dos recursos, a legislação compatível ao objeto pretendido, além da indicação da contraprestação.

No PMI evidencia-se uma aproximação de interesses que devem se interrelacionar sob a perspectiva do direito público com desdobramentos na formatação do contrato, reconhecendo a “própria outorga a um processo que reflita a ordem democrática e os valores fundamentais consagrados constitucionalmente”⁵¹⁴. Dessa feita, as relações econômicas são fundamentais para a tomada de decisão da autoridade competente, o qual reconhece os custos de transação, pois fatores de tais atividades podem influenciar nos resultados dos serviços.

A adoção do Procedimento de Manifestação de Interesse implica, de um lado, no fornecimento de subsídios para a estruturação mais ágil de um projeto de infraestrutura, e, por outro lado, o instrumento a ser conduzido e intelectualmente liderado pelo setor privado, reforçando a assimetria de informação entre os setores público e privado⁵¹⁵.

⁵¹² GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada. *III Congresso Consad de Gestão Pública*, 2010. Disponível em:

<http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

⁵¹³ BONATTO, Hamilton. *Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 204.

⁵¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 198.

⁵¹⁵ PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?. *Observatório das Parcerias Públicas Privadas*, 2011. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Segundo o regulamento federal para apresentação do Procedimento de Manifestação de Interesse, o Decreto Federal n. 5.977/2006 pauta os métodos de avaliação capaz de assegurar resultados consistentes, em que:

Art. 10. A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados, parcial ou integralmente, na eventual licitação, serão realizadas conforme os seguintes critérios:

I - consistência das informações que subsidiaram sua realização;

II - adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor;

III - compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelos órgãos setoriais ou pelo CGP;

IV - razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares;

V - compatibilidade com a legislação aplicável ao setor;

VI - impacto do empreendimento no desenvolvimento sócio-econômico da região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável;

VII - demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes.

Inseridos nesses impactos podem considerar a diminuição da assimetria de informação, além da composição dos riscos, que refletem na composição dos preços tarifários, bem como nos instrumentos de desempenho com parâmetros objetivos, pois “[n]ão se faz referência apenas a riscos econômicos do negócio, mas a todas as circunstâncias aptas a afetar a obtenção pelo particular dos resultados pretendidos⁵¹⁶”.

A atuação integrada do PMI reflete na segurança jurídica pela ocasião do instrumento editalício, e, conseqüentemente, contratual. O ambiente do diálogo entre a Administração Pública e o particular possui um cenário marcado por assimetria de informações – a princípio, o mercado conhece melhor o objeto dos projetos do que o Estado, além de revelar a importância de incentivos eficazes sob pena de não atrair os particulares⁵¹⁷.

A configuração da vantajosidade compreende um fator a sopesar na proposta e, não restrito, o fator preço, mas toda a sua composição. Segundo Marcos Nóbrega⁵¹⁸, evidencia a existência de relevantes custos de transação, quais sejam: (a) racionalidade limitada; (b) complexidade e incerteza; (c) oportunismo e especificidade do ativo. Sob a perspectiva desses fatores de influência, no caso do PMI, entende-se que a “racionalidade limitada determina que

⁵¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 199.

⁵¹⁷ ARAÚJO, Thiago. Aprendendo a pedir: contribuições da AED no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes. In: *V Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia*. Recife, 24 a 26 de outubro de 2012.

⁵¹⁸ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404-416.

existem limites para a capacidade humana de processar informações, bem como empecilhos de linguagem para transmiti-las”⁵¹⁹, portanto todas as previsões e probabilidades de eventos futuros não estarão postas no procedimento de manifestação realizado pelo setor privado por uma questão de racionalidade.

Ademais, a complexidade do projeto e a incerteza dos eventos propostos recaem sobre os resultados a serem almejados, além do oportunismo que influencia diretamente na informação deturpada e a inserção de elementos, bem como a capacidade de cumprimento do futuro contratante, uma vez que o autor do PMI poderia não fazer parte da execução do contrato. Nesse caso, identifica-se a motivação do autointeresse, buscando auferir renda das suas vantagens informacionais⁵²⁰ e na previsão dos modelos tecnológicos desenvolvidos pela própria empresa.

O oportunismo manifesta-se pela assimetria de informações existentes entre o privado e a Administração Pública, no caso “a avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações apresentados serão realizadas por comissão integrada pelos membros do Grupo Executivo da CTP e representantes indicados pelos órgãos setoriais”⁵²¹. Em razão disso, os avaliadores não teriam a capacidade suficiente para detectar todas as informações centrais do projeto, em relação aos custos operacionais e às estruturais.

Nesse sentido, um aspecto, que merece destaque, é a possibilidade de desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas, seja entre a Administração Pública e o autor executor do procedimento de manifestação de interesse e entre o autor executor do procedimento de manifestação de interesse e o licitante da parceria público privada. Nesse caso, ocorre duas consequências: i) se o autor fosse o ganhador-licitante, o conflito de assimetria de informação recairia em dois momentos: o *ex ante*, provocando impacto na execução do contrato; e *ex post*, na configuração da incompletude contratual; ii) se o autor não fosse o ganhador-licitante, o impacto contratual seria considerável permeando uma incompletude contratual e de perdas ao parceiro privado, consequentemente ao usuário como consumidor final.

⁵¹⁹NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, p. 407.

⁵²⁰NÓBREGA, Marcos. *Análise Econômica do Direito Administrativo*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Econômica no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 407.

⁵²¹Art. 9º do BRASIL. Decreto Federal n. 5.977, 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, 4 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Outro aspecto a ser considerado refere-se à publicidade dos procedimentos, uma vez que os potenciais parceiros podem elaborar suas propostas após uma análise minuciosa e criteriosa das informações, ocasionando a restrição de divulgação ativa que inibi a participação dos licitantes⁵²². Diante disso, identificam-se três situações: 1) restringir a participação de outras empresas; 2) o autor do procedimento concorre com informações privilegiadas; 3) dirigismo da licitação.

Cabe destacar que o normativo criou um ambiente propício para favorecer a assimetria de informações, isto é, não confere o direito de recursos na esfera administrativa quanto ao mérito da avaliação e da seleção dos projetos, estudos, levantamentos e de investigações no âmbito da comissão⁵²³. Essa subjetividade direciona a uma contraposição dos novos caminhos da atuação administrativa em consonância com os ditames do direito administrativo contemporâneo, em que o diálogo entre os atores torna-se um ponto central do procedimento licitatório.

Apesar do PMI ser elaborado pelo particular, ainda há a identificação da incompletude contratual, uma vez que a assimetria de informação ainda persiste, porém com menor proporção. Conforme alerta Fernando Araújo⁵²⁴, a involuntariedade pode ocorrer em relação a condições estruturais, no caso da assimetria informativa, que influencia não no domínio da relação interna, mas em um terceiro, identificado como contratante da execução do projeto. A elaboração de um contrato completo e perfeito torna-se impossível, mas essas incompletudes não impactam com proporções que venham comprometer a relação contratual.

Nesse contexto, identifica-se que “o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas”⁵²⁵. Ademais, o inacabamento, em termos de eficiência, está assentado numa ponderação de custos, os quais previstos no contrato completo de estruturas com cláusulas finais de variáveis podendo impactar as condições da relação entre as partes pela duração do ajuste⁵²⁶.

⁵²² PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados. Relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*, 2012. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁵²³ BRASIL. Decreto Federal n. 5.977, 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, 4 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁵²⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151.

⁵²⁵ *Id. ibid.* p. 151.

⁵²⁶ *Id. ibid.*, p. 151-155.

O desdobramento do esforço contido nessa relação do PMI compreende o inacabamento contratual, uma solução mais eficiente susceptíveis de suportar outras respostas contratuais, e, não um arranjo interno fechado da própria relação contratual. Por isso, o contrato alcança o ponto de equilíbrio de eficiência, as contingências estabelecidas que devem promover mecanismos entre incentivos e riscos, os quais se propõem a proceder os investimentos específicos, na medida em que a relação lhe assegure a segurança jurídica satisfatória. Aliás, a “ideia de contrato completo ficaria assim remetida para o plano de um conceito regulador, uma abstracção susceptível de servir de padrão aferidor conquanto se reconheça a sua impraticabilidade”⁵²⁷.

Então, conceitua-se o procedimento de manifestação de interesse como um procedimento administrativo de chamamento aos particulares, que tenham interesse em participar, por sua conta e risco, sem exclusividade, com vistas a apresentarem estudos, levantamentos consistentes e venham subsidiar a realização do procedimento licitatório, sob o auspício do regime do direito público.

5.2 COMPARTILHAR RISCOS: IDENTIFICAÇÃO E ALOCAÇÃO

No mundo globalizado de empreendimentos públicos cada vez mais complexos e de altos custos de investimentos, percebem-se inúmeras variáveis que se interrelacionam, e, ao mesmo tempo, influenciam os mais diversos campos como tecnologia, política, jurídico e regulamentar, finanças, ambiental e social entre outros. Esses fatores são, de um lado, eventos transfronteiriços que impactam e afetam as instituições públicas, sociedade e a iniciativa privada, e, de outro lado, uma percepção da necessidade de avaliar questões dos riscos envolvidos nos projetos e, não somente, na perspectiva pública.

Em decorrência das inúmeras atividades a serem construídas e desenvolvidas, as PPPs, avolumam-se nas variedades e nas diversidades de itens que se relacionam com o sistema de risco. Aliás, o risco é um componente que faz parte de todo negócio, inclusive público. Alguns desses itens apresentam o risco de demanda no negócio, de projeto, jurídico e regulamentar, financeiro, de exploração, ambiental e social, entre outros. Nesse aspecto, identifica-se uma das matrizes construtivas do contrato administrativo de concessão parcerias público privadas: os riscos⁵²⁸.

⁵²⁷ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 153-155

⁵²⁸ Conta-se na “História da Guerra de Peloponeso” de que “A Oração Fúnebre de Péricles em Thucydides”, os atenienses ofereceram sua capacidade de avaliar os riscos antes de tomar as decisões: “We Athenians in our persons, take our decisions on policy and submit them to proper discussion. The worst thing is to rush into action before consequences have been properly debated. And this is another point where we differ from other people. We are capable at the same time of taking risks and assessing them beforehand. Others are brave out

No âmbito brasileiro, os riscos, por sua vez, ganham *status* no âmbito contratual pela vertente da Lei das Parcerias, Lei n. 11.079/2004, quando inclui como um dos itens nas diretrizes, disciplinando-os a “repartição objetiva de riscos entre as partes” consoante uma perspectiva de melhorias a otimizar a execução do objeto. Consequentemente, as cláusulas dos contratos de parceria público privada ampliam sua ação, inclusive nos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Ainda, consideram os riscos envolvidos na prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução que sejam suficientes e compatíveis com os ônus, desde que observados os limites das garantias contratuais, tais como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. Em razão disso, caso envolvesse alta complexidade técnica e riscos financeiros expressivos, estes deveriam ser demonstrados através de parecer técnico aprovado pela autoridade competente.

Por isso, identificam-se três momentos caracterizadores da concepção de riscos aplicados as PPPs: 1) diretrizes de contratação; 2) cláusulas contratuais, assegurando a repartição nos eventos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; e, 3) observância das garantias.

A percepção de riscos, no âmbito do direito público contratual, confronta uma prática historicamente adotada pela tradição administrativista brasileira de que o ônus dos eventos deve ser suportado pelo Poder Público, cabendo ao administrado o ressarcimento dos possíveis prejuízos.

Nesse contexto, os dois vetores para alocação de risco são: 1) o parceiro hábil para assumir o risco - será responsável ou aquele que possuir mais controle sobre o fator; 2) atribuição do risco - parte seria mais capaz de assumir e menos avesso⁵²⁹. No caso do primeiro, identifica-se a operacionalidade, ou melhor, aquele que tem condições de geri-lo, enquanto, no segundo, não há uma base concreta de possibilidade dos parceiros suportarem os riscos, ou seja, buscam-se atores privados para agregar sua *expertise*, por exemplo, as seguradoras.

Os riscos tornam um centro da estruturação do contrato em decorrência dos elementos ensejadores que podem trazer resultados efetivos a partir da assunção da responsabilidade pela *expertise* de cada um dos parceiros na repartição objetiva dos riscos.

of ignorance; and when they stop to think, they begin to fear. But the man who can most truly be accounted brave is he who best knows the meaning of what is sweet in life, and what is terrible, and he then goes out undeterred to meet what is to come. AVEN, Terje. *Foundations of Risk Analysis*. A knowledge and decision-oriented perspective. England: John Wiley & Sons, 2003. p. 1.

⁵²⁹ GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right*. Washington, DC: The World Bank Group, 2004. p. 121.

Essa repartição objetiva entre partes desencadeia o emergente ambiente de valores e condições no enfrentamento de incertezas considerados nos riscos.

Quando se refere a riscos, podem-se associar diferentes questões:

- 1) Falhas na identificação do risco inerente ao parceiro, público ou privado, diante da complexidade dos eventos envolvidos;
- 2) Incertezas decorrentes dos levantamentos no Procedimento de Manifestação de Interesse em relação aos ganhos ou às perdas socioeconômicos;
- 3) Confiabilidade da capacidade de gestão dos riscos e da segurança jurídica;
- 4) Interesses heterogêneos envolvidos;
- 5) Probabilidades de perda e ganhos financeiros com reflexo no mecanismo de pagamento.

Nesse diapasão, vale reconhecer que não há um consenso doutrinário em torno do que realmente seja riscos, diante de planejamento contratual de longuíssimo tempo, de consequências incertas e das probabilidades envolvidas frente às mudanças, além da ótica do comprometimento de futuras gerações desenvolvidas durante o decorrer do lapso temporal.

Cabe demonstrar que essa inquietude doutrinária, segundo Fernando ARAÚJO⁵³⁰, sobre o risco remete a eventos prováveis e possíveis de calculá-los, e à incerteza de eventos improváveis, que estes não podem ser considerados como impossíveis de serem calculados.

O entendimento do risco deve partir de uma perspectiva em considerar as consequências que repercutirão no futuro, mas não há uma certeza absoluta, uma vez que as incertezas advêm do desenvolvimento e mudanças ocorridas nas sociedades⁵³¹. O evento de uma possível ocorrência pode impactar o investimento⁵³² com consequências que produzirão resultados. Esse evento é uma situação da qual a Administração Pública está inserida, bem como a atividade empresarial, como as PPPs, nos quais “o risco existe independentemente de percepções teóricas ou políticas, sobre o quê é o risco e qual a probabilidade de um risco se concretizar”⁵³³.

Nesse segmento de conhecimento, cabem trazer algumas concepções de riscos:

⁵³⁰ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 298.

⁵³¹ AVEN, Terje; RENN, Ortwin. *Op. cit.*, p. 2

⁵³² NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, p. 126.

⁵³³ ROSA, Eugene A. White, Black, and Gray: Critical Dialogue with the International Risk Governance Council's Framework for Risk Governance. In: RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D. (Eds.). *Global Risk Governance. Concept and Practice Using the IRGC Framework*. The Netherlands: Springer, 2008. p. 101-116.

1. Considerado um evento, que pode ou não ocorrer, e o qual pode ter um impacto financeiro positivo ou negativo⁵³⁴;
2. A essência encontra-se nos aspectos do evento, da probabilidade em período de tempo e do impacto financeiro⁵³⁵;
3. Uma abordagem ligada ao projeto de PPP, envolvendo seu impacto em relação à alocação dos recursos decorrentes de financiamento, os cálculos de receitas ou tarifas em níveis esperados, ou seja, os riscos estão diretamente relacionados às estimativas do projeto⁵³⁶;
4. Envolve uma situação de aleatoriedade frente a uma entidade econômica que pode ser expressa em termos de probabilidades numéricas específicas (objetiva ou subjetiva)⁵³⁷;
5. Constitui um dos maiores incentivos na repartição dos riscos para ambos os setores público e privado⁵³⁸;
6. A prestação de serviços públicos comporta riscos do negócio, reconhecendo a existência de que certos riscos são melhores geridos pelo Governo, em vez de maximizar a transferência de riscos⁵³⁹;
7. Refere-se a igual combinação de duas dimensões de eventos/consequências (ou resultados) e associadas a incertezas que se manifestam através dos eventos, os quais terão consequências a uma atividade que acrescente valor aos seres humanos⁵⁴⁰.

Uma atividade pode produzir eventos e consequências, isto é, resultados e estas consequências estão sujeitas a incertezas⁵⁴¹, por exemplo, uma parceria público privada administrativa de presídios, a ressocialização é tomada como evento, que constitui o centro da perspectiva de resultados, pois esses valores precisam ser sopesados como consequências e inseridos em um ambiente de incertezas, além do retorno à convivência na sociedade. Diante disso, uma PPP deste porte se justificaria pelos resultados à intrínseca valorização do ser humano, logo a ressocialização é o risco do projeto a ser considerado no evento.

⁵³⁴CARTLIDGE, Duncan. *Public Private Partnerships in Construction*. London: Taylor & Francis, 2006. p. 182.

⁵³⁵NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, p. 126.

⁵³⁶DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*

⁵³⁷GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Op. cit.*, p. 15.

⁵³⁸GREVE, Carsten; HODGE, Graeme. *Op. cit.*, p. 1-21.

⁵³⁹CORNER, David. *Op. cit.*, p. 44-61.

⁵⁴⁰AVEN, Terje; RENN, Ortwin. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁴¹*Id. ibid.*, p. 3.

Outro exemplo, uma parceria público privada patrocinada de rodovias. Nesse caso, o evento identificado seria a acessibilidade, uma vez que as estradas constituem bens de capital que permitem a mobilidade de pessoas e bens, bem como se destina aos agentes econômicos que necessitam de acesso a determinados locais para escoamento de bens, produtos e serviços⁵⁴². Em razão disso, haveria uma estimativa de demanda a ser alcançada, apontando o desafio de estabelecer “uma medida exata de incerteza, bem como a precisão de riscos envolvidos. Logo, a ferramenta necessária para expressar a incerteza é a probabilidade, visto que as atribuições de probabilidades são condicionadas a uma série de hipóteses e suposições”⁵⁴³. As incertezas poderão ser camufladas em probabilidades e valores esperados em resultados superestimados, já que “a probabilidade é a medida de incerteza, mas as incertezas existem dentro de probabilidades específicas”⁵⁴⁴. Dessa feita, tecnicamente, “o risco é frequentemente definido por valores esperados, mas é igualmente comum definir a combinação de probabilidades e de resultados”⁵⁴⁵.

Nos dois exemplos acima, percebe-se que a perspectiva do risco parte de ângulos distintos e de uma abordagem comum, a análise do custo *versus* benefícios. A escala de observação do primeiro exemplo tem como medida de benefícios, o valor humano; enquanto, no segundo, pode-se adotar o tradicional valor econômico.

Nesse sentido, a abordagem dessa análise tem como objetivo o uso da alocação de recursos como ponto central à maximização do bem estar da sociedade, transformadas em resultados eficientes⁵⁴⁶. Evidentemente, essa relação impacta na mensuração vinculativa de desempenho por consequência em desembolsos pecuniários.

As PPPs estão sujeitas a riscos devido a grandes custos iniciais, complexidades dos projetos, além da durabilidade contratual, em que as partes envolvidas possuem diferentes objetivos⁵⁴⁷, percepções e limitações. Acontece que a extensão e alocação do risco se materializam em um contrato administrativo com cláusulas relativas à repartição objetiva que torna esses riscos executáveis.

Destaca-se que os riscos podem ser transferidos para o parceiro privado. No entanto, a identificação e a alocação do risco são determinadas de acordo com a área envolvida e a escolha do mecanismo de pagamento. Enfatize-se, ainda, um dos mais comuns argumentos

⁵⁴²BUHR, Walter. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁴³AVEN, Terje; RENN, Ortwin. *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁴⁴*Id. ibid.*, p. 5.

⁵⁴⁵*Id. ibid.*, p. 5.

⁵⁴⁶*Id. ibid.*, p. 29.

⁵⁴⁷O objetivo principal do Poder Público é prestar um serviço de qualidade a sociedade, enquanto o Particular, considerado parceiro privado, tem a pretensão de obter uma lucratividade em vista ao retorno esperado sobre o investimento aplicado.

aceitos na escolha das PPPs que consiste, empiricamente, em ser mais eficiente para o Estado e em transferir riscos e custos para o parceiro privado. Ademais, o princípio vinculativo dessa máxima é a alocação do risco à parte que é mais capaz de absorver e controlá-lo⁵⁴⁸. Então, considera-se a alocação do risco uma tarefa extremamente complexa, bem como sua análise ou avaliação de probabilidades de ocorrência de eventos. Aliás, a possibilidade de analisar essa base extrai padrões que facultariam a elaboração de métodos baseados em probabilidades que foram anteriormente desenvolvidas⁵⁴⁹.

Nessa perspectiva, a avaliação do risco seria tomada como a geração de conhecimento que interligaria as ocorrências específicas com as consequências incertas daquela área específica, porém passível de estimá-los em termos de distribuição de probabilidades, isto é, haveria a possibilidade de identificação e de estimativa para a criação de uma PPP determinada⁵⁵⁰.

A repartição objetiva do risco compreende um projeto de PPP de viabilidade de resultados eficientes, sob o ponto de vista de retorno financeiro e social. Os riscos compartilhados devem ser de acordo com a proposta do projeto, pois uma “alocação de riscos excessivos para um parceiro produziria custos e instabilidades, de modo que a alocação ineficiente resultaria em uma sub-otimização de recursos⁵⁵¹”.

Ademais, a identificação do risco é inerente a cada projeto, pois as empresas responsáveis pelo projeto ou Procedimento de Manifestação de Interesse induzem a um processo de transferência dos riscos assumidos pela empresa de PMI para os demais participantes, denominado, segundo Jeffrey Delmon⁵⁵² de “*back-to-back*”. Nesse sentido, a construção da matriz de risco contém o elemento organizativo visando à repartição objetiva do risco, que integra a probabilidade do evento e do impacto no ambiente específico da PPP, que fixa a posição possível de cada parceiro para a alocação do risco⁵⁵³.

⁵⁴⁸ BRENNINKMEIJER, Olivier A.J. Questions, Risks and Challenges: Public-Private Partnerships in Western European Countries. In: URIO, Paolo. *Public-Private Partnerships Success and Failures factors for in-transition countries*. New York: University Press of America, 2010. p. 95 [p.70-140].

⁵⁴⁹ *Id. ibid.*

⁵⁵⁰ *Id. ibid.*

⁵⁵¹ DELMON, Jeffrey. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁵² *Id. ibid.*, p. 67.

⁵⁵³ O Tribunal de Contas da União institui a Portaria-SEGECEX Nº 31, de 9 de dezembro de 2010 em que definiu objetivos estratégicos para operacionalizar auditorias de “Análise de SWOT e Verificação de Risco” para fins de orientar a aplicação das técnicas e análise de resultados. A técnica contribui, nesse momento de instrumentalização de PPPs em diversas áreas, em que se faz necessária uma avaliação da gestão de risco, que possa fornecer orientações possíveis para aferir o impacto e as probabilidades de ocorrência de risco no âmbito dos controles existentes, além de apontar como os riscos devem ser melhor controlados. Cabe esclarecer que SWOT significa *Strengths* (forças), *Weaknesses* (fraquezas), *Opportunities* (oportunidades) e *Threats* (ameaças). Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). *Boletim do Tribunal de Contas da*

Consoante uma alocação eficaz, faz-se necessário identificar alguns riscos inerentes às concessões de parcerias público privadas dispostos em três momentos: na fase do projeto, na execução e na finalização. Nessas fases identificam-se riscos que podem afetar a construção das PPPs, assim considerados: 1) Riscos Comuns: Técnicos (projeto, execução), Econômicos (projeto, execução) e Operacionais (riscos de receita, riscos de custo operacional, riscos financeiros); 2) Riscos de Eventos Imprevisíveis (riscos de força maior, riscos macroeconômicos, riscos jurídicos e institucionais, riscos de desempenho); e, 3) Riscos Específicos (riscos fiscais, riscos de valor residual, riscos de licitação)⁵⁵⁴.

Portanto, os riscos comuns podem ser considerados os que afetam o resultado do projeto com consequências na fase operacional. Já os riscos de eventos imprevisíveis são prováveis de ocorrerem, mas de impacto considerável na execução e no desempenho da concessão. Além desses, os riscos específicos são ocorrências de procedimentalização administrativa e fiscal que provocam impacto na gestão da parceria público privada, conforme figuras abaixo⁵⁵⁵:

União. Especial. Análise SWOT e Diagrama de Verificação de Risco Aplicados em Auditoria. Ano XLIII, n. 30, Brasília: TCU, 2010.

⁵⁵⁴ CHECHERITA, Cristina; GIFFORD, Jonathan. Risk Sharing in Public-Private Partnerships: General Considerations and the U.S. Practice in Road Transportation. *Proceedings of the 87th Annual Meeting of the Transportation Research Board*, Washington, D.C., jan. 13-17, 2008. Disponível em: http://www.trforum.org/forum/downloads/2007_1B_PartFin_paper.pdf. Acesso em: 23 out. 2014. DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. Washington, D.C: The World Bank Group, 2010.; GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right*. Washington, D.C: The World Bank Group, 2004.; RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D..(eds.). *Global Risk Governance: concept and practice using the IRGC Framework*. Netherlands: Springer, 2008; BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Classificação Brasileira de Desastres*. Disponível em: http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=2a09db34-e59a-4138-b568-e1f00df81ead&groupId=185960>. Acesso em: 26 out. 2014.

⁵⁵⁵ Cabe esclarecer que as figuras de identificação dos riscos foram elaboradas pela autora, adotando uma interrelação com a realidade da legislação de PPPs do Brasil.

Figura 6 - Identificação dos riscos comuns: os riscos técnicos

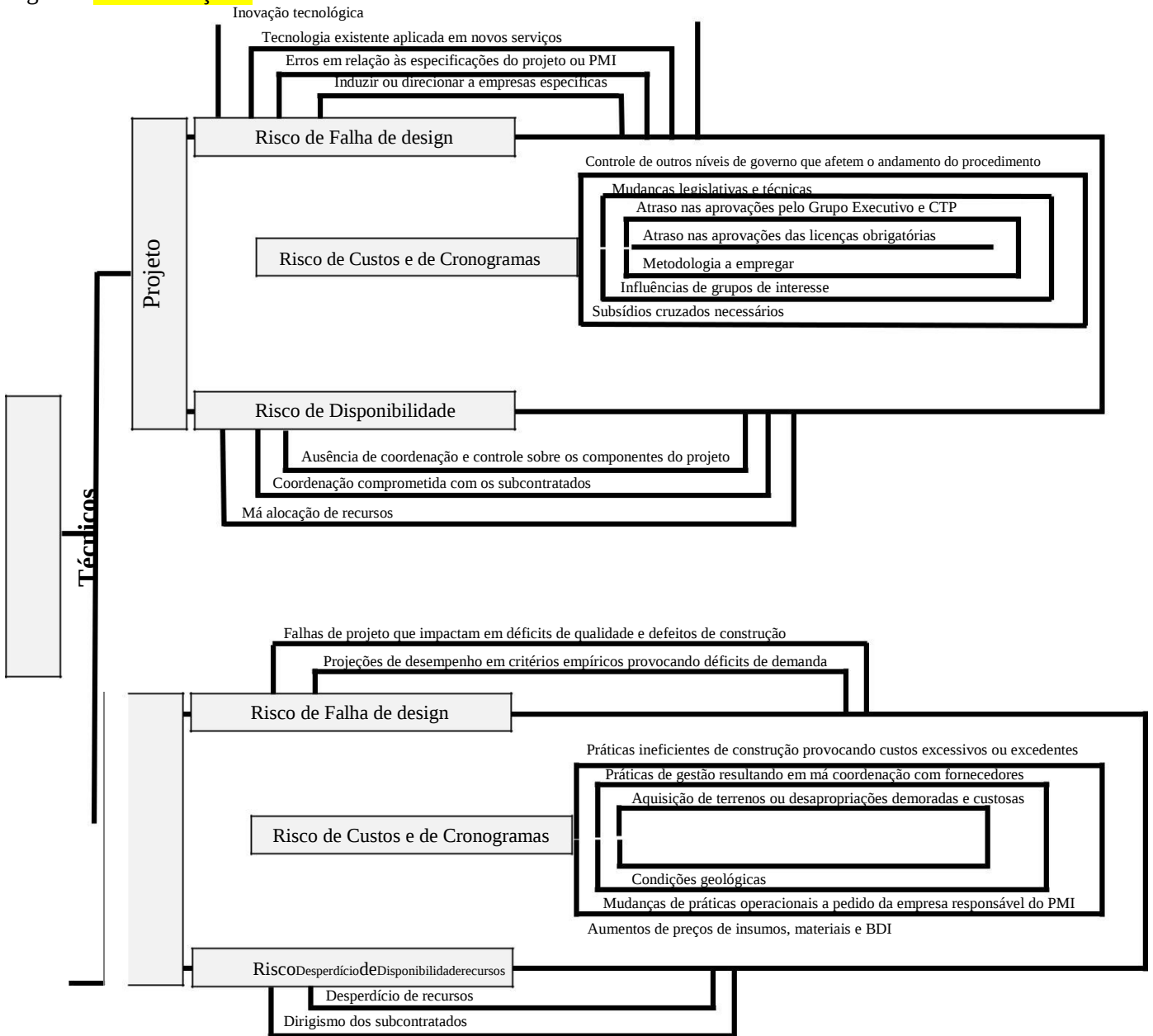


Figura 7 - Identificação dos riscos comuns: os riscos econômicos

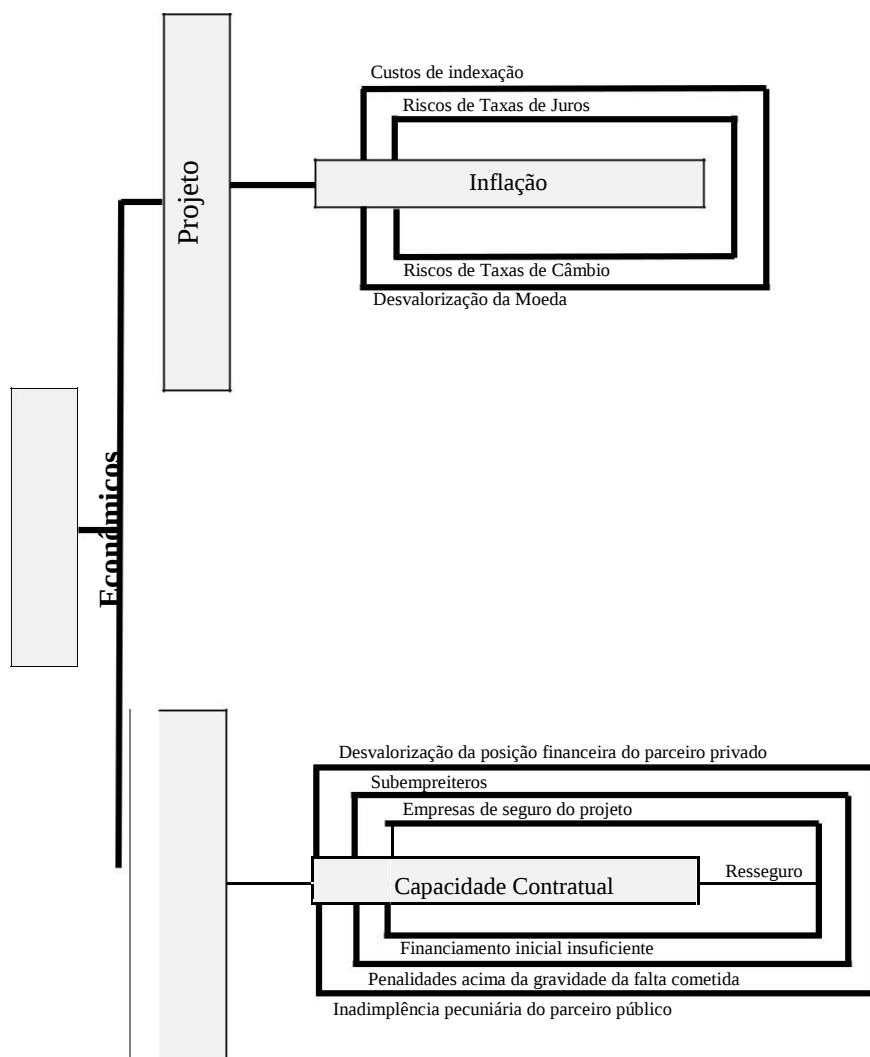
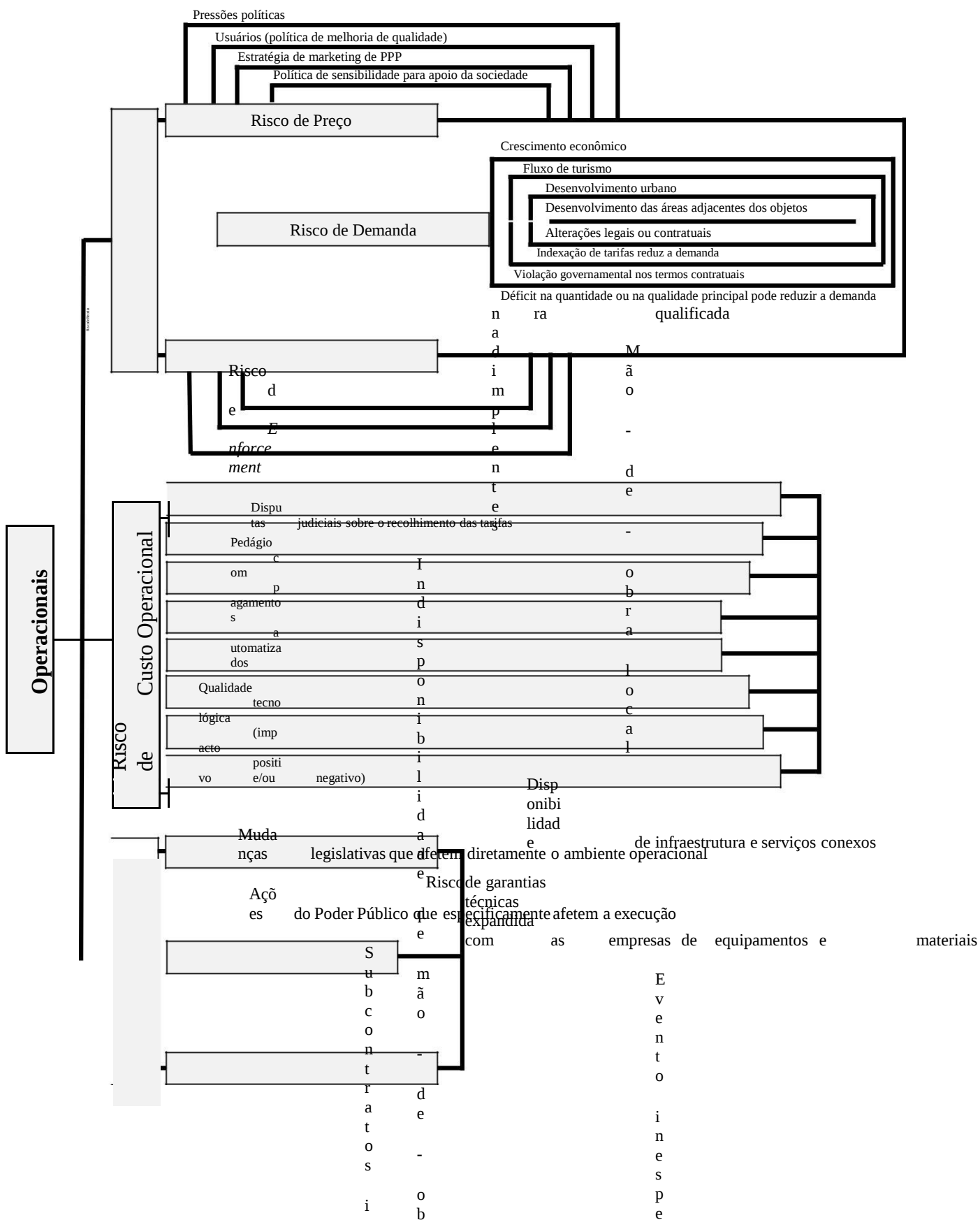


Figura 8 - Identificação dos riscos comuns: os riscos operacionais



r
a
d
o

	Cu sto de co ber tur a
	Tax as de câm bio

T
a
x
a
s

d
e

j
u
r
o
s

Figura 9 - Identificação dos riscos de eventos imprevisíveis

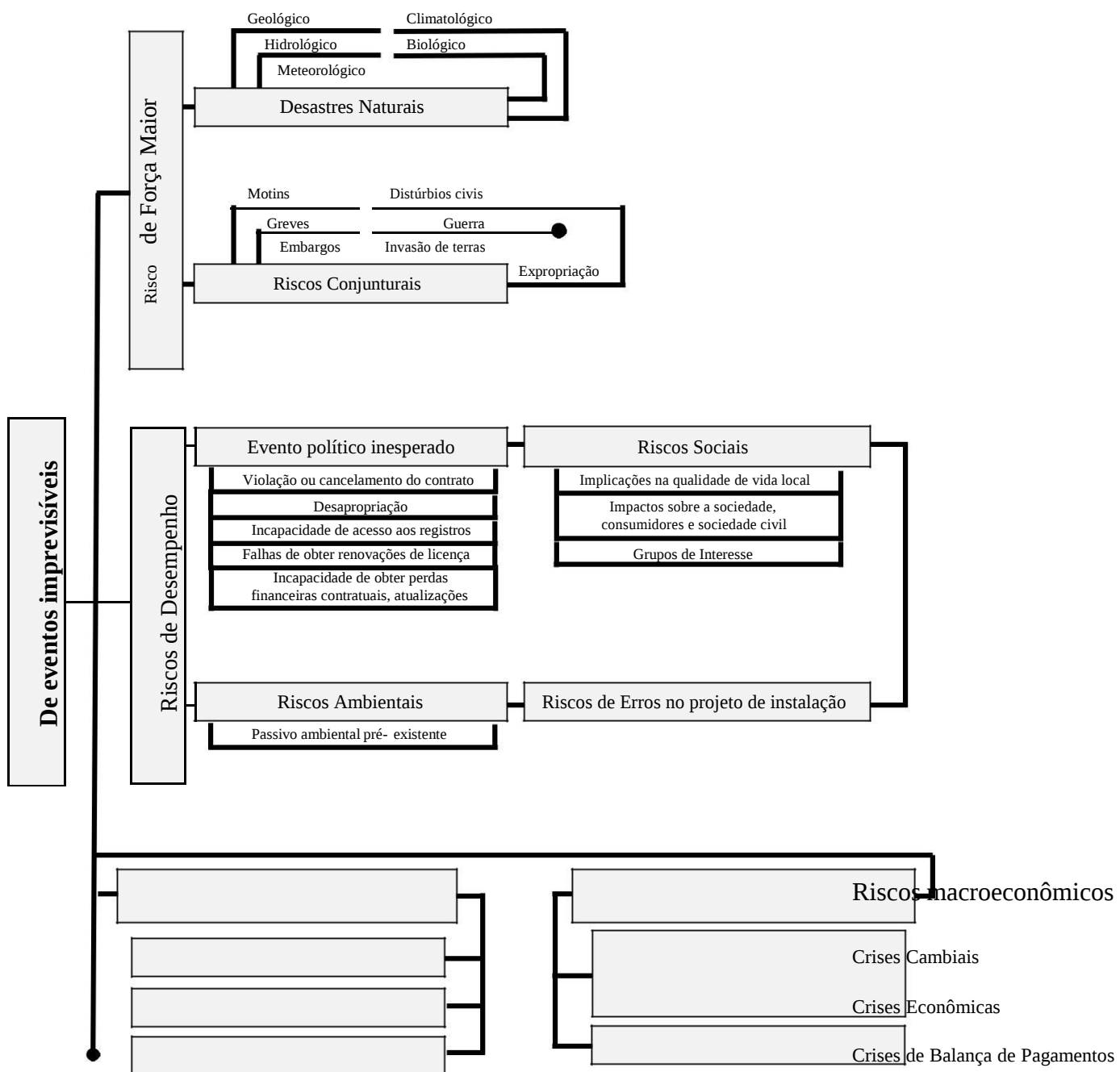
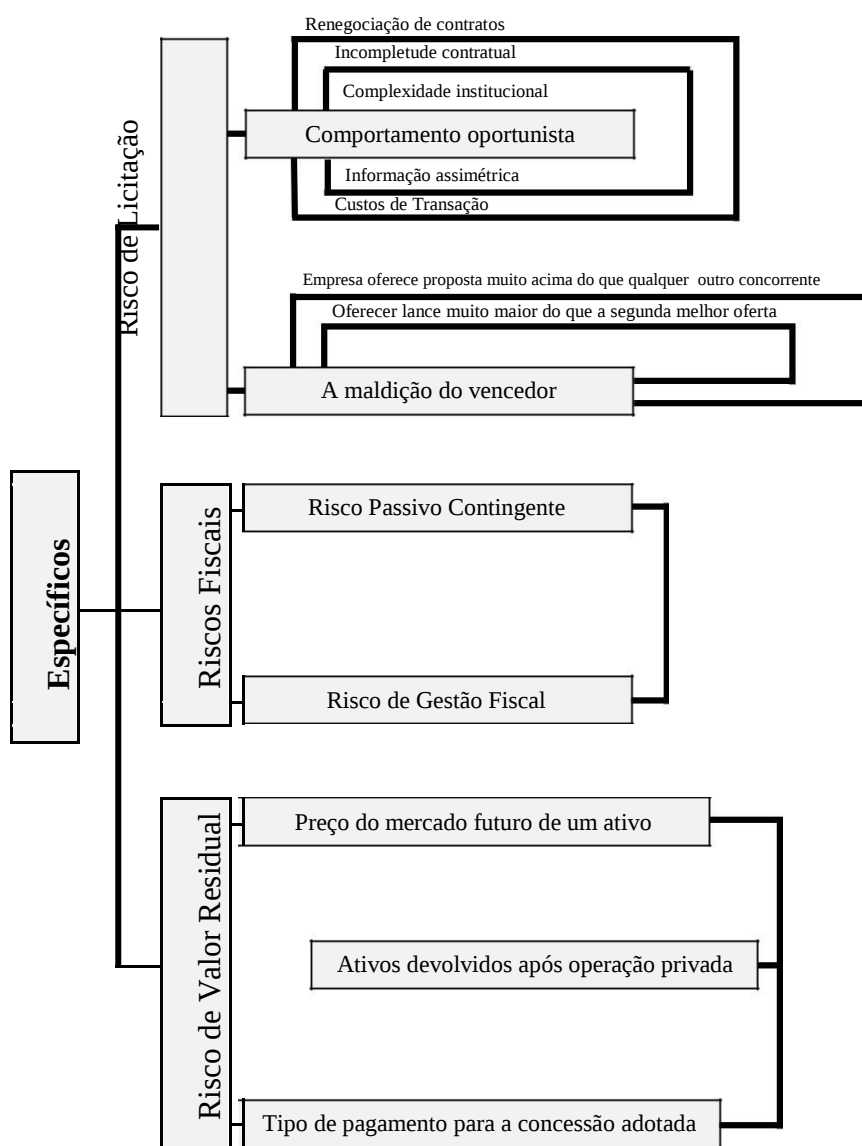


Figura 10 - Identificação dos riscos específicos



Observa-se que os riscos identificados acima influenciam no resultado da prestação do serviço de PPPs e, conseqüentemente, contribuem para a formação de uma incompletude contratual.

5.3 RESULTADOS: DESEMPENHO COM BASE EM PARÂMETROS E INDICADORES

A visão teleológica da PPP é a busca de uma melhor alocação de riscos traduzida em termos de desempenho. Nesse sentido, três dimensões devem estar atreladas: i) obrigações de serviços especificados; ii) a estrutura de pagamento/contraprestação ao preço, isto é, os mecanismos de pagamentos; iii) expressa disposição contratual ajustando à alocação do risco no controle de cada parceiro; iv) a existência de algum grau de riscos fora do controle de ambas as partes⁵⁵⁶.

A função do poder público está em procurar a parceria com o particular visando adquirir serviços e recursos financeiros, além de um nível desejado de transferência de risco. Aliás, a quantidade e a qualidade do serviço devem ser capazes de medição e comparação com os indicadores-chave de desempenho⁵⁵⁷.

Uma estrutura eficaz contratual é essencial para o êxito de mensurar os critérios de desempenho por resultados no conjunto dos deveres e obrigações para as partes envolvidas, uma vez que o quadro jurídico contratual representa as potencialidades ensejadoras de uma política de mercado de concessões de parcerias público privadas. Nesse caso, há potencialidades e inserções de novas regras a serem alcançadas, com especificações dos resultados esperados da prestação de serviços, sem detalhar o serviço que deve ser entregue. Isso permite a liberdade empresarial de optar pela melhor forma de prestação de serviços, cuja proposta de preços atrela à estimativa de custos, não necessariamente a de menor preço, mas a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O mecanismo de pagamento é essencial para estipular o grau de alocação de riscos e para instigar o desempenho apropriado pelo setor privado. Os parâmetros de desempenho e indicadores de resultados podem utilizar: i) mecanismos de prestação de serviços com pagamentos baseados em uma combinação de disponibilidade de serviços e níveis de desempenho; ii) elementos baseados em unidade de operação de cada uso do serviço; e, iii) incentivos com base em pagamentos atrelados a melhorias de eficiência acima dos parâmetros pré-estabelecidos⁵⁵⁸.

Ademais, o ambiente de incentivos constitui uma proposta de melhoria com a junção de parâmetros de mecanismos de pagamentos e de serviços adequados. No caso, por exemplo os hospitais, em que o número de atendimentos pode refletir na eficiência do serviço e nos incentivos de desempenho.

⁵⁵⁶ GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Op. cit.*, p. 175-176.

⁵⁵⁷ *Id. ibid.*, p. 176-177.

⁵⁵⁸ *Id. ibid.*, p. 178.

O procedimento administrativo, apesar de exigir formalidades tanto de cunho operacionais como legislativos, não deve ser visto como extremamente formalista, uma vez que há um conjunto de elementos materiais e circunstanciais que influenciam a formação da relação jurídica entre a Administração e o administrado. As exigências procedimentais justificam as diretrizes da atividade pública, decorrentes de compras, obras e serviços, concessão comum e concessão na modalidade de parceria público privada. Em razão disso, a estrutura da relação contratual molda-se de acordo com a atividade e o objeto, bem como as normas jurídicas consonantes à matéria.

Uma característica destacável nesse processo de interação de público e privado diz respeito ao interesse público, uma vez que os objetivos dos atores envolvidos são diferentes. Nesse caso, a estruturação do projeto de parceria público privada, sob a ótica da salvaguarda do interesse público, deve ser trabalho em cada caso e de acordo com as especialidades do setor. Ademais, as cláusulas contratuais de PPPs, diferentemente das de concessão comum, não podem ser confeccionadas nos moldes de minuta padronizada, pois possuem especificidades previstas e negociadas.

Diante da impossibilidade da inexistência de conflitos, o direito positivo estabelece mecanismos cada vez mais aperfeiçoados para minimizar esses conflitos, procurando atingir o equilíbrio e a segurança jurídica. A formatação do contrato é estruturada na perspectiva do investimento, com base em dados técnicos, porém não se pode conceber a inércia frente à evolução dos fatos e ao atendimento ao cumprimento da continuidade e da mutabilidade.

Dentro dessa perspectiva, a relação do interesse público vinculada aos “ indicadores de desempenho mensuráveis no resultado”, segundo, Mirjam Bult-Spiering e Geert Dewulf⁵⁵⁹, a normativa de interesse público envolve processos, que podem ser determinados na fase de planejamento e indicadores a serem cumpridos como metas de resultado.

O desempenho das parcerias público privadas está diretamente relacionado aos objetivos do modelo de PPP que, em termos de resultados, precisa de melhorias para maximizar os resultados e minimizar os custos. Ademais, os riscos de desempenho foram deslocados do setor público para os contribuintes, sendo financiados pelos investidores privados, numa proposta de reduzir os encargos dos contribuintes em decorrência de ineficientes alocações de recursos, acarretando um menor impacto da dívida pública⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op. cit.*, p. 38-40.

⁵⁶⁰ WORLD BANK. Private Sector Development Strategy: Issues and Options (A Discussion Document). Washington, DC: WBG, 2001. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/Seminar%20PDFs/development%20strategy.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

Esses objetivos foram reforçados pela inserção de cláusulas contratuais que demonstram a necessidade de avaliar o desempenho do parceiro privado por critérios objetivos. Isso reflete nas mudanças processadas no cenário legislativo e contratual brasileiro das concessões.

O desempenho financeiro para implementar projetos de infraestruturas públicas pela escolha do modelo de parcerias público privadas tem sido a tônica na literatura jurídica, mas excepcionalmente as externalidades são sopesadas nas análises⁵⁶¹. Dessa maneira, os argumentos utilizados contra as vantagens advindas do desempenho financeiro das atividades assumidas pelas PPPs são fundamentadas na *performance* em que o setor público poderia conseguir empréstimos por menores custos em detrimento do setor privado. Apesar de salutar a observação, a principal questão é alocação desses recursos que tornem os projetos viáveis numa contraposição de custos *versus* benefícios, haja vista avaliar a qualidade ou a falta de qualidade dos projetos do setor público é extremamente complexo, tendo em vista as variáveis envolvidas como custo de manutenção e desempenho estabelecidos contratualmente.

5.4 INCOMPLETUDE CONTRATUAL: CONTEXTO IMPERFEITO

O contrato administrativo é, no seio desse ambiente de incentivos de PPPs, o sustentáculo de funcionamento do empreendedorismo da prestação de serviços de concessão entre o poder público e a iniciativa privada. Isso representa os valores econômicos e sociais conciliados a uma proposta de necessidades multidimensionais. Nesse traço, a concepção teórica administrativista configura-se em uma “coordenação de condutas”⁵⁶², capaz de aglutinar interesses configurados, na repartição objetiva de riscos e na aferição de desempenho focados em resultados eficientes.

Diante dessa realidade, o convite à análise econômica dos contratos pode configurar uma alternativa para fins de sistematizar parâmetros de desempenho e de uma equitativa alocação de riscos de acordo com a capacidade do parceiro em assumi-los. A razão desse instrumento teórico é trazer uma renovação do contrato administrativo em face das forças inovadoras do papel da iniciativa privada em parceria com o poder público para exploração de serviços públicos.

Aliada ao fator tempo dessas parcerias, acrescentam-se as flutuações mercadológicas e a força normativa constitucional que valoriza a ordem econômica fundada na livre iniciativa, permitindo ao Estado a exploração direta de atividade econômica quando

⁵⁶¹BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Op. cit.*

⁵⁶²ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 23.

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Dessa feita, o contrato reveste-se de caráter especial capaz de absolver os diversos intentos político-administrativos em face à iniciativa da Lei das Parcerias, a Lei n. 11.079/2004.

Reconhece-se a evolução do quadro jurídico do contrato administrativo em que a acentuação ideológica da formalidade se sobressai numa difícil missão de abarcar todos os eventos ensejadores de PPPs, tutelando interesses lastreados em uma segurança jurídica normativa. Alerta, Fernando Araújo⁵⁶³, que a abordagem econômica não se torna um fim em si mesmo em que as soluções jurídicas são, ou devem ser dominadas por considerações econômicas, em contrapartida ao não desprezar o ascendente econômico no diálogo institucional do contrato administrativo. A abordagem tem o propósito, “num certo grau, até certo ponto, de fornecer ao Direito uma visão menos dogmática⁵⁶⁴⁵⁶⁵” e mais harmonizada com a realidade da conjuntura de serviços públicos.

Ademais, a linguagem da microeconomia corroborada pela análise econômica do Direito permite o componente do valor prático, nos aspectos de custos e benefícios, eficiência, assimetria de informações, encadeando um raciocínio normativo de lógicas, assegurados por métodos funcionais. Nesse caso, segundo Fernando Araújo⁵⁶⁶, “a análise econômica se interessa pelo contrato numa vertente de espécie de microcosmo do mercado”, definindo o espírito da vontade do Estado, considerando o contrato como uma unidade básica de trocas econômicas públicas com o mercado. Este ramo de conhecimento procura explicar os efeitos das leis e estabelecem-nas para alcançar determinados resultados. Aliás, a análise econômica

⁵⁶³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 28.

⁵⁶⁴ *Id. ibid.*, p. 30.

⁵⁶⁵ A *Law and Economics* traz como base a vertente normativa em que impulsiona a ordem jurídica em revelar um dos seus objetivos de promoção ou facilitação a maximizar do bem estar social, em desenvolver os benefícios dos custos, que procura sustentar uma reorientação das finalidades da modelação normativa de forma a compatibilizar os valores da justiça com os da eficiência. Entende-se que a eficiência é o resultado justo das opções livres na medida em que traduz uma maximização de resultados desejados. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 31. No caso aplicado das PPPs os valores a ser buscado deve compatibilizar os valores do incremento social baseado na valorização humana, em termos de respeito ao direito do usuário em prestação de serviços de qualidade e preços compatíveis, se for patrocinada, e na eficiência de resultados e de responsabilidade de alocação de recursos. Fernando Araújo destaca contribuições da *Law and Economics* para a Teoria do Contrato em relação ao reconhecimento da propensa indeterminação e irracionalidade que se destaca em todas as condutas, por isso justifica uma reformulação da teoria com o propósito e o interesse na complementação dos tradicionais instrumentos, com destaque, o contrato, susceptíveis de adaptação da realidade de contingências das transações, em respostas a exorbitante, por vezes, dos domínios do jurídico, fazendo com que outras formas ordenadoras das relações sociais venham sustentar por falta de requisitos, em que a ordem jurídica não sustentaria. (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 32).

⁵⁶⁶ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*

do Direito recorre aos critérios de valoração das situações, de forma que as leis alcancem alguma medida de utilidade social máxima⁵⁶⁷.

Nesse contexto, as fontes legais permitem esse discurso da economia com o direito, hodiernamente, presente nos regimes de contratos públicos, que configuram uma influência mútua. Desse modo, o sistema jurídico do direito público atua numa realidade operacional, a qual apresenta uma natureza de racionalidade instrumental conferida pela procedimentalização, em ambiente de riscos e de assimetria de informação mesmo que seja para alcançar uma viabilidade contratual de incompletude. Marcos Nóbrega⁵⁶⁸ considera que o contrato capta a dimensão intertemporal da transação, da alocação dos riscos e da aferição do desempenho que passam a ser o regular cumprimento normativo.

A instrumentalidade da análise econômica do direito pode contribuir na captação da engenharia das contratações públicas no cenário brasileiro, mediante as propostas diferenciadas nos normativos por meio de mecanismos capazes de avaliar situações ensejadoras da manifestação procedimento de interesse e do procedimento licitatório, sem descuidar dos fundamentos principiológicos do direito público, diante da significativa interface de mercado e Estado.

A teoria econômica do contrato identifica as modulações⁵⁶⁹ da incompletude no campo jurídico das contratações públicas, pois há uma necessidade de coadunar a legislação com as circunstâncias reais. Nisso, é importante a colação de Fernando Araújo⁵⁷⁰ ao afirmar que “um dos entraves ao desenvolvimento mais célere da Teoria Econômica do Contrato veio do lado do Direito, e associada à necessidade de simplificação da própria análise jurídica, a qual gerou a presunção legalista de que o contrato seria um mecanismo neutro e plenamente eficiente – completo [...]”.

De fato, os contratos de PPPs envolvem uma complexidade técnico-operacional, que carregam um sentido de contratos de desempenho, uma vez que a formatação e maneira de realizar os serviços não são definidas e pormenorizadas, ou seja, há liberdade de “como deve ser executado”, mas o esperado recai sobre o resultado medido, em termos de indicadores e parâmetros anteriormente definidos, para cada objeto ou área⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ RUBIO, Maurício. *Economía Jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. Colaboração: Ana María Arjona. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2007.

⁵⁶⁸ NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*

⁵⁶⁹ Termo da área de telecomunicações empregado ao contexto no sentido de provocar um processo de amplitude e intensidade da microeconomia para a realidade contratual, que varia proporcionalmente a realidade contratual quando da incompletude.

⁵⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 42.

⁵⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 294.

Os contratos incompletos apresentam: i) a incapacidade de previsão de todas as possíveis contingências em contrato de longuíssimo prazo; ii) ocorrências que repercutem no contrato e dependentes de ações de terceiros; iii) os parceiros que não são totalmente racionais, pois não identifica todas as possíveis opções relevantes para estabelecer uma repartição de riscos definida entre as partes; iv) contextos complexos de serviços uma vez que há necessidade de um período de aprendizagem para criar resultados e buscar alternativas; v) novos governos podem ter objetivos diferentes de forma que os contratos devem fazer a melhor combinação entre esses objetivos divergentes⁵⁷².

No âmbito administrativo, uma aplicação abrangente do contrato público apresentada pela Lei n. 11.079/2004, Lei das Parcerias Público Privadas, e pela doutrina alienígena que enaltecem uma enfática preocupação com a forma contratual. No entanto, “o instrumento contratual se posiciona intermediariamente entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado, o recurso a soluções integradas”⁵⁷³, mecanismos de repartição e de alocação eficiente de risco.

Portanto, o contexto econômico e jurídico são eivados de imperfeições e incertezas, por isso o contrato administrativo de concessões de PPPs deve buscar mecanismos de equilíbrio entre incentivos e riscos⁵⁷⁴ que impactam o desempenho de resultados e, consequentemente, a contraprestação pecuniária.

⁵⁷² GUASCH, J. Luis. *Op. cit.*, p. 71-72.

⁵⁷³ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 148.

⁵⁷⁴ *Id. ibid.*, p. 151-153.

6 AS PPPS E O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: (DES) CONSTRUINDO UM NOVO TEMPO

A construção do pensamento do direito administrativo brasileiro é fundamental para entendimento do processo em construção de formulação de novos contornos inseridos no âmbito administrativista proporcionados pelas parcerias público privadas. Nesse propósito, a construção será elaborada a partir da estrutura do ensaio sobre *História das Ideias Jurídicas da Administração Pública Brasileira*⁵⁷⁵ que apresenta uma evolução das ideias e dos institutos jurídicos decorrentes formadores do direito administrativo no Brasil, sendo que a ênfase recairá sobre a influência dos temas tratados nessa pesquisa e seus impactos na construção do Direito Administrativo contemporâneo, sem, contudo, aprofundar-se no desenvolvimento da análise da evolução propriamente dita.

Um dos primeiros aspectos relevantes é a configuração do Direito Administrativo como influenciador das definições político-ideológicas do papel do Estado e de suas transformações no decorrer da história, em que o sistema jurídico exercia o filtro das mudanças com impactos no direito. As variedades de fontes formadoras no direito administrativo brasileiro sofrem influências das doutrinas alienígenas, norte-americana⁵⁷⁶ e francesa⁵⁷⁷.

Não se pode desconsiderar que, no período imperial, a doutrina administrativista tinha um papel descritivo, uma vez que despontava a formação embrionária do Estado. A Constituição de 1824 considerada liberal permitia instrumentos possíveis de intervenção na área econômica. Destaca Francisco Cavalcanti⁵⁷⁸, que nesse período havia a exploração de

⁵⁷⁵ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.*, p. 302-356.

⁵⁷⁶ Toma-se como exemplo a formatação do modelo das *Regulatory Agencies* ocorridas na segunda metade da década de oitenta do século passado, em virtude do processo de desestatização, quando havia uma perspectiva de serem instrumentos independentes regulatórios de setores estratégicos como energia, gás, telecomunicações, aviação, etc. (CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.* p. 304, p. 302-356). No período republicano o direito administrativo brasileiro sofreu influências do direito norte-americano em relação ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário.

⁵⁷⁷ Houve uma predominante influência francesa em relação às teorias e aos princípios formadores do direito administrativo brasileiro, principalmente no conceito de serviços públicos, a teoria dos atos administrativos, responsabilidade civil do Estado, a submissão ao princípio da legalidade e a pacificação da ideia do poder exorbitante conferido a Administração Pública em sua atuação, além da teoria dos contratos administrativos em relação as teorias da imprevisão, fato do príncipe e do fato da Administração. O Brasil optou pela positivação desses institutos diferentemente da formação francesa, com isso, a funcionalidade da Administração Pública tornou-se formalista e burocrática, principalmente em relação a licitação e contrato administrativo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-MARIA%20SYLVIA%20ZANELLA.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014).

⁵⁷⁸ CAVALCANTI, Francisco. *Op. cit.*, p. 302-356.

recursos minerais pelo modelo da concessão, bem como surgiu as primeiras ferrovias brasileiras. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷⁹ enfatiza que “uma Administração Pública organizada e consciência de que existia um direito administrativo distinto do direito civil”, o qual era “visto como um complexo de leis”.

Posteriormente, mudanças estatais foram acrescentadas através da Revolução de 1930, em que o Estado atuava diretamente como agente econômico e social. Nesse período, as inovações administrativas instituíram as autarquias, as sociedades de economia mista e empresas públicas, além de acrescentar a fundação pública que impulsionaram o Direito Administrativo brasileiro, já que o Estado assume atividades econômicas, ampliando os serviços públicos nas áreas de saúde, educação e de assistência social.

A Constituição de 1988 consagra uma compreensão do princípio da legalidade com a promoção de valores e princípios norteadores do ordenamento jurídico, repercutindo no Direito Administrativo⁵⁸⁰. Nessa perspectiva, a Carta Magna cuidou de promover alterações capazes de absorver uma nova realidade, instigando a atuação da iniciativa privada em prestação de serviços públicos, enquanto o Estado passa a atuar quando imperativo ao interesse nacional, além do papel de fomentador, coordenador, fiscalizador das atividades exercidas pelos particulares.

Há dificuldades de assimilar uma ordem econômica fundada na valorização da livre iniciativa com o fim de assegurar existência digna, pois o ponto de equilíbrio, neste caso, encontra-se entre o mercado e a atuação do Estado. Cabe ressaltar que a vida prática da ordem econômica cada vez mais se materializa por meio da participação privada em diversos modos de prestação de serviços públicos, principalmente pelo instituto contratual.

Diante disso, o instrumento jurídico de caráter especial confere alterações substanciais nas relações entre Administração e administrado com novas denominações, parceiros. Esta ênfase em parcerias provoca alterações no próprio direito administrativo que deixa de ser impositivo para relacional com os compartilhamentos de diretrizes de atuação da Administração Pública e da empresa privada.

O Estado assume a vontade constitucional de permitir e assumir sua função de harmonizador construtivo do público e privado, sem conjunturas de desconfianças, mas de forma a construir um diálogo fundamentado na busca por eficiência em serviços públicos, já que a construção argumentativa assume que o Estado não deveria assumir a execução direta de serviços. A assunção do Estado em serviços públicos tinha a ideia de que o setor público

⁵⁷⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos...

⁵⁸⁰*Id. ibid.*

teria a missão de atender a sociedade em suas necessidades sociais, econômicas e políticas, por meio de serviços públicos (com cobrança de tarifas ínfimas) até cabides de empregos, e, principalmente, os menos assistidos economicamente por isso a justificção da criação dos monopólios.

Diante disso, a Administração Pública revela a incapacidade gerencial carregado de apadrinhamentos e protecionismos ao privado nos contratos distante do fundamento essencial do Estado: o interesse público em resultados com eficiência e custos *versus* benefícios. A impossibilidade de alavancar os investimentos e de iniciar seu processo de afastamento começa pela escolha política dos novos rumos da Administração Pública, apresentando a gestão pública consensual e de resultados, pois havia o indicativo constitucional de que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”⁵⁸¹.

A partir dessa necessidade básica de exploração econômica constrói-se um caminho à iniciativa privada, com fundamento em uma dinâmica própria de mercado, tendo a centralidade no Direito Administrativo formalista e sacramentalizado na personificação do Estado contratual. Nessa personificação de um Direito Administrativo em des(construção), as concessões de parcerias público privadas embatem numa estruturação formalista e ideológica desse Direito.

Essa estruturação teria como fator central a conversação de princípios e regras que contribuem para justificar e universalizar o formalismo do Direito Administrativo, além das estruturas subordinantes e as relações de poder predominante estatal. Na ideológica, esse direito tenta ocultar uma faceta difusa das verdadeiras estruturas subordinadas e as relações de poder em seus fundamentos⁵⁸², que impedem o questionamento da dicotomia público-privado e sua operacionalidade em fatores de ganhos e resultados.

O fenômeno jurídico das parcerias público privadas se concretiza pela instituição da lei, imbuída de um discurso de jogo de linguagem, adotando a terminologia concessões, em que expressa formas normativas e práticas contratuais representativas de uma ferramenta dialógica para execução de serviços públicos e, ao mesmo tempo, compartilhada de incentivos por resultados através de um aparelhamento de contemporaneidade do Direito Administrativo.

⁵⁸¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 5 outubro. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁵⁸² BONINA, Nicolás; DIANA, Nicolás. *La Deconstrucción del Derecho Administrativo*. México: Novum, 2012. p. 127-128.

6.1 O IMPACTO DAS REFORMAS E O DIREITO ADMINISTRATIVO

As reformas foram paulatinamente desenvolvidas em conformidade com os acontecimentos que influenciaram a história do Estado e a atuação da Administração Pública com a perspectiva de dotá-las de capacidade institucional com eficiência e resultados, além da possibilidade instrumental de um direito administrativo capaz de alcançar a velocidade dessa sociedade da informação.

As reformas de Getúlio, a partir da década de trinta, acentuaram as intervenções direta do Estado nas relações econômicas, ou seja, havia um direcionamento da presença estatal na prestação dos serviços públicos e nas demais atividades econômicas. A criação de institutos e autarquias tornou a via do Estado em suprir e atender as demandas da sociedade. A assunção do regime autoritário acarretou vazão à delegação de serviços por concessões com exclusividade.

Na estrutura da Reforma do Estado impulsionou uma configuração policêntrica das ações administrativas fundamentadas pelo princípio da eficiência⁵⁸³, além de materializar a criação do Programa Nacional de Desestatização, Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, em seguida, a instituição do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sendo, posteriormente, a desestatização com a proposta do Programa Nacional de Desestatização (PND), Lei n. 9.481, de 9 de setembro de 1997, e finalmente, a Parceria Público Privada, Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A proposta da Lei de Parceria Público Privada exige um esforço dos instrumentos principiológico do Direito Administrativo sobre a estruturação contratual e a procedimentalização confere uma abertura à iniciativa privada de participar tanto da fase interna quanto da fase externa. Isso se deve à transformação institucional em reconhecer a importância do mercado de serviços públicos das concessões, as quais conferem uma trilogia de atores, usuários, iniciativa privada e Administração Pública, com objetivos comuns: ganhos de eficiência e melhores aplicações de recursos por menores custos.

As reformas administrativas brasileiras foram aprimoradas, mas ainda permanecem os problemas da falha sequencial que “se evidencia como um *gap* temporal entre os resultados obtidos na implementação e os resultados pretendidos quando da formulação das reformas”⁵⁸⁴. A explicação se exterioriza com os gargalos de infraestruturas de serviços públicos, cuja proposta das PPPs confronta o arcabouço formalístico do Direito

⁵⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

⁵⁸⁴ REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*, p. 34.

Administrativo sob a “perspectiva de modelos *one size fits all* (um modelo para todos os tamanhos), em medidas incompatíveis com a diversidade que caracteriza a administração pública.”⁵⁸⁵

6.2 TRANSFORMAÇÕES EM CONSTRUÇÃO: CONCESSÕES POR PARCERIAS

O mercado é um poder do sistema econômico no processo de atividades públicas para atender à demanda de infraestruturas públicas, uma vez que o papel do Estado evoluiu de tradicional fonte de prestação de serviços públicos. Nesse sentido, segundo Francisco Cavalcanti⁵⁸⁶, a globalização tem o ponto fundamental para alcançar além da abertura de mercados de bens, serviços, telecomunicações e o abrandamento das fronteiras, pois provoca alterações nos atores da atividade econômica se cotejados com posturas tradicionais. Todavia, a fonte jurídica é levada em direção a novos tipos de governança, às vezes, “governança sem governo”⁵⁸⁷, pelo menos sem a participação ou presença direta dos governos em suas capacidades tradicionais, estimulando novas instituições.

A interação do Estado e da iniciativa privada, através de parcerias, não busca necessariamente a redefinição fronteira entre o público e o privado com a configuração de ceder territórios tipicamente publicistas para o particular. Nessa seara, a ideia defendida por Alice Gonzalez Borges⁵⁸⁸ consiste em que a redução da intervenção estatal na economia, com a onda privatizante, cede espaço às formas de parceria com a iniciativa privada. Entretanto, o Estado assume um papel ativo para instituir novos regulamentos que venham garantir a segurança jurídica de direitos contratuais, mas também não significa o relaxamento do controle, formalmente, sobre as instituições privadas⁵⁸⁹. Observa-se que a privatização tem o objetivo central na redução do papel do Estado na prestação de serviços públicos, permitindo uma maior participação de particulares, visando atrair investimentos em setores economicamente deficientes.

Cabe ressaltar que a Lei das PPPs não inova, propriamente, em nosso ordenamento jurídico, dado que amplia a figura da concessão como uma evolução do instituto,

⁵⁸⁵ REZENDE, Flávio da Cunha. *Op. cit.*, p. 35.

⁵⁸⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, 1997, p. 67-75

⁵⁸⁷ GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, Boston, v. 54, Issue 3, Rev. 903, 2013, p. 909. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁵⁸⁸ BORGES, Alice Gonzalez. O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos. In: QUADROS, Cerdônio. *Nova Dimensão – Direito Administrativo – Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais*. v. 1. São Paulo: NDJ, 1997. p. 8.

⁵⁸⁹ STARR, Paul. *Op. cit.*, p. 22-54

possibilitando ao Estado criar uma forma de crédito e financiamento de projetos, que não poderiam ser realizados por falta de recursos públicos, além de possibilitar transferência de tecnologias⁵⁹⁰.

As PPPs ganham projeção com as recomendações dos organismos internacionais que embutem a conotação de cooperação entre o público e o privado para impulsionarem os serviços públicos, além de enfatizarem os dispêndios e os riscos do negócio recaírem sobre o parceiro privado.

No âmbito brasileiro, mesmo dispondo de legislação própria de concessões, as modalidades de parcerias público privadas são modeladas com tipologias especiais, administrativa e patrocinada, com o intuito de diferenciá-las das comuns. Contudo, as identificações com outros institutos jurídicos permanecem na ordem jurídica brasileira, como a concessão administrativa com o contrato de serviços continuados, além da própria Administração como usuária. Em relação à concessão patrocinada, identifica-se um adicional tarifário do público ao privado, além de enfatizar os serviços autossustentáveis a serem executados. Aliadas a essas ênfases de cunhos positivos, existe o compartilhamento de riscos e ganhos entre os parceiros público e privado, que demonstra uma inovação na estrutura contratual administrativa brasileira, já que a utilização da terminologia “concessão” denota um jogo de linguagem que confere uma legitimidade legislativa ao instituto jurídico PPP.

6.3 AS PPPs: AMBIENTE DE INCENTIVOS

As empresas participantes de empreendimentos públicos, como as PPPs, não se limitam às nacionais, mas abrangem os investidores multitransfronteiriços, uma vez que criou-se um mercado de oportunidades com conceitos multifuncionais em serviços públicos. Diante dessas mudanças, identifica-se a transformação tecnológica das comunicações pelos efeitos do poder da globalização contemporânea que foram eliminados pelo tempo e o espaço entre os fatores de interação⁵⁹¹.

As empresas podem se interagirem diretamente com outras ao redor do mundo em tempo real, nacionais e internacionais, para participarem deste novo mercado. Diante disso, constata-se os fluxos de pessoas, informações, capital, ideologias, serviços e de empresas estão modelando o mundo⁵⁹², pois o cenário mundial mudou e há uma necessidade de

⁵⁹⁰ CRETELLA NETO, José; CRETELLA Júnior, José. Contrato de Parceria Público-Privada. Observações sobre esta nova modalidade contratual da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez., 2012, p. 26-39.

⁵⁹¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

⁵⁹² GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, Boston, v. 54, Issue 3, Rev. 903, 2013. Disponível em:

expertise para abarcar as novas demandas, como os de PPPs, que provocaram mudanças na estrutura de um Direito Administrativo que a cada dia se torna multifuncional, desafiando a lógica do formalismo tradicional em decorrência dessas inserções.

A evolução jurídica não se limita ao centro da estrutura organizacional do sistema o qual está inserido, mas também na atuação sobre sua estrutura, conforme afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁹³, que “[...] desejavelmente os legisladores, mas, necessariamente, os aplicadores do Direito deverão desenvolver uma ampla percepção dos fenômenos econômicos sociais, políticos e, em certos aspectos, até os tecnológicos, para cumprirem satisfatoriamente suas tarefas e servirem ao aperfeiçoamento da Ciência”.

As multiformes de necessidades em serviços públicos de infraestruturas estão aliadas à capacidade de investimentos e de alocação eficiente, além de proporcionar reestruturas de institutos com nova roupagem, produzindo articulações jurídicas para moldar a contemporaneidade de um Estado global. A operacionalização de uma Administração Pública normatizada reflete a um Direito dogmático que paulatinamente se confronta com a realidade do ser e do fazer. Dessa feita, a escolha política desse Estado provoca um processo de (des)construção do Direito Administrativo, o qual acolhe uma instrumentalidade para acomodar novas funções advindas de institutos jurídicos baseados em desempenho de eficiência, resultados e produtividade, voltados a uma economia de mercado.

Os interesses interagem, segundo Odete Medauar⁵⁹⁴, com “concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade”. Nessa linha de pensamento, a interação entre o público e o privado constroem finalidades convergentes em parcerias público privadas.

A concepção de arranjos financeiros, para investimentos em infraestruturas públicas, avança pelas PPPs, porém não poderiam comprometer o equilíbrio das contas públicas, por isso, havia a necessidade de um parceiro investidor, visto que a privatização deixou rastros de mecanismos do mercado em setores de serviços públicos.

Todavia, conforme pontuado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁹⁵, o retorno do instituto da concessão pela PPP ocorre na mesma inspiração das privatizações, razão pela qual

<<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁵⁹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Transferências...* p. 25-26.

⁵⁹⁴MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Op. cit., p. 192

⁵⁹⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...* Op. cit., p. 76.

a considera como uma de suas modalidades. Em posição discordante, Benjamin Zymler⁵⁹⁶ afirma que “não poderia ser compreendida como privatização, pois os bens construídos ou produzidos pelos parceiros serão, ao término do prazo contratual, revertidos ao Estado, em sentido estrito.” Vale considerar que o auge das privatizações ocorreu na década de oitenta e na década de noventa com repercussões financeiras, mas também legislativa, além de avançar na teoria dos contratos.

Merece destaque o pensamento de Mirjam Bult-Spiering e Geert Dewulf⁵⁹⁷ sobre as significativas diferenças entre a forma de PPPs e a de privatizações:

Nas PPPs, as partes públicas e privada (atores) dividem custos, receitas e responsabilidades. Privatização representa a transferência de atividades e responsabilidades ao setor privado, com ambos os custos e as receitas nas mãos desse setor. [...] A diferença entre PPPs e privatização pode ser visualizada em um aspecto público-privado: PPP é uma estrutura organizacional, de alguma forma, inserida entre o público e o privado.⁵⁹⁸

Nesse mesmo sentido, Roger Wettenhall⁵⁹⁹ argumenta que as parcerias público-privadas apresenta como o novo *slogan* messiânico dos Governos e podem assumir o papel de “privatização”, numa variante mais *light* do que ocorreu na década de oitenta e noventa.

Portanto, uma das razões da captação do melhor dos atores, público e privado, seria a busca de investimentos, já que o instituto de PPP abrange obras de grande porte e melhoria de gestão visando eficiência, haja vista o setor privado proporcionaria um empreendedorismo em termos de oferecer serviços de qualidade.

6.4 O CONTRATO DE PPP CONSTRUINDO O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

A licitação é obrigatória, em regra, como antecedente da contratação fundado na eficiência da Administração, ou seja, o Estado define seus contextos de incentivos e desenvolvimento por meio do contrato. Essa afirmação se coaduna com a indicação constitucional de que o instrumento jurídico de representação do regime das concessões deve ser o contrato.

⁵⁹⁶ ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 263.

⁵⁹⁷ BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, *Op. cit.*, p. 3

⁵⁹⁸ No original: “In PPPs, public and private parties (actors) share costs, revenues and responsibilities. Privatization represents the transfer of tasks and responsibilities to the private sector, with both costs and revenues being private hands. [...] The difference between PPPs and privatization can be visualized in a public-private spectrum: PPP is an organizational structure somewhere in the middle between public and private.” (BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, *Op. cit.*, p. 3).

⁵⁹⁹ WETTENHALL, Roger. *Op. cit.*

Dessa forma, o contrato insere-se como o ponto central da operacionalidade da Administração Pública que impõe tanto a própria administração quanto aos particulares. Aliás, o contrato possui características formais próprias do seu campo de atuação com disciplinamentos de atividades a serem executadas, bem como acordadas dentro do arcabouço intrínseco de um sistema jurídico específico do seu país.

Esse instrumento jurídico contratual contém matrizes clássicas do direito administrativo, além do processo de formatação e de tendências de mudanças em sua base conceitual⁶⁰⁰. Nos primeiros anos do século XX, houve resistência francesa para formar e reger um contrato específico e suas relações de direito público entre Estado e particular, de forma que “concepção de contrato regido pelo direito administrativo acabou por firmar-se, separando-se de preceitos tradicionais da teoria do contrato privado, em que assegura a Administração contratante a disposição de certas prerrogativas para fins de atendimento do interesse geral”⁶⁰¹. Essa concepção francesa influenciou, por sua vez, a percepção formadora do contrato administrativo no Brasil.

Assegura Fernando Dias Menezes de Almeida⁶⁰² que “a figura da concessão, ou mais especialmente a concessão de serviços públicos, no início do século XX, é o canal pelo qual se introduz no Brasil a discussão sobre o contrato administrativo”. Nesse segmento, Mario Masagão⁶⁰³, a concessão é o contrato de direito público e apresenta a manifestação de vontade contratual que se funde com a do concedente “que o contrato não é figura peculiar ao direito privado, e existe também no campo público”. Argumenta, ainda, “o que se requer, para o contrato, são pessoas, estes capazes de direitos e obrigações. Não é necessária a igualdade das suas naturezas [...]”, uma vez que a concessão não perdia o caráter contratual por ser normatizada sua aplicação derivadas de leis, regulamentos, atos administrativos. Enfim, “essa circunstância não impede o aparecimento do *consensus duorum placitum in idem*, em que repousa fundamentalmente o contrato”.

Segundo o pensamento divergente de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶⁰⁴, que sustenta a inexistência do contrato administrativo. A argumentação utilizada tem como parâmetro o modelo francês de que “a concessão de obra ou de serviço é considerada como ato jurídico misto, sendo unilateral quanto ao regime da obra ou do serviço e contratual quanto à equação econômico-financeira relativa à obra ou serviço”. Além disso, acrescenta-

⁶⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 185.

⁶⁰¹ *Id. ibid.*, p. 206-207.

⁶⁰² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 158.

⁶⁰³ MASAGÃO, Mário. *Op. cit.*, p. 59-82.

⁶⁰⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*

se que, em relação ao acordo de vontades, o contrato reduz a equação econômico-financeira para a execução de obra ou de serviço, segundo as determinações da Administração Pública, pois não se pode afirmar que o ato jurídico típico, que qualifica essa execução, seja de natureza contratual.

Afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶⁰⁵ que “contratual, destarte, não é o ato jurídico administrativo da concessão pelo qual a Administração delega ao administrado a execução de obra ou prestação de serviço público [...], contratual é tão-somente o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira desses atos jurídicos”. Essa visão tem como poder argumentativo de que o “contrato é o ato jurídico a ela complementar, pertinente ao aspecto patrimonial da concessão, e insuscetível de modificação unilateral pela Administração Pública”. A dificuldade do autor encontra-se em conformar os contratos entre a Administração Pública e os particulares como contratos administrativos, uma vez que os contratos, para ele, diz respeito à equação econômico-financeira das concessões, desconsiderando, as ordens contratuais existentes, cláusulas propriamente ditas e as regulamentares.

Cabe trazer a colocação de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁶⁰⁶ que, ao hermenêuta do Direito Administrativo, a essência do estudo do contrato administrativo compreende o “deve ser avaliado como é, na sua dimensão jurídica e de efeitos, nas projeções de finalidade”, por mais complexas que sejam as teorias ou escolas para “explicar a origem, a formação, a natureza dos contratos administrativos, sobretudo os regimes a que estão submetidos”, mesmo assim, não “exclui o interesse público e a finalidade de serviço”.

Nesse diapasão, o contrato administrativo possui algumas características como:

1. Submeter às normas do Direito Administrativo que é o centro de regras e leis positivadas no ordenamento jurídico;
2. Compreender o Direito Administrativo em sua interrelação com o direito contratual;
3. Existir uma responsabilidade prática da operacionalidade da Administração Pública;
4. Conformar a complexidade dos inúmeros eventos de uma sociedade plural.

Em decorrência disso, o Direito contratual administrativo torna-se limitado e delimitado, de modo a possibilitar a incompletude. Reconhece-se, por sua vez, a natureza

⁶⁰⁵MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*

⁶⁰⁶FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Op. cit.*, p. 138-140.

complexa do instrumento contratual no que diz respeito às regras acerca do conteúdo do contrato de concessão, tais como: “a) condições da prestação do serviço; b) relacionamento entre o poder concedente, concessionário e usuários; relacionamento entre poder concedente e usuários, de modo específico; d) relacionamento entre concessionário e usuários, de modo específico.”⁶⁰⁷.

Enfatiza, nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida⁶⁰⁸, “os grupos dos contratos de concessão é aquele em que mais se evidencia um vetor de inovação e de ganho de complexidade nos módulos convencionais”. Com efeito, ocasiona uma necessidade de (re)construção racional, moldada por uma realidade factual, ou seja, o “direito administrativo puramente descritivo”, que procura estruturar “os serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a certas atividades”. Além disso, determinam “as relações jurídicas que nascem da ação da Administração”, no intuito de “fixar as prerrogativas e obrigações, regendo as garantias outorgadas aos particulares contra a arbitrariedade”⁶⁰⁹.

Cabe ressaltar que a formalização contratual advém da positivação conferida ao direito administrativo brasileiro ao transpor teorias e princípios do direito francês e influenciar a legislação infraconstitucional de determinados institutos que contribuíram com o excesso de formalismo, consequentemente do funcionamento operacional da própria Administração Pública⁶¹⁰.

A teoria do contrato administrativo nos moldes tradicionais não mais se sustenta⁶¹¹, pois:

- i) Não esclarece adequadamente a essência *estrutural* da figura do contrato, ao vislumbrar, de modo indevido, dentro da relação contratual, elementos próprios de situação jurídica objetiva que lhe é estranha;
- ii) Induz ao comprometimento da essência *funcional* do contrato, ligada à pacificação decorrente do respeito à confiança que se origina do acordo consensualmente estabelecido; e,
- iii) Tanto pela perspectiva estrutural, como pela perspectiva funcional, relaciona-se cada vez mais imperfeitamente com a complexidade crescente do fenômeno convencional da Administração⁶¹².

Identifica-se a tendência necessária a *fuga do direito administrativo para o direito privado*⁶¹³, em que os instrumentos do direito privado estão presentes na Administração

⁶⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 315.

⁶⁰⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 261.

⁶⁰⁹ RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2. ed. Tradução: J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60-61.

⁶¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos... *Op. cit.* MARIA%20SYLVIA%20ZANELLA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶¹¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 318.

⁶¹² *Id. ibid.*, p. 318.

Pública⁶¹⁴, cuja participação privada configura uma realidade, porém, nos últimos tempos, houve uma acentuada presença, a partir da Reforma da Gestão Pública de 1995-1998, refletindo na inovação do ambiente constitucional diante da tradicional procedimentalização administrativa a qual requer avanços e resultados eficientes. Um dos pontos dessa Reforma constitui em “rever a legislação que rege as compras e contratações, visando à obtenção de preços melhores e a agilização de procedimentos requeridos”⁶¹⁵.

Isso reflete na procedimentalização de contratação pública em relação à escolha de contratados⁶¹⁶, além da diminuição dos atritos de confiança mútua nas relações entre a Administração Pública e os contratantes, fazendo acentuar a figura do “contrato administrativo como sistema de colaboração entre Administração e particular”⁶¹⁷. Além disso, repercute no aumento de *módulos contratuais ou consensuais* com base em fundamentos de diálogo entre a Administração e interessados⁶¹⁸.

Tal entendimento surge numa lógica permissiva de que os particulares podem atuar em prestação de serviços públicos por regime de concessão, pela via do caráter especial do contrato. O impulso da abertura à iniciativa privada traz o olhar para a coletividade visando atender às demandas em serviços estruturantes. As alterações decorrentes ganham projeções teóricas, em confronto com os modelos tradicionais, numa acentuada tendência de modelos jurídicos de contornos privados. Aliada a isso, a ineficiência de gestão, limitação orçamentária, projetos estruturantes complexos, responsabilidade fiscal, necessidade de quebra do paradigma do patrimonialismo contratual e rigidez contratual impulsionaram a

⁶¹³ Expressão extraída do Livro “Fuga para o direito privado” de Maria João Estorninho, publicado em Coimbra, pela Editora Almedina, em 2009. Importante pontuar que a expressão advém da obra “*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*”, de Fritz Fleiner.

⁶¹⁴ Segundo Maria João Estorninho, o fato é que no Estado Absoluto e no Estado Liberal, a atividade de direito privado da Administração Pública pode ser considerada como exceção, pois a diferença identificada entre os dois períodos se baseia no fato de que o Período Absoluto a atividade do Estado não está sujeita à lei, enquanto que no Período Liberal a atividade se encontra sob a subordinação ao Direito Administrativo. Posteriormente, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social constata-se transformações nos aspectos sociais, econômicos e culturais fazendo com que fosse alargado as funções da Administração Pública, por sua vez identifica-se um estreitamento da relação entre cidadão e Administração, fazendo com que provocasse uma busca por novos métodos de atuação que permitissem mais dinâmica e flexibilidade. Nesse bojo, o direito privado foi instrumentalizado para fins da Administração Pública, sendo utilizado o meio típico do Direito Privado, o contrato. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-42.

⁶¹⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE da Reforma do Estado. A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais: Síntese & Respostas a Dúvidas mais Comuns (*Caderno n. 06*), Brasília, 1997. p. 9.

⁶¹⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 208.

⁶¹⁷ *Id. ibid.*, p. 209.

⁶¹⁸ *Id. ibid.*, p. 209.

adoção de novas formas de atuação, uma vez que o direito contratual administrativo não tinha suporte jurídico suficiente, nos moldes tradicionais, às atuações necessárias em áreas diversificadas e de valores expressivos.

Os vínculos mais estreitos entre o público e privado, em contrapartida a Administração Pública, tornam-se menos imperialista, já que buscam-se práticas de negociação, de consenso e de parcerias, fazendo com que técnicas contratuais sejam instrumentais na ação administrativa⁶¹⁹.

As parcerias público privadas apresentam concepções econômicas e instrumentos de dialógicos, bem como responsabilidades de repartição de riscos entre os parceiros, com o fim desempenho de resultados. Nesse sentido, compreende-se a estimulação a uma teoria em evolução, que, ao mesmo tempo, induz a uma realidade jurídica de seu objeto em um meio dinâmico que avança no mesmo compasso das mutações tecnológicas e das exigências de uma economia social de mercado⁶²⁰.

Tradicionalmente, as atividades se mostravam diferentemente do momento atual em que não havia maiores preocupações com normas de segurança, sustentabilidade de materiais e de uso, isto é, a tendência à funcionalidade. Por isso, “a capacidade de lidar com os riscos é um elemento chave em um sistema funcional; [...] a capacidade de definir o que pode acontecer no futuro, avaliar os riscos associados e incertezas e escolher entre as alternativas está o cerne da gestão do risco⁶²¹”.

Diante disso, os critérios de riscos são sopesados, tanto em relação aos custos quanto a forma organizativa socioeconômica representativa de uma construção jurídica que seja capaz de identificar uma dimensão de *expertise* envolvidas em uma realidade exterior de maior vinculação à eficiência e a qualidade de serviços. Identifica-se, por sua vez, uma dupla natureza da perspectiva dos riscos com o potencial de mudanças estruturais e de construções sociais numa estratégica de resultados eficientes.

O cerne do risco recai sobre a combinação de duas dimensões: eventos/consequências e incertezas associadas. Na primeira dimensão, os quantitativos, geralmente econômicos, esperados nos resultados, podem ser previstos e avaliados por meio de parâmetros e indicadores de desempenho. Em relação à segunda, as probabilidades e os valores esperados são usados para expressar as incertezas, e, nesse caso, se faz necessário um levantamento provável dos acontecimentos.

⁶¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 8-18.

⁶²⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 123.

⁶²¹ AVEN, Terje. *Foundations of Risk Analysis*. A knowledge and decision-oriented perspective. England: John Wiley & Sons, 2003. p. 2.

Essa análise tradicional de custos *versus* benefícios são aplicadas ao desempenho de prestação de serviços públicos para identificar os riscos e avaliar a melhor *performance* de alocação numa matriz de risco a qual precisa refletir os aspectos pertinentes a cada área e ao objeto pertinente. Por conseguinte, a decisão formal de análise da matriz de riscos deve ser vista e formatada em direção à perspectiva de resultados, uma vez que a finalidade angular das PPPs não se encerra nos aspectos econômicos, mas na eficiência da prestação desses serviços, de forma que acomode tanto os resultados indesejáveis quanto desejáveis, por isso o desempenho deve ser auferido tomando por base parâmetros e indicadores próprios do objeto estruturado no instrumento contratual.

Há uma de otimização nas escolhas das instituições, na formatação das regras de decisão e nos direitos de alocação compatíveis com os parâmetros de desempenho, haja vista, nesse campo, o contrato clássico pode ser um referencial, um *standard* para auxiliar na interpretação de contratos mais sofisticados. No entanto, as cláusulas rigorosas devem ser flexibilizadas em um ambiente econômico complexo, sobretudo, nos contratos de PPPs, quando representar a alocação da repartição objetiva dos riscos⁶²².

Na celebração de um contrato completo, as partes especificam, de forma otimizada, seus direitos e obrigações para futuras execuções, estabelecendo todas as contingências sem alterar as obrigações à luz de novas informações ou resolução de incerteza⁶²³, uma vez que os contratos aparentam completos, mas são incompletos, pois pode haver riscos não previstos de modo que “contratos nunca são totalmente completos”⁶²⁴, mas normativamente completos. Ademais, a abordagem de contratos incompletos conduz à inexistência de contratos perfeitos, passíveis de hiato contratual⁶²⁵.

Todavia, ainda que se reconheça a incompletude, há um regime contratual que preveja determinadas circunstâncias de poderes, garantias e obrigações de ação unilateral a uma das partes, induzindo a mutabilidade contratual, decorrente de circunstâncias reais, não previstas, que envolvem o objeto da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza jurídica administrativa ou privada dos interesses. No panorama das PPPs, a necessidade do contrato administrativo se adaptar as novas circunstâncias, a mutabilidade precisa ser requerida e avaliada no caso concreto, em relação ao objeto contratual⁶²⁶.

⁶²² NÓBREGA, Marcos. *Op. cit.*, 2011.

⁶²³ BAKER, Scott; KRAWIEC, Kimberly D *Op. cit.*

⁶²⁴ *Id. ibid.*

⁶²⁵ A terminologia “hiato” vem da ideia de Ivo Dantas, que descreve sobre o “hiato constitucional” quando explicita a não correspondência entre a norma posta e a realidade social. DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶²⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 355-373.

Nesse contexto, o Estado se vê impulsionado a adotar práticas de gestão modernas e eficazes, sem perder de vista sua função eminentemente voltado ao interesse público⁶²⁷, porém a materialização recai a Administração Pública que precisa de instrumentos jurídicos capazes de concretar tais ações. Por isso, o direito administrativo, de premissas adornadas pelo formalismo, vem sofrendo uma influência da análise econômica ou do direito econômico, compelindo, de forma que impulsiona “a raciocinar finalisticamente em função do objeto do contrato e, conseqüentemente, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral da Administração”⁶²⁸.

De todo modo, o contrato administrativo de consistência complexa necessita de um direito administrativo com maior ou menor intensidade de um regime de Direito público⁶²⁹, que possa ter a capacidade de reger o objeto de concessão de PPPs, é o que fundamenta a abordagem teórica. Por isso, o direito administrativo contemporâneo experimenta uma construção em andamento, mas precisa desconstruir essa abordagem de regramentos de contrato em detrimento do objeto.

⁶²⁷ GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago./set./out., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁶²⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 370-373.

⁶²⁹ *Id. ibid.*, p. 360.

7 CONCLUSÕES

A Administração Pública brasileira foi marcada pelas influências das reformas do Estado, das repercussões das privatizações e da estabilidade moeda, que proporcionaram uma via alternativa de buscar instrumentos para suprir as deficiências de obras e serviços estruturantes, uma vez que se identificaram falhas nos arranjos de serviços públicos em termos de desempenho.

Ademais, havia a retórica de que arranjos institucionais assumidos exclusivamente pelo Estado geravam ineficiência tanto de alocação quanto de execução, além do mais os investimentos orçamentários podiam não mais se mostrar adequados aos novos tempos de mudanças globalizantes e a escassez de recursos orçamentários. Por isso, a captação de recursos financeiros, para assegurar os empreendimentos públicos, adveio do setor privado justamente para não comprometer o orçamento, porém o principal incentivador e garantidor financeiro emerge das instituições oficiais, especialmente do BNDES.

Diante disso, o chamamento ao setor privado para colaboração em prestação de serviços públicos estruturantes devem agregar benefícios que justifiquem a sua participação, porém o desempenho econômico não podia ser o único critério a ser avaliado para se creditar a necessidade da iniciativa privada na implementação de parcerias público privadas. Nesse caso, outros critérios devem ser considerados nesse engajamento como a eficiência da missão do Estado em atender às demandas da sociedade, de maneira a promover o acesso a esses serviços de forma igualitária e economicamente viável.

A delegação de serviço público para exploração e execução de obra pública e/ou serviços enfatizam circunstâncias econômicas, operacionais, gestão e fiscal, que instigaram a um *ius novum* e à necessidade da *expertise* da participação privada para empreendimentos públicos. Desta feita, a criatividade jurídica e a inovação tecnológica dos projetos plantearam um desafio ao Direito das Concessões, cuja sustentabilidade encontra enaltecida pelos novos institutos participativos de concessão.

Vale reconhecer que os serviços públicos passam por uma profunda transformação de conceitos e de diretrizes com fundamentos em princípios socioeconômicos. Conforme disposto no ordenamento jurídico, a identificação de uma das finalidades do Estado, dentro das atividades normativas, constitui a administrativa para fins de materializar a realidade operacional que requer o atendimento dos próprios fins do Estado. Com efeito, há um ponto a ser destacado: o ambiente favorável para o setor privado em prestação de serviços públicos.

No âmbito brasileiro, mesmo dispondo de legislação própria de concessões, as modalidades de parcerias público privadas são modeladas com tipologias especiais, administrativa e patrocinada, com o intuito de diferenciá-las das comuns. Contudo, as identificações com outros institutos jurídicos permanecem na ordem jurídica brasileira, como a concessão administrativa com o contrato de serviços continuados, além da própria Administração como usuária. Em relação à concessão patrocinada, identifica-se um adicional tarifário do público ao privado, além de enfatizar os serviços autossustentáveis a serem executados. Aliadas a essas ênfases de cunhos positivos, existe o compartilhamento de riscos e ganhos entre os parceiros público e privado, o qual demonstra uma inovação na estrutura contratual administrativa brasileira.

No entanto, a delegação de serviços públicos representada pela utilização da terminologia “concessão”, denota um jogo de linguagem, que confere uma legitimidade legislativa ao instituto jurídico PPP, para inserir no ambiente jurídico e na técnica administrativa que consistiram um efeito prático-operacional de prestação desses serviços.

O interesse no parceiro privado para empreendimentos em atividades de prestação de serviços provocou perspectivas teóricas sobre a abordagem das PPPs. Na abordagem de projetos de infraestrutura, identificou-se a deficiência estruturante, por isso o estudo abordou a terminologia de infraestrutura pública, reconhecendo a sua aplicação na realidade brasileira, a qual se insere no âmbito de serviços públicos com a finalidade de exploração visando um produto social. Já na abordagem de cooperação entre os atores, vislumbrou-se uma dificuldade dessa interação entre entes divergentes, haja vista a lacuna entre a realidade e a prospectiva de desempenhos. O arranjo ente o público e o privado materializou-se pelo contrato a longo prazo numa proposta de contratualização em resultados de consensualidade.

No entanto, a abordagem de PPPs configurada pelo instituto de concessão, desencadeou similaridade com a privatização, uma vez que os modos e áreas de delegação ao privado foram os mesmos anteriormente abrangidos. Por isso, as parcerias público privadas podem ser consideradas como versões “mais suaves” do mesmo processo idealizador da privatização⁶³⁰, seja com o diferencial de consequências sociais menos dramáticas e mais aceitável perante a sociedade.

Além disso, existe uma “espécie de meio-termo entre as posições de linha dura pela nacionalização no polo esquerdo e a privatização no polo direito do aspecto privado-

⁶³⁰ ENTWISTLE, Tom; MARTIN, Steve. From competition to collaboration in Public service delivery: a new agenda for research. *Public Administration*, Oxford, vol. 83, n. 1, 2005, p. 233–242.

público”⁶³¹. Em razão disso, as parcerias público privadas captam um pouco de ambas as posições com um revestimento empresarial, por parte do setor público e do setor privado, enquanto as posições das décadas passadas, como de privatização, tinham uma base de desfazimento de ativos sem divisas de efeitos sociais.

O trabalho demonstrou que as diretrizes à contratação de PPPs proporcionam um desenvolvimento de efetiva contratação institucional com respeito ao sistema jurídico próprio do país, tendo em vista a estratégica temporal da relação dos parceiros. Desta feita, as diretrizes têm o papel instrumental de direcionar a estrutura para formação e implementação do regime de PPPs em finalidades práticas.

Nesse propósito, os itens elencados na Lei n. 11.079/2004 identificam o caminho da política futura que deve promover os principais temas contidos no intento de contribuir para uma amplitude da capacidade institucional de implementação das PPPs. Isto conduz a um direcionamento comportamental capaz de assegurar objetivos de um novo ciclo de contratação pública em harmonia com a necessidade presente, mas com o compromisso de garantir às futuras gerações as suas próprias necessidades de prestação de serviços públicos.

Diante disso, este trabalho constatou os potenciais benefícios que devem ser atingidos e alguns obstáculos a superar, tais como: dificuldades em montar uma engrenagem financeira rentável; limitar a flexibilidade financeira do setor público decorrente do longo prazo da contratação de PPP; custos de transação complexos, dispendiosos e lentos, exigindo recursos financeiros de ambos os parceiros; e, estrutura institucional confiável e segurança jurídica.

Nesse sentido, a passagem das transformações do Direito Administrativo em suas relações acentua os regimes de contratações públicas, numa maneira de funcionalidade e de reconhecidamente pelo ambiente de relações marcadas de uma linguagem renovada em seu sentido do normativo contratual.

Os instrumentos contratuais de PPPs possuem a função central de fundir as diretrizes estruturais consubstanciadas nos projetos e nas exigências das normas legais, como também as expectativas negociais dos parceiros público e privado. Por isso, a colaboração entre eles decorre da necessidade de conferir ao contrato administrativo uma maior flexibilidade.

Esses arranjos contratuais de PPPs envolvem um comportamento relacional, durante um longo período determinado, que implica em direitos e responsabilidades de ambas as partes com a finalidade de fornecimento de serviços e resultados eficientes. O comportamento

⁶³¹ WETTENHALL, Roger. *Op. cit.*

relacional acarreta em uma melhor interação para montagem da matriz de riscos, como ferramenta de gestão, que estabeleça as estratégias e objetivos em função de retorno dos investimentos empregados, além de identificar os riscos associados a cada projeto para uma alocação de recursos com eficácia e eficiência⁶³².

A assunção de cada risco pelos parceiros advém do reconhecimento dos riscos identificados e das oportunidades no processo de construção da matriz, que identificam as externalidades para fins de reduzir os custos. Os benefícios do compartilhamento mostram-se perceptíveis ao ocorrer a transferência de riscos dentro de uma estrutura de incentivos de financiamentos de capital e de mecanismos de pagamentos baseados em desempenho.

Além disso, as PPPs podem ser entendidas como uma proposta de reformas da atuação do Estado visando o desenvolvimento em áreas consideradas deficitárias ou prioritárias de políticas governamentais. Dentro desse arranjo institucional, vislumbra-se uma racionalidade no cenário de concessões em que o setor privado oferece uma colaboração negocial ao setor público em infraestruturas e serviços públicos, pois tradicionalmente havia a participação e atuação do Poder Público. Essa perspectiva permite um horizonte que envolve o projeto, construção, manutenção, gestão, operação e a prestação do serviço, inclusive o fornecimento de equipamentos, considerando um contraste da captação necessária de recursos para financiamentos.

A procedimentalização interna das parcerias público privadas ganha destaque com a inserção de uma fase externa com o propósito de chamar a iniciativa privada a participar da estruturação das concessões, administrativas e patrocinada, com ofertas de propostas de eficiência por meio Procedimento de Manifestação de Interesse de acordo com o princípio da transparência e do interesse público.

Nesse arcabouço, o licitante prepara sua proposta de acordo com o PMI e demonstra a capacidade de financiamento e de operação do objeto licitado, uma vez que o capital investido é reembolsado ao parceiro privado por tarifas cobradas diretamente dos usuários e/ou do poder público de maneira adicional visando garantir a capacidade empresarial, como também facilitar e assegurar o acesso à população dos serviços.

Um dos aspectos a considerar nesse processo refere-se aos incentivos para alavancar a instituição das PPPs com a modelagem da procedimentalização interna, em que o particular é convocado a participar de toda a formação do projeto, identificando os custos, riscos e alternativas com prognósticos de desenvolvimento nas mais diversas áreas. Outro aspecto

⁶³² STEINBERG, Richard M. et al. *Op. cit.*

relevante alude-se ao compartilhamento de riscos entre os parceiros como um ponto chave do sucesso da PPP através da identificação e da alocação dos riscos de acordo com a *expertise* de cada parceiro.

A partir da identificação do risco, de acordo com cada projeto e da área envolvida, é possível aferir o impacto e qual parceiro possui melhor habilidade e capacidade técnica de geri-los. A sofisticação dos riscos identificados, para posterior alocação, configura o reconhecimento do papel organizativo cujo contrato deve propor contratos adjacentes, a partir de uma legislação formalista, para acomodar essa nova realidade, no bojo de um Direito Administrativo contemporâneo.

O cenário das parcerias público privadas revela um ambiente de complexidade jurídica, administrativo-econômica e técnico-operacional, que repercutem na estruturação do contrato administrativo brasileiro. Esta realidade confere à Análise Econômica do Direito uma ferramenta de praticidade em relação aos custos e benefícios, riscos, incentivos e eficiência, assimetria de informação entre os parceiros, enfim, uma incompletude contratual.

No contexto público, a incompletude contratual é válida e realista como fator da abertura de mercados a partir da privatização. Cabe avaliar as tomadas de decisões do poder público em face do privado como forma de relacionamento cooperativo, apesar da formalidade imposta pelo regime contratual administrativo. A questão de fundo é instrumentalizar a Administração de mecanismos que possam acomodar inovações de mercado, sem o apego ao patrimonialismo e ao formalismo, evidenciando a concepção conjuntural de parcerias dentro da flexibilização do regime contratual.

A evidência doutrinária em favor das PPPs procura enfatizar o potencial de ambos os setores, público e privado, de forma a conduzir a melhorias de desempenho econômico de áreas estruturantes. Acontece que ainda, em termos de ambiente brasileiro, encontra-se em na fase prematura de sua implementação as diversas áreas, uma vez que o sucesso ou falhas dependem de fatores circunstanciais identificados na proposta do Procedimento de Manifestação de Interesse, na execução do contrato e na própria aplicação do direito administrativo.

A complexidade promovida pelas Parcerias Público Privadas reconhece o impacto no Direito Administrativo, mesmo que reconheça o seu formalismo, uma vez que houve uma releitura das demandas da sociedade e do setor empresarial em participar do novo mercado de investimentos, transformando em oportunidades de adequação a contemporaneidade de inovações e de renovações desse instituto jurídico.

O objeto analisado no trabalho apresenta algumas sugestões a serem aplicadas pelas parcerias público privadas, no primeiro momento, devido à complexidade dos serviços envolvidos e dos riscos compartilhados (im)precisos, além de auferir os resultados pela duração da execução contratual. Por isso, esse instituto acarreta mudanças governamentais que precisam ser ponderadas juntamente com o longo prazo contratual dos empreendimentos, podendo comprometer as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto R.; BIASOTO JR., Geraldo. Um novo paradigma para o investimento público: parcerias, formas de gestão e ampliação das fontes de financiamento. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.
- AGRA, Walber. Repartição de Competência: superposições e conflitos normativos. In: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra et al. (Orgs.) *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*. São Paulo: MP, 2011.
- ALAGOAS (Estado). Lei n. 4.067, de 17 de outubro de 2008. Regulamenta a Lei Estadual n.º 6.972, de 7 de agosto de 2008 e institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Maceió, 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/decretos/2008/10/decreto-4067>>. Acesso em: 12 maio. 2014.
- ALBERNAZ, Leonardo Rodrigues. *Planejamento governamental e gestão orçamentária e financeira*. Tribunal de Contas da União. 2. ed. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012.
- ALCOFORADO, Flávio Carneiro Guedes. Contratualização e eficiência no setor público: as organizações sociais. In: *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago, Chile, 18 - 21 oct. 2005. p. 12.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier, 2012.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. A experiência brasileira em planejamento econômico: uma síntese histórica. In: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José Luiz (orgs.). *Planejamento e orçamento governamental*. Brasília: ENAP, v. 2, 2006.
- ANDRADE, Maria Elisabeth M.C.; MARTINS, Vinicius Aversari. PPPs e responsabilidade fiscal: entrave ou cautela necessária?. *O Observatório das Parcerias Público-Privadas*, 2011. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-ppps-e-responsabilidade-fiscal-entrave-ou-cautela-necess%C3%A1ria>>. Acesso em: 14 Abr. 2014.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoietica do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005, p. 27-32. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46412.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_27_a_32.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- _____. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.
- _____. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 02, maio-jun.-jul., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%3O.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Thiago. Aprendendo a pedir: contribuições da AED no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes. In: *V Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia*. Recife, 24 a 26 de outubro de 2012.

AVEN, Terje. *Foundations of Risk Analysis*. A knowledge and decision-oriented perspective. England: John Wiley & Sons, 2003.

_____.; RENN, Ortwin. *Risk Management and Governance*. Concepts, Guidelines and Applications. New York: Springer, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

BACELLAR FILHO, Felipe Romeu. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, Associação dos Advogados, São Paulo, 2009, p. 160 [p. 155-157].

BAHIA (Estado). Lei n. 12.653, de 12 de fevereiro de 2011. Regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada ou administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial [do] Estado*, Salvador, 28 fev. 2011. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Decreto_N12.653-2011PMI.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

BAKER, Scott; KRAWIEC, Kimberly D. Incomplete contracts in a complete contract world. The University of Michigan Law School. *The Law and Economics of Intellectual Property Workshop*, Michigan, apr. 2006. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/winter2006/baker.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Risco-País. Diretoria de Política Econômica, Departamento de Relacionamento com Investidores e Estudos Especiais, mar. 2014. (*Série “Perguntas Mais Frequentes”*). Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%209-risco%20pa%C3%ADs.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO (BNDES). BNDES Transparente. *Privatização* –

Histórico.<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Privatizacao/historico.html>. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. *Privatização no Brasil: 1990-1994/1995-2013*. Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhe

cimento/especial/Priv_Gov.PDF>. Acesso em: 10 maio. 2013.; MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização: Modernismo e Ideologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). The Brazilian Economy and Investment Opportunities (Oportunidades de investimento na economia brasileira). *Brazil Infrastructure Forum: Projects, Financing Infrastructure, Opportunities*. London: mar. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Natureza e regime jurídico as autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

_____. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudos em homenagem al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, S.A., 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. v.1, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 34, 1953, p. 1-18.

Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12144/11064>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BARBOSA, Ruy. Obras Completas de Ruy Barbosa. Rescisão de Contrato Preservação de uma Obra Pia. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. v. XXVII, Tomo I, 1900. p. 78.

Disponível em:

<<http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=contrato%20>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vlademir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. O Direito Constitucional passa. O Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vlademir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

BERTALANFFY, Ludwing Von. *Teoria geral dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul., 2005. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BONATTO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONET, Antoni Jesús Aguiló. Globalización Neoliberal, ciudadanía y democracia. Reflexiones críticas desde la teoría política de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 20, 2008. p. 145-162. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/20/antoniaguilo.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BONINA, Nicolás; DIANA, Nicolás. *La Deconstrucción del Derecho Administrativo*. México: Novum, 2012.

BORGES, Alice Gonzalez. O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos. In: QUADROS, Cerdônio. *Nova dimensão – Direito administrativo – Repertório de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. v. 1. São Paulo: NDJ, 1997.

BORTOLOTTI, Bernardo; SINISCALCO, Domenico. *The Challenges of Privatization: an International Analysis*. Oxford University Press Inc., New York, 2004.

BOSELTMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. England: Ashgate, 2008.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Classificação brasileira de desastres*. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=2a09db34-e59a-4138-b568-e1f00df81ead&groupId=185960>. Acesso em: 26 out. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 19 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Decreto Federal n. 5.977, 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, 4 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. Decreto n. 641, de 26 de junho de 1852. Autoriza o Governo para conceder huma ou mais companhias a construção total ou parcial de hum caminho de ferro que, partindo do Município da Côrte, vá terminar nos pontos das Províncias de Minas Gerais e S. Paulo, que mais convenientes forem. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, 26 de junho de 1852. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DPL/DPL641.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.385 de 4 de Março de 2005. Institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014

_____. Decreto nº 6.037, de 7 de Fevereiro de 2007. Altera e acresce dispositivos do Decreto no 5.385, de 4 de março de 2005, que institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6037.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 1 jul. 2014.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Lei Federal n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.058, de 13 de outubro de 2009, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.420, de 10 de abril de 2002, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.602, de 12 de dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de novembro de 1998, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12766.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014;

_____. Lei n. 11.478, de 29 de maio de 2007. Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 29 de maio de 2007. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11478.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013.

_____. Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011. Dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda nas operações que especifica; altera as Leis nºs 11.478, de 29 de maio de 2007, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.248, de 23 de outubro de 1991, 9.648, de 27 de maio de 1998, 11.943, de 28 de maio de 2009, 9.808, de 20 de julho de 1999, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.096, de 13 de janeiro de 2005, 11.180, de 23 de setembro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.909, de 4 de março de 2009, 11.371, de 28 de novembro

de 2006, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 10.312, de 27 de novembro de 2001, e 12.058, de 13 de outubro de 2009, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967; institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Usinas Nucleares (Renuclear); dispõe sobre medidas tributárias relacionadas ao Plano Nacional de Banda Larga; altera a legislação relativa à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); dispõe sobre a extinção do Fundo Nacional de Desenvolvimento; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 24 de junho de 2011. Disponível: <Lei n. 12.431, de 24 de junho de 2011>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 13 de abril de 1990 e retificado em 18 de abril de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Lei nº 12.024, de 27 de Agosto de 2009. Dá nova redação aos arts. 4o, 5o e 8o da Lei no 10.931, de 2 de agosto de 2004, que tratam de patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias; dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados dentro do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL as atribuições de apurar, constituir, fiscalizar e arrecadar a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública; altera as Leis nos 11.196, de 21 de novembro de 2005, 11.652, de 7 de abril de 2008, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 6.099, de 12 de setembro de 1974, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e 11.941, de 27 de maio de 2009; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12024.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014.

_____. Medida Provisória n. 575, de 07 de agosto de 2012 (Convertida pela Lei nº 12.766, de 2012). Altera a Lei n. 11.079, de 30 dezembro de 2004, que institui normas para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito da administração pública. Convertida pela Lei n. 12.766, de 27 de dezembro de 2012. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/575.htm>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. *Reforma Gerencial do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), 1997. (Cadernos MARE da Reforma do Estado). Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/recipient3.asp?cat=100>>. Acesso em: 25 maio 2013.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE da Reforma do Estado. A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais: Síntese & Respostas a Dúvidas mais Comuns (*Caderno n. 06*), Brasília, 1997.

_____. Ministério da Fazenda. A economia brasileira e oportunidades de investimento. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/apresentacoes/2013/apresentacao-do-ministro-guido-mantega-a-economia-brasileira-e-oportunidades-de-investimento/view>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. Ministério da Fazenda. *Programa de Estabilidade Fiscal*, 1998. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/respef.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. *Orientações para Elaboração do Plano Plurianual 2012-2015*. Brasília: MP, 2011.

_____. Resolução n. 43 de 2001. Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências. Senado Federal, Brasília, 9 de Abril de 2002. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Resolucao/010000_resol_43.pdf>. Acesso em: 14 Abr. 2014.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079, de 2004. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 22 de Agosto de 2006. Disponível em:

<http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_614_2006.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRENNINKMEIJER, Olivier A.J. Questions, Risks and Challenges: Public-Private Partnerships in Western European Countries. In: URIO, Paolo. *Public-Private Partnerships Success and Failures factors for in-transition countries*. New York: University Press of America, 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 45, 1998, p. 49-95.

_____. *Burocracia pública na construção do Brasil*. Trabalhos de Bresser, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

_____. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 47 (1) jan.-abr, 1996. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

_____. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, mar., 2005.

_____. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, *Instituto de Direito Público da Bahia*, n. 1, mar., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C3%87O-2005-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER%20PEREIRA.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Uma Nova Gestão Pública para América Latina*. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 1998. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents%5CMARE%5CCLAD%5Cngppor.pdf>>. Acesso: 14 jul. 2013.

BRINKERHOFF, Jennifer M. *Government-Nonprofit Partnership: a defining framework*. Public Administration and Development, v. 22, dez., p. 19-30, 2002, p. 21.

BUHR, Walter. What is Infrastructure? Department of Economics, School of Economic Disciplines, University of Siegen. *Siegen Discussion Paper No. 107-03*, 2003.

BULT-SPIERING, Mirjam; DEWULF, Geert. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An international perspective*. Oxford: Blackwell, 2006.

BUSCH, Klaus. *World Economic Crisis and The Welfare State*. Berlim: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2010. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/07000.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution. In: Reunión Latinoamericana sobre el Financiamiento de la Infraestructura, April 15-16, 2004, Buenos Aires. *Publications...* Washington, DC: WBG, 2004.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Lomonad, 1999.

CAMPOS, Francisco. Concessões ou Contratos para Prestação de Serviços Públicos – Multa Moratória. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 862-867, 1945. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8740/7468>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho e Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Penot, 1990.

CARTLIDGE, Duncan. *Public Private Partnerships in Construction*. London: Taylor & Francis, 2006.

CARVALHO, Alexandre Pimenta da Rocha. *Project Finance*. 2005. 79f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Milton Campos, Belo Horizonte, 2005.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. *Bretton Woods aos 60 anos* (Textos para Discussão), [s.d.]. Grupo de Estudos sobre Moeda e Sistema Financeiro do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte: Fórum, n. 41, ano IX, jan./fev., 2007.

CASSESE, Sabino. PRÓLOGO; SALOMONI, Jorge Luís. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Vilella, 1999.

CASTELLS, Manuel. *The Rise of the Network Society*. 2. ed. UK: Wiley-Blackwell, 2010.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 67-75, 1997.

CAVALCANTI, Francisco. Da Limitação das Parcerias Público-Privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. In: CAVALCANTI, Bruno; CORREA, Andry Matilla (Coords.). *Estudios Latinoamericanos sobre Concesiones Y PPP*. Salamanca/São Paulo: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

_____. História das Ideias Jurídicas da Administração Pública Brasileira. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Prefácio. In: ELALI, André. *Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise de Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1977.

_____. O Estado e a Ordem Econômica – problemas de técnica legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p.442-453, 1951.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

_____. *Tratado de direito administrativo*. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CAVALLO, Domingo. *Latin America and The Washington Consensus*. Harvard University Economics Department. Spring, 2004. Disponível em: <<http://www.cavallo.com.ar/wp-content/uploads/2011/08/LA-and-the-Washington-Consensus.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

CEARÁ (Estado). Decreto n. 30.328, de 27 de setembro de 2010. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa. *Diário Oficial [do] Estado*, Fortaleza, 21 de dezembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/decretos?download=371%3Adecreto-estadual-no-30328-de-27-de-setembro-de-2010>>. Acesso em: 12 maio 2014.

CHECHERITA, Cristina; GIFFORD, Jonathan. Risk Sharing in Public-Private Partnerships: General Considerations and the U.S. Practice in Road Transportation. *Proceedings of the 87th Annual Meeting of the Transportation Research Board*, Washington, D.C., jan. 13-17, 2008. Disponível em: http://www.trforum.org/forum/downloads/2007_1B_PartFin_paper.pdf. Acesso em: 23 out. 2014.

CHEVALLIER, Jacques. Essai sur la notion juridique de service public. *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, França, 1976, n° 7, p. 136-161. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

COLLET, Martin. Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes. LGDJ, Paris, 2003 apud SANTOS, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde*. Os Contratos Públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro, 1996.

_____. *Sínteses da legislação da União Europeia: Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões* (Português PT), 2004. Disponível em:

<http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122012_pt.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

- COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. *UCLA Law Review*, California, v. 29, 1981, p. 1260.
- CORNER, David. The United Kingdom Private Finance Initiative: the challenge of allocating risk. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.
- COSTA, Jorge Gustavo. *Planejamento governamental. A experiência brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 1971.
- COURIVAUD, Henri. La concession de service public “à la française” confrontée au droit européen. *Revue Internationale de Droit Économique*, v. 4, XVIII, 2004, p. 395-434.
- CRETELLA NETO, José; CRETELLA Júnior, José. Contrato de Parceria Público-Privada. Observações sobre esta nova modalidade contratual da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez., 2012, p. 26-39.
- DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento mediante licitação. *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, São Paulo, n. 23, 1998.
- DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Teoria do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. A Análise Crítica das Definições e Classificações Jurídicas como Instrumento para Compreensão do Direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- DELMON, Jeffrey. *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures: guide pratique à l'intention des décideurs publics*. Washington, DC: The World Bank Group, PPIAF, 2010.
- _____. *Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure*. Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease Policy Research (Working Paper n. 5173). Washington, DC: The World Bank Group, 2010.
- DEMIRAG, Istemi; KHADAROO, Iqbal; STAPLETON, Pamela; STEVENSON, Caral. The diffusion of risks in public private partnership contracts, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Australia, v. 25 Iss: 8, 2012, p.1317-1339.
- DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (Londres). The Report of the Construction Force. *Rethinking Construction*. London: Department of the Environment, Transport and the Regions, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-MARIA%20SYLVIA%20ZANELLA.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014.
- _____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2006.
- DINIZ, Eli. Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, 10 (4), 1996. Disponível em: http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf. Acesso em: 08 jul. 2009.

DINIZ, Eli. Globalização, Estado e Trajetórias Nacionais: dilemas do desenvolvimento e o futuro do Brasil. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (org.). *Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2000.

_____. O pós-Consenso de Washington: globalização, Estado e governabilidade reexaminados. In: DINIZ, Eli (org.). *Globalização, Estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

EASTERLY, William; REBELO, Sergio. Fiscal policy and Economy growth: an empirical investigation. *National Bureau of Economic Research*. Cambridge (Working paper n. 4499), out. 1993.

ENTWISTLE, Tom; MARTIN, Steve. From competition to collaboration in Public service delivery: a new agenda for research. *Public Administration*, Oxford, vol. 83, n. 1, 2005.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Decreto n. 2889-R, de 01 de novembro de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens de projetos de Parcerias Público Privadas, nas modalidades patrocina da e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. *Diário Oficial [do] Estado*, Vitória, 03 de novembro de 2011. Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto%202889-2011.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2014.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Direito europeu dos contratos públicos*. Um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

EUROPEAN COMMISSION (União Europeia). DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY. *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*. Brussels: DG Regional Policy, 2003.

EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998. p. 53-54.

FARRERES, Germán José Fernandez. El concepto de servicio público y su funcionalidade en el Derecho Administrativo de la nueva economía. Dialnet. Justiça administrativa: *Revista de derecho administrativo*, Espanha, n. 18, 2003, p. 7-21. Disponível em:

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=630872>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

FERRARA, Rosario. *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1985.

FORTINI, Cristiana. Licitação nas Parcerias Público-Privadas. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 137, maio. 2013, p. 9-22.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo. 2013. 431 f. Tese (Doutoramento em Direito do Estado) Universidade Católica de São PAULO, São Paulo. 2013.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRISCHTAK, Cláudio R. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (orgs.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 137.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Los Servicios Públicos: vicisitudes y fundamentos de um tema jurídico inconcluso e impreciso. In: ARISMENDI, Alfredo A.; ORTIZ, Jesús Caballero. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela. Tercera Parte: Derecho Administrativo. Tomo II, Madrid: Civitas, S.A., 2003.

GARCIA, Frank J. Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, Rev. 903, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3310&context=bclr>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

GASPAR, Ariño Ortiz; CUÉTARA, Juan Miguel de la; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 1997.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, edição especial, 2012, p. 113-120.

GIAMBIAGI, Fabio. *Brasil – raízes de atraso: Paternalismo versus Produtividade*. As dez vacas sagradas que acorrentam o país. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOIÁS (Estado). Decreto n. 7.365, de 09 de junho de 2011. Dispõe sobre a instituição de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo. *Diário Oficial [do] Estado*, Goiânia, 09 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_decretos.php?id=8452>. Acesso em: 12 maio. 2014.

GRAY, Philip. *Private Participation in Infrastructure: A Review of the Evidence*. Private Provision of Public Services Group Private Sector Advisory Services, 2001. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.1200&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

GREVE, Carsten; HODGE, Graeme. Introduction. In: _____; _____ (Eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*. Northampton: Edward Elgar, Massachusetts, USA, 2005. p. 1-21.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships. The worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2004.

_____; _____. *Public Private Partnerships: the worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2004. p. xiii.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Parcerias na Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes Queiroz; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right*. Washington, D.C: The World Bank Group, 2004.

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago./set./out., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada. *III Congresso Consad de Gestão Pública*, 2010. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Parceria Público-Privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. Tese (Doutorado em Direito)– Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2008.

_____. *PPP – Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMMAMI, Mona; RUHASHYANKIKO, Jean-Francois; YEHOUE, Etienne B. *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure* (IMF Working Paper). Washington, DC: International Monetary Fund, IMF Institute, 2006. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

HM TREASURY (Londres). A new approach to public private partnerships. 2012. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-treasury>>. Acesso em: 11 Mar. 2014.

_____. PFI: Meeting the Investment Challenge, Report of Comptroller and Auditor General, Session 2002-2003, London: Stationery Office, 2003. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/enterprise_and_productivity/PFI.cfm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. *Project Governance: a guidance note for public sector projects*. Office of Public Sector Information, nov. 2007. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225314/01_pp_projectgovernanceguidance231107.pdf>. Acesso em: 27. set. 2014.

HODGE, Graeme (ed.) *Privatization and Market Development*. Global Movements in Public Policy Ideas. Northampton: Edward Elgar, 2006.

_____; GREVE, Carsten. Public-Private Partnerships: an international performance review. *Public Administration Review*, n. 67, v. 3, 2007, p. 545-548.

_____; _____. BOARDMAN, Anthony E. Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation. In: _____. (eds.). *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2010.

- HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.
- _____. The PPP phenomenon: performance and governance insights. In: O'FYNN, Janine; WANNA, John (eds.). *Collaborative Governance: a new era of public policy in Australia?*. Australia: ANU, 2008.
- HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency* (Working Paper n. 1, PPIAF – Public-Private Infrastructure Advisory Facility). Washington, DC: The World Bank Group, 2007.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 3. ed. São Paulo: IBGC, 2007.
- _____. *Origem da boa governança*. São Paulo: IBGC, [2007].
- JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. v. 1, Belo Horizonte: Fórum, jan-mar, p. 95-136, 2003, p. 96.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KAY, J.A.; THOMPSON, D.J. Privatisation: A Policy in Search of a Rationale. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, mar., 1986, p. 18-32.
- KETTL, Donald F. Global Reinvention: basic issues, questions ahead. *Global Forum on Reinventing Government*, jan. 1999. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/1999/01/14governance-kettl>>. Acesso em: 26. jul. 2013.
- _____. *Sharing Power: public governance and private markets*. Washington, DC: Brookings, 1993.
- KHANOM, Nilufa Akhter. Conceptual Issues in Defining Public-Private Partnerships (PPPs). *International Review of Business Research Papers*, Australia, v. 6, n. 2, Jul, 2010, p. 150-163.
- LEITÃO, Mirian. Bolsa empresário. *Notícias: economia*. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2013/08/16/bolsa-empresario-507083.asp>>. Acesso em: 16 ago. 2013.
- LIGNIÈRES, Paul. *Partenariats public-privé*. 2. ed. Paris: Litec, 2005.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas do Brasil: modelos, fracassos ou sucessos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 2, abri.-jun., 1998. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- _____. As reformas administrativas do Brasil: modelos, fracassos ou sucessos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 2, abri.-jun., 1998. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2723>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- LIMA, Ludmila Moreira. Cooperação, o que vem a ser? *Revista do Centro Universitário UNIEURO*, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/hegemonia_02_02.pdf>. Acesso em: 26 maio. 2014.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LINDER, Stephen H. Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A grammar of Multiple Meanings. *American Behavioral Scientist*. v. 43, n. 1, set., 1999, p. 35-51.

LYONS, Thomas S.; HAMLIN, Roger E. *Creating an Economic Development Action Plan*. New York: Praeger, 1991.

MADHOK, Anoop. Opportunism and trust in joint venture relationships: an exploratory study and a model. *Scandinavian Journal of Management*, USA, 11(1), p. 57–74.

MANTEGA, Guido. Infraestrutura é fundamental para retomar o crescimento. *EBC Agência Brasil*. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-04/investimento-em-infraestrutura-e-fundamental-para-retomada-do-crescimento>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

MARGAIRAZ, Michel. Experts et praticiens Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle: d'une configuration histptique à l'autre. *Revue D'Histoire Moderne et Contemporaine*, França, nº 52-3, v. 3, p. 132-165, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público de Bahia, n. 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO-MARQUES-NETO.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014

_____. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

_____. Os contratos de parceria público-privada (PPP) na implantação e ampliação de infraestruturas. In: SILVA, Leonardo Toledo da. (Org.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 294.

MARTINS, Luciano. *Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MATO GROSSO (Estado). Decreto n. 926, de 28 de dezembro de 2011. Institui o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI – destinado a orientar a participação da iniciativa privada para inclusão de Projetos no Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. *Diário Oficial [do] Estado*, Cuiabá, 28 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.seplan.mt.gov.br/arquivos/Paginas%20de%20DECRETO%20928%20-%20PROCEDIMENTO%20DE%20MANIFESTAcao%20DE%20INTERESSE%20EDIT.pdf>>. Acesso em: 12 maio. 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n.76, nov. 2006.

MCGREW, Anthony. Globalization and Global Politics. In: BAYLIST, John; SMITH, Steve. *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*. Disponível em: <https://business.blackwell.co.uk/extracts/9780199297771_baylis.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

MCQUAID, Ronald W. The Theory of Partnership – Why have Partnerships. In: OSBORNE, Stephen P. *Managing Public-Private Partnerships for Public Services: an internacional perspective*. Routledge: London, 2000.

_____. Theory of organizational partnerships: partnership advantages, disadvantages and success factors. In: OSBORNE, Stephen P. (ed.). *The New Public Governance?: emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. Routledge: London, 2000.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.
- _____. *O Direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- _____. Os contratos públicos de colaboração entre os setores público e privado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, jan./jun., 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Luis de. Fiscal Responsibility Legislation and Fiscal Adjustment: The case of Brazilian Local Governments. In: PETERSON, George E.; ANNEZ, Patricia Clarke (eds.). *Financing Cities: fiscal responsibility and urban infrastructure in Brazil, China, India, Poland and South Africa*. New Delhi: The World Bank Group, 2007.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de Direito Público ou Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 94, 1968, p. 1-17. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31840/30627>. Acesso em: 11 out. 2014.
- MINAS GERAIS (Estado). Decreto Estadual Decreto Estadual n. 44.565, de 3 de julho de 2007. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. *Diário Oficial [do] Estado*, Belo Horizonte, 03 de julho de 2007. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto_44565_2007.pdf. Acesso em: 12 maio. 2014.
- MITCHELL, William C.; SIMOMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 35.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun.-jul., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acesso em: 29 maio. 2014.
- MONTEIRO, Vera. Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. São Paulo. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado)– Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 42, 1990, p. 57-68.
- _____. Análise Sistêmica do Conceito de Ordem Econômica e Social nas Constituições de Estados Democráticos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 40, 1988, p. 65-82.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1,

fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. Possibilidade jurídicas para a captação de recursos para obras e serviços públicos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972 – jun./1973, p. 141-149.

_____. Transferências de Atividades Estatais a Entes da Sociedade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 51, 1998, p. 25-26 [p. 25-42].

_____. Uma construção sobre as atividades da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro: Guanabara, v. 20, 1968, p. 130-140. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1215380/DLFE-54620.pdf/REVISTA20130.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

_____; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Pioneira/Associação Internacional de Direito e Economia, 1998.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei n. 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Carlos Valder de. Comentários de artigos 1º a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários da Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NELSON, J.; ZADEK, S. *Partnership Alchemy: New Social Partnerships in Europe*, Copenhagen: Copenhagen Centre, 2000.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos gerais*, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001340.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

NORTH, Douglass. Transaction Costs, Institutions, and Economic History. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 140, H. 1., The New Institutional Economics: A Symposium (März 1984), p. 7-17.

NORTH, Douglass. *Understanding The Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

NSW TREASURY. New South Wales Government. *Working with Government Guidelines for Privately Financed Projects*, Australia, dez. 2006. Disponível em: http://www.treasury.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0009/3141/wwggui_1.pdf. Acesso em: 12 maio. 2014.

OGUS, Anthony. “What Legal Scholars can Learn from Law and Economics”. *Chicago Kent Law Review*, Chicago, v. 79, n. 2, 2004, p. 383. Disponível em: <<http://www.cklawreview.com/wp-content/uploads/vol79no2/Ogus.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

_____. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. *Chicago Kent Law Review*, Chicago, v. 79, n.2, 2004, p. 383.

OHLWEILER, Otto Alcides. FMI e Acumulação Mundial. *Ensaio FEE – Revista Eletrônica da Fundação de Economia e Estatística*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 183-203, 1987.

Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/1096/1428>>.

Acesso em: 01 abr. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Governança Pública e Parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012, p. 113-120.

_____; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.104, jan./dez., 2009, p. 303-322.

_____; _____. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.104, jan./dez., 2009, p. 303-322.

OLIVERIA, Gesner et al. Como destravar as parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (Orgs.). *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 14.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, Paris: OECD, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Colombia: Ed. Comares & Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

OSBORNE, P. Stephen. Understanding public-private partnerships in international perspective: globally convergent or nationally divergent phenomena?. In: OSBORNE (ed.) *Public-private partnerships: theory and practice in international perspective*. London: Routledge, 2000.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom et al (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Versão brasileira: LESSA, Renato et al. Tradução: Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PARANÁ (Estado). Decreto n. 6.823, de 21 de Dezembro de 2012. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e nas concessões de serviço público, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Estadual. *Diário Oficial [do] Estado*, Curitiba, em 21 de dezembro de 2012.

Disponível em:

<<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=83314&codItemAto=579531>>. Acesso em: 12 maio. 2014.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Concessão de Serviço Público e sua natureza jurídica. Mandado de Segurança contra concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 26, jul./1972-jun./1973, p. 141-149.

PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?. *Observatório das Parcerias Público Privadas*, 2011. Disponível em:

<<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados. Relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*, 2012. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

PEREIRA, João Márcio Mendes. Banco Mundial: concepção, criação e primeiros anos: 1942-60. *Varia hist.*, Belo Horizonte, v. 28, n. 47, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752012000100018>. Acesso em: 01 abr. 2014.

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Parceria Público-Privada: a superação da dicotomia público-privado na relação contratual quando da repartição do risco e a conformação da Responsabilidade Fiscal*. João Pessoa. 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas)—Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

PERNAMBUCO (Estado). Resolução Normativa RN/CGPE-001/2006, de 06 de fevereiro de 2006. Estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico para Empreendimentos de Parceria Público-Privada e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Recife, 06 de Fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/060206_Res_001.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

PINDYCK, Rodert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução: Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Educationa do Brasil, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Impactos microeconômicos da privatização no Brasil. *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)*, Brasília, IPEA, v. 26, n. 3, dez. 1996. Disponível em: <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/744/684>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

_____; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysóstomo. *Privatização no Brasil: passado, planos e perspectivas* (Texto para Discussão n. 230) Brasília: IPEA, ago. 1991.

PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RABELO, Fernanda Lima. O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na formação do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945). *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, dez. 2011.

RAMALHO JUNIOR, Álvaro. Globalização (constituição do mercado global). In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha (Orgs.). *Dicionário de políticas públicas*. Universidade do Estado de Minas Gerais - Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: EdUEMG, 2012.

RANKIN, William J. Infrastructure and the International Governance of Economic Development, 1950-1965. In: AUGER, Jean-François; BOUMA, Jan Jaap; KUNNEKE, Rolf (Ed). *Internationalization of Infrastructure*. Netherlands: Delft University of Technology, 2009.

REIS, José. Estado e Mercado: uma perspectiva institucionalista e relacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 95, 2011, p. 11-34. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4355>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D. (eds.). *Global Risk Governance: concept and practice using the IRGC Framework*. Netherlands: Springer, 2008

REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal*, 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/wzgcKz>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

RIGOLON, Francisco José Zagari; PICCININI, Maurício Serrão. O investimento em Infra-Estrutura e a retomada do crescimento econômico sustentado (*Texto para Discussão n. 63*). Rio de Janeiro: IPEA, dez. 1997. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-63.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto Estadual n. 43.277, de 7 de novembro de 2011. Regulamenta o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos apresentados pela iniciativa privada para inclusão no programa estadual de parcerias público-privadas - PROPAR, e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado*, Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/legislacao/estadual/decreto_43277_2011.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2014.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. Tradução: J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conversando com a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Jul./ago./set., v. 80, n. 3, ano XXIX, 2011, p. 25-28. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1263.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, Waldery. A participação privada no investimento em infra-estrutura e o papel do Project Finance. *Texto para discussão n. 495*, Brasília: IPEA, jul., 1997, p. 13.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. *Revista de Direito Público*. n. 57-58, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 1981, p.130.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Eugene A. White, Black, and Gray: Critical Dialogue with the International Risk Governance Council's Framework for Risk Governance. In: RENN, Ortwin; WALKER, Katherine D. (Eds.). *Global Risk Governance. Concept and Practice Using the IRGC Framework*. The Netherlands: Springer, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy?, 1989 apud SALAMA, Bruno. O que é "Direito e Economia"? *. Selected Works of Bruno Meyerhof Salama: Contribution to books*, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/doctype.html>. Acesso em: 06 ago. 2013.

RUBIN, Julia Sass; STANKIEWICZ, Gregory M. The Los Angeles Community Development Bank: the possible pitfalls of public-private partnerships. *Journal of Urban Affairs*. v. 23, n. 2, 2001, p. 133-153.

RUBIO, Maurício. *Economía Jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. Colaboração: Ana María Arjona. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2007.

SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? *. Selected Works of Bruno Meyerhof Salama: Contribution to books*, 2008. Disponível em:

<http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/doctype.html>. Acesso em: 06 ago. 2013.

_____. O que é “Direito e Economia”? *. Selected Works of Bruno Meyerhof Salama: Contribution to books*, 2008. Disponível em:

<http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/doctype.html>. Acesso em: 06 ago. 2013.

SALOMONI, Jorge Luís. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Villela, 1999.

SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 962, de 8 de maio de 2012. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada e estabelece outras providências. Diário Oficial [do] Estado, Florianópolis, 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2012/000962-005-0-2012-003.htm>>. Acesso em: 12 maio 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial: e para além de um e outro*. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 2004.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento*. 2009. 326 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro)–Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHIMIDT-HEBBEL, Klaus; SERVÉN, Luís; SOLIMANO, Andrés. Saving Investment: paradigmas, puzzles, policies. *The World Bank Research Observer*. v. 11, n. 1, fev. 1996. p. 87-117.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. São Paulo, 2011. 295f. Tese (Doutorado em Direito do Estado)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SERGIPE (Estado). Resolução n. 3, de 27 de abril de 2009. Dispõe sobre procedimento de Solicitação de Manifestação de Interesse - SMI - para apresentação de projetos, estudos, levantamentos e/ou investigações para prestação de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, serviços de reabilitação, serviços ambulatoriais de atenção especializada, cirurgias eletivas de baixa e média complexidade e serviços especializados ambulatoriais e hospitalares em oncologia em municípios do Estado de Sergipe. *Diário Oficial [do] Estado*, Aracaju, 27 de abril de 2009. Disponível em: <www.azevedosette.com.br/ppp/legislacao/download/142>. Acesso em: 12 maio 2014.

SHESHINSKI, Eytan; LÓPEZ-CALVA, Luis F. Privatization and Its Benefits: Theory and Evidence. *CESifo Economic Studies*, Oxford, v. 49, n. 3, p. 429-529, 2003, p. 430.

SHIRLEY, Mary M.; WALSH, Patrick. Public versus Private Ownership: The Current State of the Debate. *The World Bank Policy Research Working Paper no. 2420*, 2000.

SILVA, Almiro Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “à Brasileira”? *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*. Cadernos de Direito Público – Almiro Couto e Silva. Porto Alegre, v. 27, n. 57, Suplemento, 2003, p. 209 -237. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2013.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Filling Power Vacuums in the New Global Legal Order. *Boston College Law Review*, v. 54, Issue 3, Rev. 919, 2013. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/4/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. São Paulo: Madras, 2009.

STARR, Paul. The Life of the Liberal State: Privatization and the Restructuring of State-Society Relations. In: WATERBURY, John; SULEIMAN, Ezra. *Public Enterprise and Privatization*. Boulder, CO: Westview Press, 1990.

_____. The Meaning of Privatization. *Yale Law and Policy Review* 6, 1988, p. 6-41.

STEINBERG, Richard M. et al. Gerenciamento de Riscos na Empresa – Estrutura Integrada: Sumário Executivo e Estrutura e Gerenciamento de Riscos na Empresa – Integrated Framework: Application Techniques, 2 vol. *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*, 2007 (Portuguese). Disponível em:

<http://www.coso.org/documents/COSO_ERM_ExecutiveSummary_Portuguese.pdf>.

Acesso em: 14 mar. 2014.

STEPHENSON JUNIOR, Max O. Whither the public-private partnership: A critical overview. *Urban Affairs Quarterly*, 27, 109-127.

STIGLITZ, Joseph E. La economía del sector público. 3. ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

_____. *La economía del sector público*. Tradução: Maria Esther Rabasco y Luis Toharia. Editor Antoni Bosch. New York; Columbia University, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. In: _____. VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SUZIGAN, Wilson. Crise e reconstrução do Estado. In: NAKANO, Yoshiaki; REGO, José Marcio; FURQUIM, Lilian (Orgs.). *Em busca do novo: o Brasil e o desenvolvimento na obra de Bresser-Pereira*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995.

TEISMAN, Geert R.; KLIJN, Erik-Hans. Partnership Arrangements: Governmental Rhetoric or Governance Scheme?. *Public Administration Review*, Rotterdam, v. 62 (2), march/april, 2002, p. 190 [p. 189-198]. Disponível em: <<hdl.handle.net/1765/450>>. Acesso em: 26 maio 2014.

THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (Canadá).

Definitions: public-private partnership, Quebec, [2005]. Disponível em:

<<http://pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

THE EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). *Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*. Luxembourg: EPEC, 2010. Disponível em:

<<http://www.eib.org/epec/resources/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2014.

THE NATIONAL COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (Estados Unidos da América). *Testing Tradition: Assessing the Added Value of Public-Private Partnerships*.

Washington, 2012. Disponível em: <<http://www.ncppp.org/wp-content/uploads/2013/03/WhitePaper2012-FinalWeb.pdf>>.

Acesso em: 02 nov. 2013.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción Al Derecho*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 629

TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurement issues. *Munich Personal RePEc Archive (MPRA)*, n. 12990, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). *Boletim do Tribunal de Contas da União*. Especial. Análise SWOT e Diagrama de Verificação de Risco Aplicados em Auditoria. Ano XLIII, n. 30, Brasília: TCU, 2010.

TVARNØ, Christina D. Presentation of the book. In: _____. (ed.). *Public-Private Partnerships: an international analysis – from a legal and economic perspective*. Asialink: EuropeAid, 2010.

UGÁ, Maria Alícia Dominguez. Ajuste estrutural, governabilidade e democracia. In: GERSCHMAN, Silvia; VIANNA, Maria Lucia Werneck. *A miragem da pós-modernidade e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. *Sínteses da legislação da União Europeia*: Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (Português PT). Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *World Development Report 1997: Human Development to eradicate poverty*. New York: Oxford University Press, 1997. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/258/hdr_1997_en_complete_nostats.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. New York: EUA, 2001. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

_____. *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*: Report of the Secretary-General. New York: United Nations Publications, 2005. p. 7.

URIO, Paolo. *Partnerships: Success and Failures factors for in-transition countries*. New York: University Press of America, 2010.

VALLE, Vanice Lício do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39-40.

VAN HAM, H.; KOPPENJAN, Joop. Building Public Private Partnerships: Assessing and Managing Risks in Port Development. *Public Management Review*, Rotterdam, v. 4, n. 1, p. 598 [p. 593-616], 2010.

_____; _____. Building Public-Private Partnerships: Assessing and managing risks in port development. *Public Management Review*. Rotterdam, v. 3(4), 2010, p. 593-616. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10.1080/14616670110070622>>. Acesso em: 26 maio 2014.

VELASCO JUNIOR, Licínio. *Privatização: mitos e falsas percepções*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. Disponível em: <http://www.bndespar.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_06.pdf>. Acesso em: 25 maio 2013.

WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Reforma administrativa na era de Vargas*. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

WALINE, Marcel. L'Évolution Récente des Rapports de l'État avec ses Co-Contractants, *Revue du Droit Public*, Paris, 1951 apud ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

WEBB, Richard; PULLE, Bernard. Public Private Partnerships: An Introduction. Information, Analysis and Advice for the Parliament. *Department of The Parliamentary Library of the Australian*. Economics, Commerce and Industrial Relations Group. Research Paper n. 1, 2002–03.

WEIHE, Guri. Public-Private Partnerships: Addressing a Nebulous Concept. In: *10th International Research Symposium on Public Management (IRSPM X)*, Glasgow Caledonian University, Scotland, 10 a 12 de Abril de 2006 (Working Paper n. 16), International Center For Business and Politics, 2005, 29 pp. Disponível em: <http://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/7348/ppp_approaches_guri_16.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 nov. 2013.

WEINTRAUB, Jeff. The Theory and Politics of the Public/Private Distinction. In: _____; KUMAR, Krishan (eds.) *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

WETTENHALL, Roger. The public-private interface: surveying the history. In: HODGE, Graeme; GREVE, Carsten (eds.) *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2005.

WORLD BANK. *Research Report 2012*. Research at Work: assessing the influence of World Bank research. Development Economics, 2012.

_____. About (English). Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/about>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

_____. Private Sector Development Strategy: Issues and Options (*A Discussion Document*). Washington, DC: WBG, 2001. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/Seminar%20PDFs/development%20strategy.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

_____. *World Development Report 1994: infrastructure for development* (Executive Summary). Washington, DC, 1994. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/IW3P/IB/2007/10/10/000011823_20071010172019/Rendered/PDF/13483.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

WORLD COMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Our Common Future, “Brundtland Report”. New York: Oxford University Press, 1987.

YESCOMBE, Edward.R. *Public-Private Partnership: principles of policy and finance*. Oxford: Elsevier, 2007.

YUSUF, Shahid. *Development Economics through the Decades: a critical look at thirty years of the world development report*, World Bank, 2008.

ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.