

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DO SEU CONTEXTO DE INCIDÊNCIA

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND DIALOGICAL PUBLIC ADMINISTRATION*

CIRO DI BENATTI GALVÃO**

INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES,
BRASIL

PAULO AFONSO DE OLIVEIRA JÚNIOR***

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS, BRASIL

Resumo: O presente artigo tem como objeto a contextualização das parcerias público-privadas (PPPs) e de sua importância para o direito administrativo contemporâneo. A passagem de um modelo administrativo estatal burocrático e excessivamente centralizador, tornou a Administração Pública refém de seus objetivos (complexos e múltiplos), voltados para a boa adequação do interesse público. Sabe-se que a superação da verticalização administrativa, optando-se por modalidades de gestão pública horizontais e mais flexíveis, tem representado uma alternativa plausível para a preservação da legitimidade das estruturas administrativas decisórias. Certamente, o recurso às chamadas parcerias público-privadas (PPPs) cumpre a necessidade de consonância entre a normatividade do regime jurídico-administrativo atual e a realidade concreta. Ignorar a tendência de horizontalidade das relações jurídico-administrativas pode representar um retrocesso, um autismo perigoso em termos de coerência na gestão pública contemporânea.

Palavras-Chave: Concertação administrativa; parcerias público-privadas; eficiência estatal.

Abstract: This article focuses on the context of the public-private partnership (PPPs) and their importance for contemporary administrative law. The passage of an excessively bureaucratic and centralized administrative model of exercise the power of the State has hostaged public administration to their complex and multiple goals, linked to the good suitability of public

* Artigo recebido em 21/05/2014 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 15/06/2014.

** Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL), Portugal. Professor do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN). Membro da Academia Barbacense de Ciências Jurídicas(ABCJ). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3825149981246525>. E-mail: dibenatti@yahoo.com.br.

*** Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Milton Campos. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Brasil. Membro da Academia Barbacense de Ciências Jurídicas(ABCJ). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7499113242882613>. E-mail: pauloafonsodeoliveira@yahoo.com.br.

interest. It is known that overcoming administrative vertical model, opting horizontal arrangements and more flexible public management, has represented a plausible alternative to preserve the legitimacy of administrative structures's public decision-making administrative. Certainly, the use of so-called public-private partnerships (PPPs) fulfills the need for harmony between the normativity of the current legal and regulatory regime and the concrete reality. Ignoring the trend of horizontality of the legal-administrative relations may be seen as a throwback, a dangerous autism in terms of consistency in contemporary public management.

Keywords: Administrative concertation; public-private partnership; state efficiency.

“El Estado no puede ser suprimido.
El estado está ahí para durar: no tiene substituto”
(ORTIZ, Gaspar Ariño, 1999, p. 24)

1. Introdução

A partir da precisa linha de raciocínio desenvolvida por Paulo Otero (2013, p. 19-21), de que administrar pressupõe não somente certa tomada de decisão (não necessariamente definitiva), mas, também, certo planejamento; certa gestão de recursos, organizando os meios de maneira mais apta à prossecução de propósitos definidos e certa racionalização desses mesmo meios, impondo-se a quem irá, de fato, administrar (noção de subordinação: “administrar é servir a interesses alheios” - OTERO, 2013, p. 20), tem-se estabelecido o quadro de responsabilidade geral cabível às estruturas administrativas estatais, desde a sua afirmação a partir do período jurídico oitocentista.

No entanto, o cumprimento desse objetivo amplo pela Administração Pública contemporânea tem revelado um cenário mais desafiador: como fazê-lo, diante de um contexto social continuamente crescente em termos demográficos e, também, cada vez mais complexo e ávido por soluções mais eficientes e expeditas? Parâmetros de atuação precisam ser revistos ou construídos? Eis as questões.

Certamente, a partir da titularidade pluralizada e complexa que irá determinar a finalidade geral a ser devidamente alcançada, deve-se definir qual a roupagem ou qual o *modus operandi* da Administração Pública que, necessariamente, torna passível a sua transformação para poder corresponder à vontade originária de quem detém o poder estatal ou de quem realmente governa: o povo.

A partir da expectativa que nele se criou, desde o final do século XIX até a primeira metade do século XX, de que o Estado seria sempre providencial e necessário para o atendimento de suas necessidades (muitas vezes, o próprio Estado, de forma irresponsável, afirmou fazê-lo de maneira exclusiva), a mesma tendeu a se consolidar, de maneira que, hoje, muitas das iniciativas paralelas (mas, juridicamente respaldadas) de atuação administrativa (como a criação de vínculos com o setor particular) acabam sendo alvo de críticas injustificadas, afirmando-se que pelo fato de prestarem serviços de relevância pública ou social no lugar do Estado (diretamente e, propriamente, considerado) este estaria voltando-se contra o vontade originária do povo.

Bem, ao povo cabe não somente direcionar a sua vontade ao Estado para que ele assuma a responsabilidade pelo interesse público, mas, também, amadurecer a constatação fática de que por ser tratar de um conceito múltiplo, ele (interesse público) não pode ser definido e colocado em prática, tão somente, e, diretamente, por um único ente.

Cabe ao povo amadurecer a sua postura diante da realidade incontestável de insuficiência técnica, financeira e administrativa do Estado em diversas situações, cabendo-lhe, no entanto, não o ostracismo ou a irresponsabilidade diante do interesse público, mas uma nova postura, a depender das questões-problema que ele visa superar ou conformar.

Eis, aqui, a necessidade de se ter uma figura intermediária em termos de enquadramento estatal, conforme prudentemente observado por Carvalho Filho (2011, p. 93): nem um Estado excessivamente ausente ou omissivo (típico da época liberal, responsável pelo não alcance de um contexto de igualdade material entre os cidadãos dos estados), nem excessivamente presente ou interventivo (típico da época social), a ponto de minar a capacidade de autodeterminação própria da sociedade (e, do setor privado que a compõe), apresentando-se como ente governativo basicamente assistencialista, responsável pela crença inverídica de que sempre conseguiria, diretamente e sozinho, atender a todos os reclames sociais de maneira eficiente e com qualidade, beirando, , ousa-se dizer, o populismo ou a demagogia governativa.

O Estado intermediário ou médio, apresenta-se, pois, em situações como as da incidência do instituto das parcerias público-privadas, em que o seu papel apenas é revisitado e não superado ou deixado de lado. Pelo contrário: sua responsabilidade aumenta, visto que sua atuação será basicamente fiscalizatória, de controle, evitando-se malversações do interesse público.

2. Desenvolvimento

Contemporaneamente, a Administração Pública submete-se a um processo evolutivo caracterizado, com mais frequência, pela atenuação ou relativização de seu poder unilateral sob os particulares (verticalização), não sendo sustentada mais a completa subordinação dos últimos ao primeiro. Diz-se que há uma passagem da condição de súdito para a de cidadão, digno de tratamento respeitoso, eficiente e atento em suas necessidades.

Verifica-se, assim, e, inicialmente, uma sobrelevada tendência de base humanizada no tratamento das questões administrativas, quando do fornecimento de melhores condições de vida para os cidadãos, seja quando atua em sentido restritivo (de direitos ou interesses legítimos juridicamente) ou não. Em ambas as hipóteses, a preocupação com o interesse legitimamente público, derivado de um prévio comportamento analítico-ponderativo, do qual possa ser revertido algum valor social de relevância para a coletividade, é obrigatória.

A busca pela concretização de boas condições de vida em concreto¹, mediante, por exemplo, o fornecimento de serviços que funcionem, sem necessariamente criar-se, conforme observado por Ariño Ortiz (1999, p. 24), um aparato burocrático imenso, que acabe sufocando ou asfixiando o cidadão, força a Administração Pública a reformular-se ou a adaptar-se, de maneira que a passagem de uma administração impositiva para um modelo voltado para a condição digna de cidadão, em muito decorre do processo de constitucionalização da Administração Pública².

Com o escopo de garantia ou de preservação dessa inclinação de valorização das condições fundamentais de vida em sociedade, ganha força a defesa da normatividade atribuída à ideia principiológica de eficiência administrativa, voltada não apenas para a existência de comportamentos administrativos que alcancem objetivos ou resultados (quando, então, falar-se-á, na verdade, em eficácia), mas que o faça a partir da utilização de meios, mecanismos ou instrumentos disponíveis, possíveis (viáveis), não desvirtuados da juridicidade, menos custosos, mas igualmente aptos a atingir determinado fim, afeto, geralmente, ao interesse do cidadão.

Difícil imaginar, portanto, que à estrutura administrativa estatal contemporânea caiba um único e exclusivo meio ou método de atuação, ignorando vertentes novas que,

¹ Afinal, a importância dada ao cidadão, mediante a tutela de sua posição subjetiva, em volta da qual a centralidade das Constituições gravita, é manifestada pela necessidade de tutela e/ou aprimoramento constante dos direitos fundamentais e da vinculação direta ou indireta destes à normatividade adquirida pela dignidade humana, refletindo, pois, em consideráveis situações de manifestação ou exercício de poder do Estado.

² No mesmo sentido, cfr. Rafael Oliveira (2009, p. 33).

paulatinamente, vem ganhando projeção em termos de gestão pública adequada, principalmente, a partir de normas-princípio novas e incidentes sobre o dia a dia da Administração Pública, a exemplo da consensualidade ou dialeticidade administrativa, responsável pela maturação de institutos administrativos diversos dos adotados em um modelo já ultrapassado em sua concepção originária.

É em um contexto não somente de incidência de novas ideias a serem agregadas ao regime jurídico administrativo, mas, também, de constatável diminuição de recursos para investimentos, mas, muitas vezes, de demonstração igualmente escassa de técnica apropriada (ineficiência, portanto) para o desenvolvimento de atividades não autossustentáveis, mas que apresentam enorme externalidade positiva (interesse público), que o instituto das parcerias público-privadas se enquadra³.

Frise-se, a partir da linha de raciocínio sempre lúcida e pertinente da professora Maria da Glória Garcia (2001, p. 346-347), que a “heteronomia dos fins”, direcionados ou opostos à Administração Pública, condiciona o seu comportamento, sugerindo, então, que para objetivos variados e crescentes, não se teime em querer transformá-la (Administração Pública) em “Deus na terra”, ou seja, escravizá-la à conformação, *exclusivamente autônoma*, de todas as questões sociais, valendo-se, simplesmente, de mecanismos únicos e singulares. Para fins heterônomos, impõem-se meios/métodos igualmente heterônomos, variados, mas desde que, obviamente, estejam amparados pela juridicidade (não, necessariamente, a legalidade estrita), resguardando a sua viabilidade jurídica e sua legitimidade existencial.

É a partir desse *framework*, que Ariño Ortiz (1999, p. 26) alude à existência de um aumento na utilização de instrumentos de base negocial, firmados entre o Poder Público e as organizações privadas, para atingir fins de relevância pública, passando, dessa forma, a prevalecer sobre antigas práticas que privilegiavam a autoridade e a imposição das decisões tomadas pelo poder público. Por via reflexa, o novo direito administrativo surge mais participativo, fruto da gradual compatibilidade da lógica da imposição e da unilateralidade (que permanece como das forma de atuação administrativa, mas não a única) com a lógica da negociação e da multilateralidade⁴.

³ Neste sentido, bem observa Moreira Neto (2007, p. 94), que torna-se possível a correlação entre a definição do que seja o interesse público a partir da sua correlação com normas-princípio do texto constitucional, de maneira que a adequada compreensão daquele pressupõe o exercício ponderativo destes. A partir desse raciocínio, possível estabelecer a necessária proximidade que o interesse público guarda com a noção de eficiência administrativa, permitindo dizer que a não observância desta compromete o seu alcance adequado.

⁴ Lembremos que há situações para as quais atos administrativos exclusivamente unilaterais permanecem sendo necessários, a exemplo dos atos praticados no exercício do poder de polícia.

O método ou modelo contemporâneo de administrar vem prezando pela necessidade da chamada reciprocidade de concessões entre o setor público e o privado. A partir de tais mecanismos de reciprocidade, ambos os setores (público e privado) cedem um em face do outro acerca de pontos relativos ao objeto de discussão, favorecendo a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos, os quais continuariam antagônicos caso não fosse possível um diálogo que propiciasse trocas entres as partes.

Assim, o *imperium* absoluto do Estado, desde há algum tempo, tem sido considerado ultrapassado, predominando o enfrentamento do fato de que a Administração Pública, hoje, é concertada, consensual, ou seja, ela aceita renunciar a alguns de seus poderes e/ou prerrogativas, baseados na imperatividade, concordando com a realização de acordos com os particulares, ganhando apoio ativa daqueles que são os destinatários da aplicação de seus poderes⁵.

Constata-se o aumento de transferência aos particulares (em sentido amplo) de corresponsabilidades no processo de elaboração e de execução decisória acerca, por exemplo, do desenvolvimento de atividades públicas, não possibilitando, no entanto, à Administração Pública, bem como à própria coletividade (através de seu controle social), tornarem-se irresponsáveis pela contínua fiscalização da preservação do interesse público e/ou social envolvido.

O consenso e a participação passam a exercer dois papéis significativos: o de coadjuvante, ou seja, de auxílio ao poder central, mas sem vinculá-lo (a exemplo das audiências públicas para a obtenção de conhecimentos técnicos específicos – *expertise*) e, em algumas hipóteses, um papel realmente determinante, caso em que a Administração Pública não somente ouve os particulares, mas a partir do contato estabelecido com eles, negocia as melhores soluções em termos de atendimento de interesses juridicamente protegidos (em tais hipóteses, a partir da obtenção do consenso, mediante participação, o poder central estará vinculado à decisão que vier a prevalecer). Assim, tem-se a nova face que a gestão pública moderna passa a apesentar: torna-se mais flexível; subsidiária; de base consensual, mas, nunca, alheia a alguns aspectos do regime jurídico administrativo caracterizado, primordialmente, pela submissão ao interesse público e pela sua indisponibilidade quando alcançado.

⁵ Nos dizeres de Moreira Neto (2006, p. 330) deve ser considerada como: “(...) um reflexo da crescente imbricação entre interesses de todos os gêneros nas sociedades contemporâneas, o que cria espaços comuns entre o poder público e o privado (...) o que de forma alguma minimiza ou estreita o espaço público senão o valoriza, por ampliar-lhe a prossecução, o fomento e a defesa, pela mobilização não apenas da vontade e dos meios do estado, mas de toda a sociedade convergente”.

No Brasil, os contratos de parcerias público-privadas são reflexos das mudanças descritas em torno da gestão pública e configuram objeto de intensas e acaloradas disparidades argumentativas, assistindo-se, segundo Justino de Oliveira (2005, p. 04), “a uma acentuada divergência quanto a diversos aspectos desse novo contrato da Administração Pública”. Com efeito, está-se diante de uma nova simbologia a ser utilizada ou empregada pelo setor público no campo negocial, que visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a administração e os particulares em bases normativas diversas das constantes nas leis federais 8.666/93 e 8.987/95 (OLIVEIRA, 2005, p. 4).

Tais institutos podem ser entendidos como vínculos contratuais realizados entre entidades do setor público e o setor privado, com o objetivo de que sejam prestados serviços públicos ou concebidos, planejados e executados projetos de infraestrutura (de gestão na saúde pública; de gestão de resíduos sólidos e de saneamento básico, etc.) habitualmente realizados através de concessões tradicionais, mas que, agora, pressupõem uma corresponsabilidade pelo financiamento/custeio do investimento e pelo risco da atividade a ser desenvolvida. De forma objetiva, referem-se a contratos de concessão com a peculiaridade de serem feitos com compartilhamento de riscos do negócio e do financiamento, antes exclusivos do concessionário⁶.

Tais formas contratuais, seguindo a experiência estrangeira, traduzem, pretensamente, uma possível forma contemporânea de captação de investimentos provenientes do setor privado para assegurar ou alcançar a potencialidade qualitativa de serviços colocados à disposição dos usuários ou de interesses da própria estrutura administrativa estatal.

Isso tudo, pretensamente, com menos custos para a sociedade e com mais rapidez em termos do usufruto do objeto do contrato firmado, que, muitas vezes, em virtude de sua eventual alta complexidade, do elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros em função do montante dos recursos financeiros envolvidos e das incertezas sobre os custos de operação e dos rendimentos a serem obtidos, não se mostra verdadeiramente atrativo para exploração e regulação exclusivamente pela iniciativa privada, detentora, na maioria das vezes, da *expertise* necessária, muito embora de relevância ou impacto em termos de necessidade pública⁷.

⁶ No mesmo sentido, cfr. Carvalho Filho (2013, p. 428).

⁷ Uma verdadeira “revolução em matéria de contratualização” vem sendo instaurada, segundo aponta Justino de Oliveira (2005, p. 05), pois até o advento da Lei 11.079/04, havia uma dificuldade muito maior de se atingir a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam, os do setor público, do privado e da coletividade em geral.

Nesses tipos de contratos, a tendência à adoção da consensualidade é verificada na análise das tão conhecidas cláusulas exorbitantes, que neles não estariam, em princípio, presentes de modo tão abundante como nos contratos disciplinados pelas Leis Federais 8.666/93 e 8.987/95.

Com razão, a tônica ofertada pelas parcerias público-privas é, justamente, a ampliação das bases da negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros envolvidos sem que haja o enfraquecimento da bilateralidade ou do sinalagma estabelecido. Como em qualquer outro contrato (seja público ou privado), os contratos de PPPs visam à obtenção de certos benefícios para os integrantes da relação. Contudo, naturalmente, tais objetivos possuem pontos de convergência (por exemplo, o sucesso do empreendimento) e pontos de divergência (como a assunção dos riscos e a divisão dos lucros). O diálogo que se estabelece ocorre, justamente, para possibilitar um equilíbrio dos interesses envolvidos, com vistas a alcançar os compromissos mais justos e eficientes para o próprio interesse público objetivado (GALVÃO, 2006, p. 30).

Esse equilíbrio manifestar-se-á na pactuação, ou melhor, na discussão ou no debate acerca das cláusulas do contrato de parcerias público-privadas, sendo certo e inegável, que a carga de efeitos caracteristicamente sinalagmáticos nesse novo instituto é muito maior se comparada aos efeitos produzidos pelos contratos administrativos tradicionais, haja vista a incidência marcante, nestes, das já citadas cláusulas exorbitantes, que garantiam a superioridade da Administração Pública quando do comportamento contratual.

Esse tem sido o ponto que tem gerado maior divergência na doutrina atual que estuda o assunto. Kyoshi Harada (2004, p. 30), de maneira ferrenha, alega que se estaria flexibilizando ou neutralizando a incidência do próprio interesse público, havendo sérios riscos para a coletividade e para a legitimidade do Estado que estaria “fugindo”, ou melhor, se eximindo de obrigações ou competências suas.

Por sua vez, o professor Paulo Modesto (2005) sustenta que a legitimidade do Estado, muito pelo contrário, estaria sendo ampliada na medida em que o poder público estaria atuando (mesmo que por via indireta), em um maior campo de atividades, garantindo a observância de uma gama de interesses socialmente relevantes e com maior satisfação coletiva (legitimidade/aceitabilidade social), em decorrência da potencial qualidade técnica envolvida e passível de alcance (eficiência).

Assim ocorre, por exemplo, nos casos de coleta de lixo que, embora não sejam atraentes para investimentos privados diretos e exclusivos, têm sua importância na preservação

da higiene e saúde da coletividade, bem como nos casos de construção de rodovias de pequeno tráfego, cujas receitas de pedágio são insuficientes para cobrir os custos de operação e manutenção, desanimando o setor privado de atuar sozinho, mas que, se realizada por meio das parcerias público-privadas, acarretam o desenvolvimento da região por elas abrangida. Trata-se de uma ferramenta que canaliza investimento privado para o setor de infraestrutura mediante o compromisso de pagamento contínuo (e, a Lei estabelece as formas de pagamentos a serem usadas) do próprio poder público interessado.

Segundo Marcos Pinto (2005, p. 04), para melhor compreender essa questão, “é preciso esclarecer uma característica essencial das parcerias público-privadas: a amortização diferida dos investimentos”. Explica-se: nas parcerias público-privadas, o parceiro privado não recebe nenhum adiantamento do Estado, como se poderia supor, inicialmente, em uma análise superficial ou desatenta. Ao contrário, ele somente receberá os pagamentos do Poder Público (parceiro público) na medida em que os serviços forem sendo prestados, ou seja, o particular realiza o investimento de interesse público, cuja amortização ocorrerá paulatinamente, ao longo da duração do contrato firmado. Portanto, quem financia, diretamente, o investimento a ser feito (mesmo que em parceria) é o setor privado e, não o Estado. Contudo, conforme o referido autor (2005, p. 04), o financiamento particular não implica, necessariamente, endividamento público, pois este dependerá do grau de transferência do risco do projeto e, portanto, estará subsumido à discussão acerca desse ponto através do alcance de um acordo.

Se parcela significativa dos riscos do projeto for conferida ao setor privado, como, por exemplo, o risco de construção e o de disponibilidade do serviço, as parcerias público-privadas não devem ter impacto no nível de endividamento do Estado. Para tanto, necessário frisar que, como se trata de uma relação sinalagmática, o parceiro privado pode discutir (contra argumentar) com o setor público, formas ou espécies de garantias, bem como a obtenção de empréstimos com taxas mais módicas junto às entidades de financiamento estatais para auferir mais recursos e arcar com o alto grau de investimento que será aplicado, evitando-se o comprometimento ou inviabilização do próprio projeto.

Dessa forma, limitando-se a estabelecer metas de disponibilidade e qualidade para o serviço, não se intrometendo na maneira como deve ser executada a obra, a responsabilidade do contratante privado ficará na dependência do melhor exercício possível de suas incumbências. Caso contrário, se as metas almejadas com o serviço não forem obtidas ou se as obras se manifestarem inadequadas ao interesse social, a contraprestação devida pelo parceiro

público será reduzida, conforme se depreende do parágrafo único do artigo 6º da lei 11.079/04, que trata da chamada “remuneração variável”.

Igual raciocínio pode ser feito com relação à manutenção do serviço prestado ao longo do prazo estipulado (que variará de 5 a 35 anos), haja vista que a lei cuida não somente do fornecimento do serviço (precedido ou não de obra), mas, da mesma forma, trata da adequada manutenção e operação dele.

Outro aspecto importante abordado na lei se refere ao compartilhamento dos riscos que envolvem a disponibilidade dos serviços desde sua elaboração até sua etapa final. O critério utilizado nessa distribuição não é aleatório e, nem muito menos, arbitrado pelo poder público, de maneira unilateral. Ele se refere ao denominado grau de controle sobre o risco e que, inevitavelmente, é alcançado através do bom-senso obtido pela discussão, pelo diálogo entre as partes pactuantes. Cada um dos dois partícipes demonstrará se possui a necessária capacidade de suportar (mais eficientemente), avaliar e quantificar os riscos envolvidos: quem puder avaliá-los melhor, será também aquele que poderá evitar as perdas correspondentes (vide o disposto no artigo 5º, III da lei 11.079/04).

Vê-se, mais uma vez, o papel relevante do debate, da argumentação para se chegar ao melhor para cada um dos interessados da relação jurídica estabelecida.

Como exemplo, podemos dizer que a incumbência da construção de determinada obra para a conseqüente *disponibilidade* do serviço deverá ficar a cargo do setor privado que é quem exerce controle direto sobre esses fatores. Em contrapartida, cabe à Administração Pública se responsabilizar pelos riscos de alterações unilaterais do contrato por interesse público, pois é ela quem pode *gerenciá-los* melhor.

Apesar de todas essas elucidações, desde a elaboração do projeto de lei que instituiu as parcerias público-privadas, críticas são apontadas por muitos estudiosos sobre o assunto. Kyoshi Harada (2004, p. 30) assevera que o texto do artigo 175 da CF:

proclama com lapidar clareza que os serviços públicos só podem ser executados diretamente pelo poder público, ou por concessionários ou permissionários, vencedores de certames licitatórios. Estes prestam serviços públicos em nome do poder público, titular desses serviços, mediante percepção direta da remuneração (tarifa) dos usuários. Por isso, nada recebem do poder público a título de remuneração e respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, 6º da CF)

Contudo, é indubitoso, como já ressaltado, que tal instituo não pode ser descaracterizado somente mediante a incidência do argumento de que quem pode prestar os

serviços públicos é próprio Estado seja direta ou indiretamente (mesmo porque, o conceito de serviço público, por si só, já demanda uma nova dimensão, não se prendendo mais a critérios orgânicos ou subjetivos).

As parcerias público-privadas apresentam-se plenamente aptas à consecução ou implementação dos citados serviços de relevância pública, cuja titularidade não é exclusividade (monopólio) estatal. Daí continuar-se a defender a viabilidade dessas novas ferramentas instituídas pela lei federal 11.079/04.

Não há, também, que se falar em “promiscuidade” entre interesse público e privado, como afirma Harada (2004, p. 30). Na verdade, essa denominação da possibilidade de atuação conjunta entre o setor público e o particular é errônea, pois, como já frisado, o alcance de um consenso ou acordo com preservação de ambos os interesses em jogo, apenas facilita a própria capacidade de legitimação e governança do Estado.

Por fim, com relação à crítica feita ao artigo 8º da lei 11.079/04 que estabelece as formas de garantias dadas pelo setor público ao setor privado, deve ser dito que são, realmente, garantias robustas, mas que não demonstram descaso com os fins públicos. Elas são necessárias não para beneficiar aleatoriamente o parceiro privado participante da relação contratual em causa. Existem, pelo contrário, para preservar o sinalagma firmado e para permitir que, realmente, haja captação de interesse privado disposto a investir e, também, para garantir que as metas do contratante particular envolvido na relação sinalagmática estabelecida, na medida do possível, e, após, colocação em debate, sejam atendidas. Tudo isso feito com a necessária seriedade e respeito para com as normas de ordem pública, como a lei de responsabilidade fiscal; as licenças ambientais, sustentabilidade e controle social, por exemplo.

Assevera Luiz Alberto Blanchet (2005, p. 50) que a expressão “poderá” encontrada na redação do *caput* do referido artigo 8º não tem o sentido de poder imprimir discricionariedade à aplicação do dispositivo. As peculiaridades reunidas na situação concreta é que determinarão essa utilização. Por vezes, pode ocorrer que determinado empreendimento objeto da parceria público-privada envolva amplitude assaz complexa, bem como elevado custo, sendo necessário o fornecimento de alguma dessas garantias para se evitar que os particulares participantes do processo licitatório o incluam no preço quando de sua proposta, a fim de evitar prováveis perdas futuras caso haja inadimplemento por parte do parceiro público.

Para evitar prejuízo ao parceiro privado e, conseqüentemente, a incidência do sobre preço, é que foi criado o chamado “Fundo Garantidor de Parcerias” que tem a finalidade de preservar, “garantir o pagamento das contraprestações devidas pelo poder público por força de

obrigações contraídas por meio de contratos de parcerias público-privadas” (BLANCHET, p. 92-93), conforme disposto no artigo 16 da lei 11.079/04.

Se não for dada alguma dessas garantias, ocorrerá, fatalmente, comprometimento orçamentário do projeto, independentemente de qualquer hipótese de inadimplemento da Administração Pública Assim, preserva-se a segurança do contratante particular e, evita-se a incidência de sobre preço inviabilizador do projeto e comprometedor da relação dialógica e jurídica estabelecida.

3. Considerações Finais:

A frase de autoria do jurista Gaspar Ariño Ortiz que abriu o presente artigo, foi dita em um contexto de verificação de mudanças em termos do comportamento estatal. Em nenhum momento imaginou-se defender a não permanência do Estado na qualidade de ente responsável pela obtenção de organização social (mesmo porque ela – organização social – sempre pressupôs a existência de um ente supra individual, apto a conter os excessos do exercício das liberdades individuais). O Estado persiste. Defendemos, apenas, tanto quanto o jurista espanhol o faz, a necessária reconstrução do papel do Estado nesse desiderato contínuo de organização ou conformação adequada do contexto social.

À figura estatal contemporânea cabe organizar-se, reestruturar-se a partir de novas bases, de novos parâmetros, de tal maneira a cumprir bem a sua função de servir à coletividade, ao cidadão, evitando-se transformar ou em um mecanismo de dominação do indivíduo ou num aparato burocrático destituído de utilidade, gerando desconforto ou descontentamento. Não importa as formas (minimamente amparadas pelo Direito, frise-se), desde que seja preservada a finalidade precípua de bem gerir o interesse público.

A postura proativa de destituir-se em algumas situações de uma pretensa e absoluta posição hierárquica, típica da época oitocentista do direito administrativo, demonstra maturação e reconhecimento da fragilidade do poder público em querer transparecer ser o que, na verdade, ninguém é: um ente onipotente e onipresente, dotado de prerrogativas inatacáveis, garantidoras sempre e exclusivamente do bem daqueles que visa proteger.

A constatação da realidade, agora, é outra. Enxergá-la exige reconhecimento de que não há mais onipotência e onisciência absolutas, forçando a Administração Pública a admitir suas fragilidades em termos de atuação, possibilitando-se, portanto, a ela estabelecer proximidades dialógicas com o setor privado em termos de reais parcerias, preservando-se,

simultaneamente, não somente o mínimo do interesse deste, quanto a obtenção do interesse público concreto.

Referências

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In *Privatización y liberalización de servicios*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madri [AFDUAM], n° 3, 1999, pp. 19-35

BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas*. Curitiba: Juruá, 2005

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013

_____. Estado mínimo X Estado máximo: o dilema. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 89-109, jan./dez. 2011

GALVÃO, Ciro di Benatti. O instituto das *parcerias público-privadas no contexto de reforma do Estado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, 2006

GARCIA, Maria da Glória. As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública – reflexões sobre o lugar do direito no Estado. In *Os caminhos da privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Boletim da Faculdade de Direito. *Stydia Ivridica*, n° 60, colloquia 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 345-359

HARADA, Kiyoshi. *Parcerias público-Privadas*. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n°. 185. Brasília: Editora Consulex, 2004

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n° 2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun-jul, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2013

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parcerias Público-Privadas e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n° 3. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, ago-set-out, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de maio de 2014

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In *Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007

PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômica das PPP's. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun.-jul., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de maio de 2014.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



GALVÃO, Ciro di Benatti; JÚNIOR, Paulo Afonso de Oliveira. Parcerias Público-Privadas: contributo para a análise do seu contexto de incidência. *Lex Humana*, v. 6, n. 1, jul. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=537>>. Acesso em: 01 Jul. 2014.
