

# A CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DENTRO DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

## CONTEXTUALIZATION OF THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE NEW CENTER ADMINISTRATIVE LAW

*Antonio Carlos Diniz Murta<sup>1</sup>  
Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes<sup>2</sup>*

### RESUMO

Este trabalho busca abordar a evolução dos paradigmas do Direito Administrativo, mas especificamente quanto ao seu núcleo dogmático de estudo, e a necessidade de contextualização com as Parcerias Público-Privadas. Através de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira e análise dos diversos conteúdos encontrados, apresenta-se inicialmente as diferentes mudanças ocorridas no Direito Administrativo desde sua origem até os dias atuais como também as alterações da estrutura funcional da Administração Pública pautada pela aplicação da teoria do Ato Administrativo. No entanto, após a implementação do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública se mostrou travada, pois o Ato Administrativo não conseguia mais corresponder aos novos instrumentos da atuação funcional do Estado. Assim, surge na Europa Continental, Alemanha e Itália, duas teorias: a relação jurídica e o procedimento administrativo respectivamente, que propõe dois centros para o Direito Administrativo. Diante desta perspectiva este trabalho contextualiza as Parcerias Público-Privadas dentro desta realidade do Direito Administrativo, pois é a modalidade contratual em que essencialmente se configura por meio de uma relação jurídica entre poder público e iniciativa privada de forma párea, digamos até certo ponto igualitária, em que há todo um procedimento administrativo anterior e posterior ao ato de adjudicação do contrato administrativo. Assim conclui-se o trabalho demonstrando a necessidade de contextualizar as Parcerias Público-Privadas dentro das duas novas teorias do núcleo central do Direito Administrativo, voltada para a manutenção e efetividade dos preceitos Constitucionais do Estado Democrático de Direito.

**Palavra Chave:** Ato Administrativo; Direito Administrativo; Relação Jurídica; Procedimento Administrativo; Parceria Público-Privada.

### ABSTRACT

The present work has the purpose of analysis the evolution of paradigms of administrative law, but specifically regarding its core dogmatic study, and its influence in the design of public-private partnerships. Through national and foreign literature search and analysis of various content found initially presents the different changes in administrative law from its origins to the present day , as well as changes in the functional structure of public administration guided by the application of the theory of the Administrative Act . However,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFMG / Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FCH da Universidade FUMEC

<sup>2</sup> Mestrando em Direito na Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FCH da Universidade FUMEC

after the implementation of the democratic rule of law , public administration proved to be fought because the Administrative Act did not correspond longer a need to justify the functional activity of the state . Thus arises in Continental Europe , Germany and Italy , two theories : the legal relation and administrative procedure respectively , which proposes two new centers for Administrative Law . Given this perspective this paper contextualizes the Public-Private Partnerships within this new reality of Administrative Law , it is the type of contract that essentially operates through a legal relation between government and private enterprise PAREA way , say equal to a certain point , where there is a whole before and after the act of the administrative contract administrative procedure. Thus concludes the work demonstrating the need to contextualize the Public-Private Partnerships within the two new theories of the central core of Administrative Law , toward the maintenance and effectiveness of the precepts of Constitutional Rule of Law

**Keyword:** Administrative act; Administrative Law, Legal Relation; Administrative Procedure; Public-Private Partnership.

## 1- INTRODUÇÃO

Este trabalho aponta como problema a ser discutido a necessidade da contextualização das Parcerias Público-Privadas – PPP - dentro do novo centro do Direito Administrativo, pois a teoria do Ato Administrativo como ponto central da atuação administrativa do Estado não se mostra compatível com as especificidades dos contratos de PPP.

Assim, esta pesquisa utiliza como hipótese, à possibilidade de contextualização das Parcerias Público-Privadas com as novas teorias do Centro do Direito Administrativo, qual seja, a do Procedimento e da Relação Jurídica, desenvolvidas pelas escolas jurídicas Italiana e Alemã respectivamente. Ambas as teorias apresentam uma nova perspectiva diversa do Ato Administrativo que melhor se adéqua as peculiaridades da PPP como também a realidade da Administração Pública dentro das parâmetros do Estado Democrático de Direito.

O tema foi investigado inicialmente por uma análise histórica do Estado de Direito em conjunto com as mudanças do Direito Administrativo. Essa abordagem se inicia com fim dos Estados Soberanos nos meados do século XVIII em que o Direito passa a ser o grande instrumento de controle dos abusos autoritários do Estado. Anteriormente, o Rei possuía em suas mãos todo o poder de controlar, administrar e determinar as situações da sociedade.

No entanto, com a Revolução Francesa de 1789, ocorre o fenômeno da instituição do Estado de Direito em que a sociedade conquista determinados Direitos que anteriormente eram suprimidos pelo poder autoritário do Rei. Assim dentro do referido contexto, foi

implementado o Estado de Direito Liberal, o qual retirava o Poder Público das relações privadas se abstendo de interferir nas decisões tomadas pelos particulares.

Dentro desta perspectiva, o Ato Administrativo é determinado pela teoria clássica como o centro do Direito Administrativo, pois a atuação do Estado, pautada por uma estrita legalidade, necessitava de certo objeto para que fosse analisado e estruturado conforme os preceitos administrativos do momento.

Com a passagem do Estado Liberal para o Social de Direito, em que o Estado necessitava assegurar novos direitos à sociedade, como saúde, moradia, educação; o ato administrativo deixa de ser compreendido unicamente como instrumento da Administração autoritária legalista para também ser um utensílio de prestação, de garantia destes novos Direitos.

Porém, com a crise do Estado Social, caracterizada principalmente pelo crescimento da máquina pública o que a deixou lenta e burocrática, a sociedade necessitava da implementação de novos paradigmas que se enquadrasse na atual situação em que o mundo vivia. Assim, é criada dogmática filosófica do Estado Democrático de Direito em que se busca a garantia dos direitos liberais e sociais conquistados anteriormente, mas também a implementação de novos direitos, agora voltados por uma nova ordem jurídica democrática.

E, dentro deste contexto, o Ato Administrativo não estaria mais compatível com a situação jurídica do Estado Democrático de Direito, pois as relações entre o público e privado não mais poderia ser compreendida no modelo clássico de uma Administração autoritária e(ou) prestadora, mas sim gerencial de resultados.

Assim, como forma de retirar o Ato Administrativo do centro do Direito Administrativo, apresenta-se duas novas teorias desenvolvidas na Europa Continental, Alemanha e Itália, as quais propunham como núcleo central a relação jurídica e o procedimento administrativo, respectivamente.

E a partir desse contexto as Parcerias Público-Privadas são criadas como forma de inovarem os mecanismos de contratação pública tendo em vista que a iniciativa privada possui certa condição párea de direitos e obrigações com o parceiro público, caracterizada por uma relação jurídica administrativa gerencial em que há necessariamente um procedimento administrativo anterior e posterior à adjudicação do contrato público.

Assim, se faz necessário o desenvolvimento deste trabalho através do método dialético para discutir e averiguar a necessidade da contextualização das Parcerias Público-Privadas dentro do novo centro do Direito Administrativo afim de que se possa ainda mais viabilizar a implementação dessa modalidade contratual como forma de atender as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

## 1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Durante o Estado Absolutista o Direito era subordinado às condutas soberanas do Estado, sendo que o rei jamais poderia ser submetido aos Tribunais, tendo em vista que possuía direito ilimitado para administrar o Estado. (DI PIETRO, 2011)

A referida ordem política, também conhecida como Estado de Polícia, possuía na autoridade do Rei a principal fonte normativa pela qual se originava toda ordem de comando e de administração do Estado, até mesmo atos de publicação e comunicados enviados à população. (MOREIRA, 2010)

Contudo, por diversos motivos sociológicos, econômicos e políticos, o modelo absolutista de governar fracassou, o que resultou na abertura para a construção ideológica do Estado de Direito. Neste período, o grande marco fático referente à ruptura do sistema é a Revolução Francesa de 1789. (DI PIETRO, 2011)

Quanto o a explicação filosófica do Estado de Direito, importante demonstrar os ensinamentos dos professores italianos Luca Mannori e Bernardo Sordi que assim apresentam o tema na obra "*Storia Del Dritto Amministrativo*":

O Estado de Direito foi estabelecido como um Estado governado pela lei e com base no novo valor do poder legal controlador. Formas de tornar as divindades tutelares das associações humanas, sua conformidade com a principal garantia em relação a despotismo, nenhuma autoridade é legítima que dentro de seus limites. (LUCA;SORDI:2006, 311p.)<sup>3</sup>

Assim, diante da necessidade de regulamentar a atuação do Estado, para transferir o Poder das mãos do Soberano para o Povo, criaram-se diversas teorias e ramos do Direito

---

<sup>3</sup> *Lo stato di diritto nasce come stato retto attraverso leggi e su queste fonda il nuovo valore della controllabilità giuridica del potere. le forme diventano le divinità tutelari delle associazioni umano, la loro osservanza la principale garanzia nel confronti del despotismo, un'autorità no è legittima che nei suoi limiti*

Público que foram basilares para implementação dos Direitos Fundamentais de primeira geração (à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal). (DI PIETRO, 2011)

Destarte, mais especificamente quanto ao Direito Administrativo, sua criação como uma ciência jurídica de regulamentação da atuação estatal nasceu na França através das jurisprudências do Conselho de Estado, órgão este distinto do Poder Judiciário e integrante do Executivo, responsável em julgar casos pertinentes a litígios existentes entre Administração e os Cidadãos<sup>4</sup>. (MELLO, 2010)

Na visão da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a jurisprudência do Conselho de Estado (jurisdição contenciosa administrativa), possuía como seu fundamento o princípio da separação dos poderes em razão da desconfiança que havia quanto aos juízes do antigo regime. Afirma que nos litígios em que Administração Pública for parte, o Poder Judiciário não poderá decidir, sob pena de subordinação de um Poder pelo outro. Nas palavras da referida professora citando Gorges Vedel:

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (DI PIETRO: 2011, 4p.)

Neste período se pretendia separar as funções da atuação administrativa em relação à função judicial do Estado, pois o grande objetivo era delimitar a atuação de Poder dentro da sua seara, ao ponto de que caso os juízes interferissem na atuação dos “*corpos administrativos*” poderiam ser condenados à pena de prevaricação. (DI PIETRO, 2011)

Contudo, o professor português Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, afirma que a criação do contencioso administrativo é considerado um “*pecado original*”, pois sucedeu através de uma interpretação “*heterodoxa*” do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que inicialmente ocorrera uma total confusão entre as funções de administrar e julgar. O julgamento de causas administrativas era remetido para órgãos da Administração,

---

<sup>4</sup> A referida jurisdição, também compreendida de contencioso administrativo, possui como um de seus pilares originários o princípio da separação dos poderes criado por Montesquieu, com o objetivo de implementação do Estado de Direito Liberal. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.32

resultando em um “*Juiz em causa própria*” de um sistema Administrador-Juiz. (SILVA, 2003)

Importante destacar que o referido autor, ao citar o jurista italiano Nigro, afirma que o “*Juiz Doméstico*”<sup>5</sup> também surge como justificativa de implementação dos princípios do liberalismo político e por trás desta vestimenta, escondem as influências do antigo regime absolutista. Assim dispõe em sua obra:

A justiça administrativa é, pois, o fruto da cominação de novas idéias liberais com velhas receitas do Antigo Regime. Daí a necessidade de se entender que, por detrás da concepção francesa da separação de poderes, que determinou a criação do contencioso administrativo, se encontrava a figura do Estado; que a proibição dos tribunais judiciais conhecerem dos litígios, e em grande parte, explicável, como uma reacção contra o modo de actuação dos parlamentos no antigo regime; que a criação do Conselho de Estado, exercendo funções em matéria de contencioso administrativo se filia directamente, numa outra instituição, o Conselho do Rei, existente no Antigo Regime; que existe uma certa relação de continuidade, ao nível da técnica jurídica, entre o período do Antigo regime e o período pós-revolucionário. (SILVA: 2003,13p.)

No mesmo raciocínio do referido professor português, João Batista Gomes Moreira afirma que a criação do Conselho de Estado distorceu a teoria de Montesquieu, pois sua estrutura e atuação era muito parecida com a do Conselho do Rei, reservando aos parlamentos somente a aplicação do Direito Privado. (MOREIRA, 2010)

Inicialmente o Conselho de Estado possuía uma função consultiva, contudo por volta do ano de 1806, recebeu a competência para julgar litígios, a título de justiça especializada. O resultado dessa concessão jurisdicional ao mencionado órgão resultou em uma valorizavam das prerrogativas da administração em prejuízo as garantias individuais. Assim afirma o mencionado autor:

Recebeu o Conselho de Estado, inicialmente, competência apenas consultiva e, a partir de 1806, também para o julgamento de litígios, a título de justiça reservada. Esse sistema foi responsável pelo surgimento de um quadro normativo autoritário, propenso a consagração de prerrogativas e privilégios a administração, em detrimento das garantias individuais, que não contavam com um órgão independente para sua proteção. (MOREIRA: 2010, 117p.)

Independentemente destes dois entendimentos supra apresentados, destaca-se que conforme anteriormente exposto, foi a partir das jurisprudências do Conselho de Estado que

---

<sup>5</sup> Terminologia utilizada também para citar a Jurisdição administrativa. Em SILVA, Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. 12p.

se originou o Direito Administrativo<sup>6</sup>. Nesta fase inicial, percebe-se que foi criado como um direito de exceção ao Direito Comum. (DIAS, 2003)

Dentre os julgados do mencionado órgão, o caso *Arret Blanco* pode ser considerado a "*pedra fundamental*" do Direito Administrativo em razão do momento histórico que o Direito vivia, pois era necessário criar critérios para determinar a autonomia do Direito Administrativo e como consequência a atuação da jurisdição contenciosa administrativa. Neste caso, o pai de uma menina de 5 anos de idade, ajuizou ação de indenização contra o Estado na jurisdição comum em razão do atropelamento sofrido por sua filha de um veículo da empresa estatal de tabaco. Na sentença os juízes decidiram que a jurisdição administrativa seria responsável em julgar o caso, pois o ato lesivo foi cometido por uma pessoal física que conduzia veículo de propriedade da empresa Estatal. (MOREIRA, 2010)

Contudo, outra divergência apresentada pela doutrina jurídica em todo mundo, refere-se as diferenças de criação do Direito Administrativo dentro das "*famílias*" *civil law* e do *common law*. A primeira possui como seu marco de origem as Jurisprudências do Conselho de Estado, conforme acima apresentado. Já a segunda "*família*", não se identifica o momento exato que possa demonstra a criação do Direito Administrativo, tendo em vista que nos países anglo-americano não ocorreram revoluções de implementação do Estado de Direito. (DI PIETRO, 2003)

Assim, na Inglaterra, por exemplo, não sucedeu o desenvolvimento do Direito Administrativo conforme da França, pois este ramo do direito público se aprimorou mais na Europa continental pós revolucionária, impedindo a generalização dos conceitos para além das fronteiras do tempo e espaço. O Direito Administrativo foi inicialmente utilizado pelo Estado Burguês como instrumento de defesa contra a classe derrubada, a qual foi utilizada como aliada no discurso revolucionário, mas reprimida depois da tomada do poder. Por tal motivo importante descrever os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não se afigura verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só exista nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência, o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos "direitos" filiados ao referido

---

<sup>6</sup> O professor Fernando Andrade Oliveira apresenta em sua obra, *Direito Administrativo - Origens, Perspectivas e outros temas*, que o Direito Administrativo também foi concebido como disciplina jurídica no currículo na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, tendo como os primeiros professores De Gerando e Macarel. (OLIVEIRA,2003)

sistema europeu existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado. (DI PIETRO: 2003, 3p.)

Como acima apresentado, nos países em que não ocorreram uma ruptura com o sistema do Estado, o Direito Administrativo evoluiu de forma gradativa ao ponto de que alguns litígios entre Público e Privado eram resolvidos pelo Direito Civil. (DI PIETRO, 2003).

Já para o jurista português Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, afirma que a grande diferença entre os dois sistemas é que a Inglaterra desconhecia a noção de Estado, o que de forma contrária, era o conceito mais importante para o ordenamento jurídico Frances. Nas palavras do mencionado professor citando o jurista italiano Sabino Cassese:

A diferença essencial entre os dois sistemas reside no facto da Inglaterra desconhecer a noção de Estado, que pelo contrário, assume uma importância decisiva na caracterização do sistema Frances. Nos países anglo-saxónico, as escolas jurídicas nacionais não tiveram de desenvolver uma teoria do Estado e muito menos de referir a ele todos os poderes públicos (Cassese). Mas do que um mero problema terminológico, de diferente denominação de realidades idênticas, o que está aqui em causa é a própria ausência do conceito de Estado, e das demais figuras a ele ligadas. Não existindo Estado, em Inglaterra, os poderes públicos surgem como corpos distintos, inclusive em concorrência entre si, sem que seja atribuída a uma ordem superior a tarefa de reduzir a unidade esta desordem programada. (SILVA: 2003,17p.)

No entanto, no curso da história de mais de 2 (dois) séculos, o Direito Administrativo deixou de ser aquela área jurídica de segundo plano, ligada ao Direito Privado, para evoluir no Estado Contemporâneo ao ponto de se desvincular com Civil, se afirmando como um direito comum que rege as relações das pessoas com o Estado. (NETO, 2006).

Dentro do contexto acima apresentado, o Direito Administrativo precisava determinar o seu núcleo de análise e aplicação. Em razão desta necessidade, a doutrina tradicional encontrou no Ato Administrativo a unidade básica de estudo do Direito Administrativo. O aprimoramento desta corrente resultou em uma orientação racionalista, analítica dividindo o ato administrativo em requisitos, tais como, competência, forma, motivo, objeto e finalidade. Assim, em razão desta corrente, necessário demonstrar a seguir a pesquisa sobre esse tema. (MOREIRA, 2010)

## **2 ATO ADMINISTRATIVO E O CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO**

A teoria do Ato surgiu juntamente com o Direito Administrativo em razão dos mesmos motivos já apresentados acima tendo em vista as influências teóricas de formação do Estado de Direito. O pensamento científico inicial de compreensão do Ato Administrativo

possui o reducionismo e a fragmentação como bases indutivas de uma concepção estática do ato, separada do processo, da atividade, do contexto político e das demais ciências. (MOREIRA, 2010)

Essa fragmentação e reducionismo (especialidades do modelo racionalista) não é algo peculiar do Direito Administrativo, mas sim uma corrente que influenciou outros ramos do Direito como no Direito Penal na divisão analítica da teoria do crime e no Direito Tributário na a teoria do fato gerador. (MOREIRA, 2010)

O conceito do Ato Administrativo foi uma criação finalística da ciência jurídica administrativista tendo como seu objetivo inicial a garantia de uma proteção legal eficaz para o cidadão contra os atos soberanos do Poder Público. (SILVA, 2003)

Em um primeiro momento, a ideia de Ato Administrativo é utilizada para delimitar a atuação da Administração Pública. Contudo, por ter origem no princípio da separação dos poderes, possui estrita ligação ao contencioso administrativo, ao ponto de gozar de isenção de controle jurisdicional. Neste momento, a única fiscalização que o ato administrativo possuía era interna realizada pela própria administração. (SILVA, 2003)

Assim, o conceito de ato administrativo passa a ser primeiramente considerado como uma garantia da Administração, para posteriormente servir como garantia dos particulares contra atos autoritários do Poder Público. Dentro do Estado de Direito Liberal, o Ato Administrativo possui uma função dupla, pois por um modo é compreendido como um benefício da Administração (manifestação do poder público no caso concreto) sendo um ato unilateral com efeitos coercitivos aos particulares. Por outro lado representa uma garantia dos privados ao ponto de que permite uma defesa contra ações administrativas lesivas de seus direitos. (SILVA, 2003)

Portanto, destaca-se que inicialmente, dentro do contexto de Estado de Direito Liberal, o conceito clássico do ato administrativo se encontra mais bem demonstrado nas teorias do jurista alemão Otto Mayer e no francês Maurice Hauriou. O primeiro afirma que o ato administrativo é uma manifestação de vontade autoritária da Administração Pública aplicável aos "*súditos*" no caso concreto, se aproximando com a sentença judicial. Já para o segundo, o poder que resulta no ato é uma realidade que se soma a uma conduta de vontade. (SILVA, 2003)

Contudo, necessária se faz a citação literal do professor Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva sobre o seu conceito final do Ato Administrativo. Assim, apresenta o referido autor:

Em conclusão pode-se dizer que o conceito de acto administrativo é uma espécie de flor de estufa da dogmática administrativa clássica. Enquanto o conceito central de um sistema dogmático que representava a cristalização jurídica dos pressupostos ideológicos do Estado liberal, ele adequava-se na perfeição as circunstâncias histórico-políticas do ambiente em que fora criado e teorizado. Ele era o fulcro de um sistema jurídico coerente e adequado às realidades da sua época. (SILVA: 2003, 70p.)

Desta forma o ato administrativo é contextualizado dentro do Estado de Direito Liberal, sendo um produto formado pelo Direito Administrativo em razão das circunstâncias históricas e políticas vividas neste período. (SILVA, 2003)

Porém a mudança do Estado Liberal<sup>7</sup> para o Social de Direito, tendo como consequência a transformação jurídico-política da organização do Estado, resultou também na alteração dos paradigmas do Direito Administrativo. Contudo, o conceito autoritário do ato administrativo continuara existindo e sendo aplicado dentro de um contexto totalmente diferente. (SILVA, 2003)

A teoria de implementação do liberalismo que originou a organização do Estado, passa a ser revista por um "*novo contrato social*" que a sociedade propõe na busca de atuações administrativas no campo social e econômico, com objetivo de garantir um bem estar aos cidadãos. O mencionado professor português, citando o jurista francês Pierre Rosanvallon utiliza a seguinte metáfora para melhor exemplificar o referido momento do Estado:

Conforme escreve ROSANVALLON, este Estado-Providencia exprime a ideia de substituir a incerteza da providencia religiosa pela certeza da providencia estatal, procurando ajudar a resolver os problemas da integração dos indivíduos. (SILVA:2003, 74p.)

É esse novo paradigma que busca redefinir novas ideias ao modelo liberal para implementação de direitos que resolvam os problemas sociais dos cidadãos e que apresentavam a época uma necessidade de garantir ao ser humano no plano econômico, social e cultural, uma forma de alcançar um fundamento existencial humanamente digno. (CANOTILHO, 2003)

---

<sup>7</sup> Quanto ao Estado de Direito Liberal, importante apresentar a doutrina comparada do jurista Italiano Giorgio Bongiovanni o qual descreve com detalhes do período contratualista de Direitos com instrumentos de reivindicação de liberdade. " i diritti come pretesa di liberta." (BONGIOVANNI, 2011)

Alguns regimes Constitucionais ocidentais procuraram realizar o chamado Estado Social de forma explícita acrescentando capítulos específicos sobre direitos econômicos e sociais em suas respectivas constituições. (SILVA, 2005)

Assim, com essa nova concepção de atuação do Estado, a Administração Pública perde um pouco sua característica agressiva dos direitos com os particulares e passa a ser também compreendida como um mecanismo de realização de necessidades da sociedade. O resultado desta mudança foi o aumento da dependência do indivíduo pelo Estado. (SILVA,2003)

Importante descrever os ensinamentos da professora Maria Tereza Fonseca Dias quanto às mudanças ocorridas no Direito Administrativo em razão da implementação do Estado Social:

No âmbito do Direito Administrativo, o paradigma do Direito materializado do Estado social representa uma reação ao paradigma do direito forma burguês consolidado na modernidade e às fortes influências do Direito Civil na formação do Direito Administrativo.(DIAS:2003, 147p.)

Dentro deste raciocínio podemos apresentar que o Ato Administrativo também caminhou para não ser somente um instrumento autoritário de determinação do direito aplicável aos particulares, como também de garantia dos direitos fundamentais a sociedade. O ato administrativo deixa de ser compreendido como somente uma imposição do poder público, mas também um mecanismo de satisfação dos interesses privados. (SILVA, 2003)

A passagem do Estado Liberal para o Social mudou a forma de concepção da Administração Pública que deixou de ter uma atuação meramente executiva para se tornar a cada dia, mais prestadora de direitos fundamentais aos cidadãos. (SILVA, 2003)

Contudo, o Estado Social não consegue implementar suas ideias e acaba por se esgotar, sendo incapaz de continuar dando uma resposta satisfatória aos novos problemas apresentados pela sociedade. Existiram diversos motivos que resultaram na decadência do Estado Social no ponto de vista do Direito Administrativo. A professora Maria Tereza Fonseca Dias ressalta os seguintes pontos:

Do ponto de vista da Administração Pública, a crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social é atribuída a uma conjunção de causas, tais como a concentração do espaço público no Estado, o crescimento desmesurado da administração pública, a sua ineficiência, o aumento da burocracia e o agravamento das contribuições exigidas dos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estatal, bem como o aumento da corrupção - que se tornou um fato

corriqueiro das Administrações Públicas em todas as partes do mundo. (DIAS: 2003, 151p.)

Diante das exposições acima apresentadas averigua-se que nem o Estado Liberal de Direito nem o Estado Social de Direito, possuíam como objetivo a concepção de um Estado Democrático. Isso se deve ao fato de que esse se baseia nos princípios da soberania popular, o qual determina a participação efetiva do povo na vida pública, na realização do princípio democrático como instrumento de assegurar os direitos fundamentais de todos os homens. (SILVA, 2005)

Assim, se emerge no Estado Democrático de Direito, a necessidade de aplicação do princípio da soberania popular que determina a participação efetiva e operante dos cidadãos na coisa pública, participação que não se esgota na formação das instituições representativas. Portanto, deve-se existir a participação do elemento popular na constituição do interesse do Estado e da Administração Pública. (DIAS, 2003)

Já o Ato Administrativo ganha nova dimensão dentro deste contexto do Estado Democrático de Direito, pois pretende dar eficácia nas relações com terceiros, sendo uma administração pública prospectiva, diferentemente do Estado Liberal e Social que a Administração era agressiva e prestadora, respectivamente. (SILVA, 2003)

Contudo, após essas evoluções do Estado e da Administração Pública acima apresentadas, o Ato Administrativo não conseguiu "*esvaziar*" de forma igual, toda a universalidade existente nas relações da Administração com os particulares, tendo em vista as diversas relações jurídicas que se fundamentam, alteram ou finalizam de uma maneira totalmente diversa do próprio ato administrativo, deixando por tanto de ser um mecanismo adequado para compor a realidade central da doutrina do Direito Administrativo. (SILVA, 2003)

Assim, diante da complexidade do Direito Administrativo contemporâneo é aceitável determinar um núcleo central? Se essa situação fosse possível, que terminologia deveria compor a base do Direito Administrativo? Deste modo, com intuito de buscar um novo centro, encontra-se duas correntes doutrinárias que apresentaram soluções como forma de atender as "*demandas*" que o ato administrativo já não mais conseguia resolver.

Neste contexto, apresenta-se a corrente da Relação Jurídica, desenvolvida pela doutrina alemã em que o Direito Administrativo precisa de um novo "*núcleo*" que possa fazer

a ligação entre as concepções clássicas e as novas realidades Jurídica-administrativa como forma de compreender e agrupar toda a atuação da Administração Pública. (SILVA, 2003)

Já a segunda proposta, elaborada pela doutrina italiana, afirma ser o procedimento administrativo o novo centro para o Direito Administrativo, pois este regula tanto as decisões autoritárias e unilaterais como também determina comportamentos administrativos que antecipam a celebração dos contratos. (SILVA, 2003)

Deste modo, este trabalho pretende analisar brevemente cada um destes novos núcleos do Direito Administrativo, como forma de contextualizá-los com as Parcerias Público-Privadas.

### **3 A RELAÇÃO JURÍDICA COMO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Para a dogmática de matriz alemã, a "*relação jurídica administrativa*" deveria ser o novo eixo gravitacional do Direito Administrativo da atualidade. A referida doutrina, possui a ideia de ato administrativo como um simplesmente "*momento*", "*um fato*", da complexa relação existente entre a Administração Pública e o privado, relacionamento este que não se resume em atuação única, imperiosa e unilateral. (SILVA, 2003)

Para o Jurista Alemão Bachof, o ato administrativo é simplesmente uma "*fotografia instantânea*" que demonstra relações em movimento, pois ele (ato administrativo) baseia, inventa, ou coloca fim a uma relação jurídica, e esta é muito mais significativa do que o ato finalístico para uma compreensão jurídica. Deste modo, a denominação de relação jurídica seria o conceito dogmático mais apropriado para o ajuste da atual situação existente entre a Administração Pública e os particulares. (SILVA, 2003)

O ponto principal desta doutrina é considerar a existência de relações jurídicas válidas entre a Administração Pública e os privados, e não simplesmente relações de poder, como pretendia a dogmática clássica liberal. Essas relações jurídicas, Administração Pública e particulares agem como sujeitos de direito, sendo ambos titulares de direitos e obrigações mútuas. A teoria da relação jurídica busca, portanto, ultrapassar os obstáculos da dogmática clássica do ato administrativo, posto que a referida corrente doutrinária demonstra uma "*magnitude*" bem superior que a ideia de ato, unificando todas as formas e instrumentos de ação do Estado com a sociedade. (SILVA,2003)

Para a teoria alemã, o conceito de relação jurídica (administração e cidadãos) consente em elucidar os vários vínculos jurídicos que existem entre a Administração Pública e os privados, antes e após a prática dos atos administrativos, estando umbilicalmente compatível com o Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2003)

Esta teoria, contextualiza a Administração Pública como o Estado Democrático de Direito, pois encontra na Constituição seus alicerces de legitimação dogmática. Dentro do espaço jurídico do Estado de Direito, a relação existente entre o Estado-Administração e os demais sujeitos de direito (sociedade, entidades sociais, iniciativa privada - empresa) é considerada atualmente muito mais uma "*relação jurídica*" de direitos e obrigações do que uma simples relação de "*poder*". (SILVA, 2003)

Em sintonia com esta ideia, o professor Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva apresenta os ensinamentos do jurista alemão HENKE:

A relação jurídica geral entre o cidadão e o Estado constituiria, portanto, uma espécie de relação quadro ou relação pressuposto, da qual decorrem posteriormente relações particularizadas, mas que não deve ser confundida com a clássica relação de poder. conforme escreve Henke, no Estado de Direito não ha lugar para relações de poder, pelo contrario, todas as relações entre o Estado e o cidadão são relações jurídicas. (SILVA:2003, 164p.)

O privado localiza-se diante da Administração Pública, não como um simples elemento do poder administrativo, um mero 'administrado', mas como um sujeito jurídico independente, que se encontra no contexto do direito em posição de igualdade com a Administração-Estado. Percebe-se que no contexto da teoria do direito a ideia de relação jurídica encontra-se diretamente ligada com a noção de direito subjetivo. (SILVA,2003)

Assim, dentro deste contexto, não prevalece o argumento da teoria clássica de que a posição da Administração Pública é diferente da posição do particular tendo em vista ser "*poder público*", encarregado de prevalecer o "*interesse público*".

Destarte, duas ideias importantes devem ser pontuadas para essa teoria. A primeira é refere-se que a execução dos interesses públicos por parte da Administração Pública nem sempre resulta no uso de ações autoritários, os denominados "*poderes administrativos*", principalmente quando se trata da proliferação de instrumentos de atuação não "*imperiais*". (SILVA, 2003)

A segunda compreende-se que mesmo quando a Administração-Estado tem de abandonar os "*poderes de autoridade*", principalmente quando se busca determinar ações de maneira unilateral, pratica sempre um "*poder jurídico*", sendo este ligado sempre na

conjuntura de uma relação jurídica administrativa mais abrangente e diversificada. Assim, perante estes "*poderes*", o privado é sempre possuidor de direitos subjetivos, determinados pelo ordenamento jurídico vigente.

Odete Medauar utiliza a terminologia de contrato administrativo para identificar a corrente alemã da relação jurídica e também segue o mesmo entendimento de protagonismo da referida teoria:

Por sua vez, o contrato administrativo, nas modalidades clássicas e nas múltiplas e diversificadas feições novas, que vem adquirindo recentemente, conquistou grande relevância na atuação administrativa, sobretudo ante o empenho de buscar acordo, consenso, negociação com particulares (e outras instituições públicas, a exemplo do ministério público), nos quadros da chamada administração consensual; neste modelagem, em síntese, em vez do uso da imposição unilateral, se busca obter prévia anuência dos particulares envolvidos na questão"(MEDAUAR; SCHIRATO: 2011, 34p.)

Assim, pode-se compreender que a relação jurídica existente entre a Administração Pública e os cidadãos não é mais vista como poder de império ao impor determinados direitos, mas sim bilateral onde ambos possuem direitos e obrigações, restando somente determinadas situações que o Estado necessita intervir através do poder de polícia para manter a ordem e a segurança institucional do Estado.

Após analisada a teoria alemã da relação jurídica, busca em seguida apresentar a dogmática italiana a qual determina o procedimento administrativo como o novo centro do Direito Administrativo.

#### **4 O PROCEDIMENTO COMO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

A outra teoria, de origem italiana, a qual possui como seus doutrinadores Nigro, Cassese, Pastori, Pericu, Pugliese, Cardì, enxerga no procedimento administrativo o terminologia nuclear do Direito Administrativo Moderno. Mario Nigro afirma a necessidade de absorção do ato administrativo dentro do contexto diverso das atividades mais difíceis e moduladas na relação entre a Administração e os particulares. Para o referido jurista a principal dificuldade do Direito Administrativo é problema do procedimento. (SILVA, 2003)

Realmente, a Administração Pública da atualidade, em suas questões com os privados, pode agir de duas simples maneiras. Uma de forma imperiosa e unilateral, onde atua de forma tradicional como a época clássica do liberalismo, a outra de maneira consensual ou bilateral, utilizando de técnicas contratuais do Direito Privado. Nas duas referidas situações de

atuação o procedimento administrativo é utilizado, pois regula ambas os casos de atuação administrativa, antecedendo a formação final do ato administrativo. (SILVA, 2003)

Desta forma, segundo o já mencionado professor português Vasco;

Na verdade, o procedimento administrativo regula a tomada de decisões autoritárias e unilaterais, mas também estabelece os comportamentos administrativos que antecedem a celebração de contratos, assim como determina as formalidades ou precauções a seguir em atuações administrativas de caráter técnico. O relacionamento entre a Administração e o particular desenrola-se, assim, no quadro de um procedimento administrativo, que estabelece regras, mais ou menos detalhadas, acerca da posição e dos comportamentos a adotar pelos sujeitos intervenientes. Desta forma, sendo esta perspectiva, o procedimento surgiria numa posição privilegiada para ocupar o lugar central da dogmática jurídico-administrativa, permitindo a compreensão de todos os fenômenos administrativos, que de tipo tradicional que correspondentes as novas modalidades de atuação da Administração. (SILVA: 2003, 154p.)

Tradicionalmente, o procedimento era examinado em razão do ato finalístico, que resultava em uma determinada decisão da Administração Pública. O procedimento administrativo era compreendido como um simples aparelho de trabalho do ato administrativo, e não como um instrumento jurídico autônomo, regulador da atuação administrativa. (SILVA, 2003)

No contexto atual do Direito Administrativo, a terminologia de procedimento procura a alterar conceito de ato administrativo como ponto nuclear deste ramo do direito público. O enfoco assim se altera, sai o ato e entra o procedimento.

Para esta dogmática italiana, que a cada dia ocupa mais espaço na doutrina brasileira, a ideia de procedimento administrativo proporciona importantes vantagens sobre o conceito de ato administrativo tendo em vista a dinâmica do Direito Administrativo atual. (SILVA, 2003)

A referida teoria possibilita uma padronização na atividade jurídica da Administração Pública, tendo em vista que o procedimento seria o instrumento comum a todos os segmentos e maneiras da atuação do Estado. Sendo de forma unilateral e imperiosa, ou de forma contratual e consensual, há a clara necessidade de existir um procedimento administrativo. Como exemplo deste movimento tem-se o aumento de normas sobre Procedimento Administrativo em vários países, inclusive no Brasil, como no caso da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A implementação do procedimento administrativo autoriza a fixar em um contexto mais amplo e complexo a integralidade da ação administrativa em suas variadas maneiras, assim como na sua relação com os privados ao longo de toda essa interação, e não simplesmente na circunstância final da formação do ato administrativo. (SILVA, 2003)

Odete Medauar também possui o entendimento de que o procedimento administrativo ganhou espaço no atual contexto do Direito Administrativo. Assim apresenta a referida professora:

Sem dúvida, o procedimento administrativo, que traduz os momentos antecedentes à formação de inúmeros atos administrativos, com a possibilidade de prévia atuação dos destinatários diretos e indiretos dos efeitos do ato, ganhou expressiva dimensão doutrinária, legislativa e jurisprudencial no ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro, sobretudo a partir da década de 90 do século XX, brilhando no cenário do Direito Administrativo contemporâneo. (MEDAUAR; SCHIRATO: 2011, 33p.)

Dentro desta perspectiva jurídico-política, de base democrática, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, o procedimento administrativo faz uma ligação entre autoridades administrativas e sujeitos particulares, autorizando a estes, em uma democracia participativa, influenciarem nas decisões da Administração Pública. (SILVA, 2003)

Destarte, após analisar a evolução e a atual situação do Direito Administrativo, importante demonstrar e conceituar as Parcerias Público-Privadas, instrumento este, criado dentro deste novo contexto de atuação da Administração Pública.

## **5 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA**

As Parcerias Público-Privada foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro como forma de viabilizar investimentos nas áreas de infraestrutura com a justificativa de necessária para o crescimento do país. A instituição do referido instrumento se deve em razão de um longo período de desestatização que se iniciou na década de 80 do século passado resultado da criação do Programa Nacional de Desestatização. (FORTINI, 2009)

Neste sentido as PPP's foram empregadas em outros países como forma de conjugar o controle estatal sobre a atuação privada, sem contudo, da forma existente no modelo tradicional (concessão comum), em que os riscos seriam mitigados pelo parceiro privado. (FORTINI, 2009)

As Parcerias Público-Privadas se distingue das outras modalidades de concessão e contratos administrativos, essencialmente por três principais aspectos: (i) contraprestação em dinheiro do parceiro privado é garantida e assumida pelo Estado; (ii) contrato de longa duração, média de superior a 20 (vinte) anos; (iii) a remuneração é vinculada diretamente ao desempenho na prestação do serviço público. (ENEI, 2007)

Em relação contraprestação da iniciativa privada nos contratos administrativos de Parceria Público-Privada, o Estado admite a obrigação de pagar total ou parcialmente ao setor privado, ou assegurar o pagamento mínimo de remuneração, nas hipóteses em que as demais fontes de renda não sejam suficientes. Essa característica visa minimizar os riscos tarifários, de demanda e de mercado, o que de certa forma, confere maior viabilidade econômica a essa modalidade de contratação administrativa (ENEI, 2007)

Quanto à especialidade de ser um contrato de longo prazo, o Estado poderá executar o pagamento da contraprestação do setor privado ao longo da validade do contrato administrativo, à medida que os serviços contratados são prestados, através de concessão especial, administrativa ou patrocinada, como se apresentará ainda nesta pesquisa. (ENEI, 2007)

Em relação ao terceiro ponto acima apresentado que distingue a Parceria Público-Privada dos outros contratos administrativos seria quanto à vinculação do pagamento ao desempenho da iniciativa privada na execução dos serviços públicos. A contraprestação pecuniária somente será paga caso a iniciativa privada, em cada período de apuração, efetue a prestação do serviço público a tempo e modo adequados. Nos contratos de PPP o pagamento pode ser de natureza variável de acordo com a pontuação na execução do serviço público, conforme quesitos de qualidade e performance, previamente objetivados à época de adjudicação do contrato administrativo. (ENEI, 2007)

Importante ainda destacar o posicionamento do professor Roberto Caldas sobre a característica excepcional e extraordinária das Parcerias Público-Privadas no Brasil. Assim, descreve o referido autor:

“No Brasil, essa forma de parceria entre o setor público e o setor privado é, cabe salientar, sempre de caráter excepcional e subsidiário, ou seja, por não se ter possível sua conformação pelo meio tradicional das concessões públicas, ou das empreitadas, ante a ausência de interesse dos privados investirem seus capitais (pela baixa taxa de retorno financeiro e alto risco – econômico, regulatório e político – de malogro envolvidos nos projetos, a implicarem a impossibilidade de lhes transferir integralmente o ônus econômico da prestação do serviço público – precedido ou ao de

obra pública) e os recursos públicos de investimento serem insuficientes, consoante, inclusive, reconhecido por alguns relatórios internacionais a respeito.(CALDAS: 2011, 188p.)

Por este motivo bem justificado pelo referido autor, identifica-se a necessidade de se adequar a excepcionalidade dos contratos de PPP a um novo centro do Direito Administrativo, pois as suas características peculiares não mais condizem à teoria do Ato Administrativo acima apresentada.

Assim, diante destes três pontos apontados já se consegue perceber a proximidade dos contratos de PPP com as teorias italiana e alemã, pois há um procedimento administrativo muito específico antes e depois da celebração do contrato como também há uma relação de equilíbrio na celebração das obrigações contratuais e prestação das garantias.

Após breve comentário quanto à origem e as diferenças dos contratos de PPP, apresenta-se as especificações das duas modalidades de concessões especiais, a patrocinada e administrativa, em que ficará ainda mais claro a contextualização destas duas teorias referente ao novo centro do Direito Administrativo.

## **5.1 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA - BREVES CONSIDERAÇÕES**

O parágrafo 2º do artigo 2º da lei 11.079/2004, assim demonstra o conceito terminológico de concessão administrativa: "*Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.*" (BRASIL, 2004)

A aludida modalidade peculiar de contratação administrativa se aproxima do conceito jurídico da concessão comum regulamentada pela lei 8987/95, no entanto se distingue em relação ao prazo de vigência do contrato. A concessão administrativa regulada pela lei 11.079/04 carece de prazos longos, superior a 5 anos e inferior a 35 anos, pois exigem do parceiro privado amplos investimentos em infraestrutura para prestação do serviço público. Já a lei 8.666/93 determina que o contrato administrativo deverá ser celebrado no prazo não superior a 5 anos. (RIBEIRO; PRADO, 2007)

Nos contratos administrativos celebrados na modalidade de concessão administrativa a iniciativa privada assume somente a execução material da atividade prestada ao Estado, pois este que detém a gestão do serviço. Nesta hipótese de contratação a remuneração integral pela execução da atividade contratada fica a cargo do poder público. (DI PIETRO, 2005).

Para professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a concessão administrativa é uma terceirização de serviços públicos. Assim apresenta em sua obra:

Trata-se de terceirização de serviços públicos. Não é simplesmente a terceirização sob forma de empreitada de obra, de serviço ou fornecimento (porque isto está vedado expressamente pelo artigo 2º parágrafo 4º, III, da lei nº 11.079). É a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens. (DI PIETRO, 2005, 169p.)

Quanto ao elemento da concessão administrativa, esse poderá ser referente à prestação de serviço onde a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, abrangendo a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Quando a atividade concedida for executada diretamente, serão considerados tomados pela Administração, destinando diretamente aos administrados, figurando o Estado com usuário indireto. No entanto, importante destacar que é vedado a utilização deste modelo de concessão que tenha por objeto único o fornecimento de mão de obra, o inciso III do parágrafo 4º do art. 2º da Lei n. 11079/2004. (GUIMARÃES, 2012)

Diante de analisar o maior número de contratos celebrados no Brasil, verifica-se que a Parceria Público-Privada na modalidade de concessão administrativa é a mais flexível, pois apresenta uma série de possibilidades de contratação onde o parceiro privado pode atuar com qualidade e eficiência.

## **5.2 CONCESSÃO PATROCINADA - BREVES CONSIDERAÇÕES**

A concessão patrocinada é outra modalidade de contratação pública também regida pela lei 11079/2004. Seu conceito jurídico está presente no artigo 2º, parágrafo 1º da referida espécie normativa:

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. (BRASIL, 2004)

Neste modelo de contratação pública o próprio legislador apresenta a diferença existente entre a concessão tradicional regulada pela lei 8987/95 quando afirma que no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, não constitui Parceria Público-Privada, a concessão comum, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (DI PIETRO, 2005)

Assim, a concessão patrocinada pode ser compreendida como sendo contrato administrativo em que a Administração Pública delega a iniciativa privada a execução de

serviço público, precedida ou não de obra pública, para que atue mediante tarifa ou preço público paga pelo usuário mais a complementação da remuneração pecuniária efetuada pelo parceiro público. (DI PIETRO, 2005)

Quanto a este tema, Fernando Vernalha Guimarães melhor apresenta a conceituação da referida concessão especial:

A concessão patrocinada é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração. Configura-se como uma concessão (comum) de obra (execução de obra pública seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário) ou de serviço público (delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários, precedida ou não da execução de obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (GUIMARÃES, 2012, 89 p.)

O mencionado autor, afirma ainda que para a configuração da concessão patrocinada, necessariamente deverá existir a presença de três elementos, quais sejam: (i) delegação da gestão do serviço público; (ii) aplicação do sistema de cobrança de tarifa ou preço público do usuário e (iii) contraprestação pecuniária provida pelo Estado a qual integra a remuneração do parceiro privado. (GUIMARÃES, 2012)

Segundo Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, a concessão patrocinada é uma concessão comum de serviço público em que a Administração é autorizada a efetuar a contraprestação pública. Nas palavras dos autores:

Portanto, a concessão patrocinada é apenas uma concessão comum de serviço público que permite o pagamento pela Administração de uma contraprestação pública. Esse pagamento destina-se a tornar viável a implementação de projetos de concessão de serviço público que não são aptos a gerar pela mera cobrança de tarifa do usuário as receitas adequadas à remuneração do investimento. (RIBEIRO;PRADO, 2007, 65p.)

Deste modo, verifica-se que a principal diferença da concessão patrocinada para administrativa é referente cobrança por meio de tarifa ou preço público do usuário.

Assim, constata-se que a concessão patrocinada não é tanto utilizada quanto a administrativa, pois para sua existência, necessita obrigatoriamente de pagamento de tarifa ou preço público do usuário, sendo que, na maioria dos objetos nos contratos de PPP, são inviáveis esse tipo de cobrança. Imaginemos o caso dos seguintes projetos de concessão administrativa: Hospital do Subúrbio em Salvador, de ampliação do sistema do Rio Manso em Minas Gerais e na PPP do Centro Administrativo de Pernambuco. Em nenhum dos referidos projetos seria materialmente possível cobrar tarifa pela execução dos serviços públicos prestados, pois o Estado se encontra como usuário direto e/ou indireto.

Após análise das duas modalidades específicas de contratação por Parceria Público-Privada, verifica-se a contextualização clara das duas teorias anteriormente apresentada, pois tanto na concessão administrativa quanto na patrocinada, há demonstrações de um procedimento administrativo que visa aproximar a iniciativa privada na prestação do serviço público bem como uma relação jurídica que propicia certa igualdade de direitos e obrigações entre o poder público e o parceiro privado.

## 6 CONCLUSÃO

É claro e evidente que o Direito Administrativo da atualidade está passando por diversas mudanças e alterações de seus paradigmas. Isso se deve ao fato de que a sociedade está a cada dia mais organizada e preocupada em dar efetividade à atuação da Administração Pública.

Conforme demonstrado neste trabalho, ao longo da história, o Direito Administrativo evoluiu em consonância com as necessidades apresentadas por todos os “atores” que integram a unidade do Estado (Administração Pública, Poderes Constituídos, Povo).

No entanto, dentro do atual contexto em que vivemos a sociedade civil ganha espaço na atuação conjunta com a Administração Pública na busca de efetividade e prestação dos Direitos Fundamentais explícitos na Constituição da República de 1988. Essa participação dos particulares na “*vida pública*” é resultado do enfraquecimento do Estado-Pretador institucionalizado à época do Estado Social.

Assim, na perspectiva de implementação de uma administração pública gerencial fundamentada no princípio da subsidiariedade<sup>8</sup>, encontramos as duas teorias, alemã e italiana, como alternativas de evolução do estágio do Ato Administrativo, pois ambas propõe uma maior complementação para as atuais ações promovidas e instituídas pelo Estado.

E dentro deste contexto, encontramos as Parcerias Público-Privadas como um instrumento criado para dar implementação aos novos paradigmas do Direito Administrativo apresentados neste trabalho. Isso se deve ao fato de que como exposto, os contratos administrativos celebrados nas duas modalidades especiais de concessão, diminuem a

---

<sup>8</sup> Tema de grande importância que não foi abordado com detalhes neste trabalho, mas que pode ser conferido em NETO, Diogo de Figueiredo Neto (org). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 685p. Análise crítica quanto ao princípio da subsidiariedade pode ser encontrada na seguinte obra: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

diferença entre o particular e administração pública, colocando-os em paridades de direitos e obrigações, respeitando todo um procedimento administrativo rigoroso para celebração do contrato como também para sua fiscalização e controle.

Assim, podemos concluir que as Parcerias Público-Privadas são um grande reflexo da evolução do Direito Administrativo na perspectiva de sua alteração do núcleo central dogmático seja para qualquer uma das teorias apresentadas, tendo sua aplicação pautada e direcionada para a manutenção e efetividade dos preceitos Constitucionais do Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Direito Administrativo e seus paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

ATHAYDE, Luiz; GUSMÃO, Gustavo; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. *Parcerias Público-Privadas*. in: VILHENA, Renata. (org.) *O Choque de Gestão em Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. 363p.

BARBERA, Augusto. *Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo*. Lecce: Laterza, 2011. 314 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

BORGES, Luiz Ferreira. *Parceria público-privada: análise do projeto brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. 162 p.

CALDAS, Roberto, *Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 312p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1512 p.

CASTRO, José Augusto Dias de Timm. *Estudo sobre as parcerias público-privadas*. Belo Horizonte, 1999. 47 p.

CAVALCANTI, Marly. *Gestão social, estratégias e parcerias : redescobrimo a essência da administração brasileira de comunidades para o terceiro setor*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 321 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876p.

- ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance : financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007. 442 p.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009, 408p.
- FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos - Franquia, Concessão, Permissão e PPP - 2ª Ed.* São Paulo: Atlas, 2009. 166p.
- 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. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. 439 p.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55p.
- MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 4. ed. Roma: Laterza, 2006. 551 p.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1127 p.
- MODESTO, Paulo. *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2009. 346p.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 481p.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões & parcerias : concessões e permissões tradicionais - Lei 8.987/95 ; parcerias público-privadas - Lei 11.079/04*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. xx, 658p
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. São Paulo: Saraiva, 2010. 489 p
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. 314 p.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Crise do Estado. Ensaio Sobre a Economia Brasileira*. São Paulo: Nobel, 1996.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Economia Brasileira*. São Paulo: Ed. 34, 1998 224 p.
- PINTO, Marcos Barbosa. *Função econômica das parcerias público-privadas*. São Paulo: LTr, 1999. 229 p.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à lei de PPP - Parceria Público-Privada : fundamentos econômico-jurídicos*. v São Paulo: Malheiros, 2007. 477 p

SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 256p.

SILVA, José Afonso. *Comentários Contextual à Constituição*. 5ªed. São Paulo: Mandamentos, 2007. 1027p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. 777p.

SHINOHARA, Daniel Yoshio. *Parceiras público-privadas no Brasil*. São Paulo Malheiros, 2005. 684 p

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias publica-privadas*. São Paulo Malheiros, 2005. 684 p

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. *Mecanismos de atuação estatal - as parcerias público-privadas (PPPs)* Belo Horizonte, 2006. 116 p