

O FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA VISANDO O DESENVOLVIMENTO SOCIAL. UMA NOVA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA ATRAVÉS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.

Jean Colbert Dias¹

RESUMO: A parceria público-privada foi regulamentada no Brasil através da Lei nº 11.079/2004, apresentando um novo modelo de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada, permitindo-lhes a aproximação legal e ética para montagem de projetos de infraestrutura para atendimento do interesse público e atingimento dos anseios da atividade empresarial. O contrabalanceamento dos interesses do parceiro público e do parceiro privado podem ser cotejados de forma antecipada, com a finalidade de viabilizar ou não a futura implantação de projeto de infraestrutura, sem que isso macule a licitude e o próprio interesse público. Será abordado o atual enfoque socioeconômico da empresa em contraposição à tradicional análise da sua função social. O trabalho analisará os efeitos que o fomento à atividade empresarial, através da parceria público-privada, pode ressoar ao desenvolvimento social.

Palavras Chave: Parceria Público-Privada, Fomento, Atividade Empresarial, Desenvolvimento Social.

THE PROMOTION OF ENTREPRENEURIAL ACTIVITY IN VIEWING SOCIAL DEVELOPMENT. A NEW STATE-COMPANY RELATIONSHIP THROUGH PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP.

ABSTRACT: The public-private partnership was regulated in Brazil through Law No. 11,079 / 2004, presenting a new model of relationship between the State and the private sector, allowing them a legal and ethical approach to set up infrastructure projects to serve the public interest and attainment of business yearning. The counterbalancing of the interests of the public partner and the private partner can be compared in advance, with the purpose of enabling or not the future implementation of infrastructure project, without this tarnishing the lawfulness and the public interest itself. The current socio-economic approach of the company will be approached as opposed to the traditional analysis of its social function. The study will analyze the effects that fostering business activity, through public-private partnership, may resonate with social development.

Key-Words: Public-private partnership, Development, Business Activity, Social development.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Contato: jean@diasferreiraadvogados.com.br.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo contextualizar o grau de intervenção do Estado nas relações empresariais, partindo do modelo de Estado Liberal que confere ampla liberdade individual e prega a mínima imposição de limites pelo Governo, onde a lei é exatamente o freio que deve ser imposto à atividade estatal.

Na sequência também será esmiuçado o modelo de Estado Social que prega a proeminência do poder do Estado em detrimento dos interesses e liberdades individuais, delegando à administração pública o controle e a concentração dos serviços públicos em favor da classe proletária, os quais são denominados direitos de primeira e segunda geração.

Após atingir a definição e clareza necessárias entre os dois modelos de Estado defendidos com igual razão por seus adeptos, surge a necessidade de avançar muitas casas na história político-jurídica do Brasil e discorrer especificamente acerca do relacionamento entre o Estado e a empresa.

Como marco referencial à análise da relação Estado-empresa, será utilizada a Lei nº 11.079/2004 que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, usando como parâmetro as relações havidas anteriormente a sobredita lei e o atual contexto jurídico e político que entremeiam o instituto jurídico citado.

A parceria público-privada será analisada sob o prisma da aproximação do Estado e a empresa no tocante a definição de projetos de infraestrutura que o setor público não consegue absorver por carência de recursos públicos, cujos serviços e obras sublinham o interesse público.

Uma nova ótica sobre a relação Estado-empresa surge com a adequação dos anseios públicos derivados da necessidade de serviços eficientes atrelados à conveniência econômica para o empreendedor.

O correlacionamento e o atendimento dos interesses público e privado serão sopesados para atender não só ao interesse do Estado, mas o próprio fomento da atividade empresarial como meio para o desenvolvimento social do país, em cumprimento da função social como premissa fundamente da defesa da empresa e sua preservação como fonte de geração de empregos, arrecadação de tributos e contribuições, além, de manancial provedor de lucro ao empreendedor.

Para tanto será necessário desvelar também a temática da segurança jurídica do contrato de parceria público-privada, notadamente as garantias que devem ser prestadas pelos parceiros para gerar a solidez necessária, especialmente apontando os maiores entraves e dificuldades que o Estado possui na confecção e manutenção desta relação de forma harmônica e equilibrada, especificamente sob o prisma econômico-financeiro.

1. O ESTADO LIBERAL *VERSUS* O ESTADO SOCIAL

O modelo puro de Estado liberal prevê basicamente a atuação limitada do Governo e a preponderância das liberdades individuais, permitindo ao indivíduo agir até os limites impostos pela lei, ou seja, abrindo sua esfera de atuação na seara do que não é proscrito por ela.

Neste modelo de Estado há obviamente um conflito entre os interesses estatais que são impostos pelo titular do poder e entre os indivíduos que lutam pela manutenção e até a ampliação de suas liberdades, pois é o cerne deste modelo.

É muito marcante o papel da lei no Estado Liberal, a qual ao invés de impor limites demasiados ao cidadão, funciona como freios à atividade do próprio titular do poder e conseqüentemente do Governo. As tendências de abusos geram tensão entre os direitos fundamentais e a tentativa do Governo de ultrapassar sua linha de atuação delimitada pela lei.

O estereótipo de um Estado liberal na sua acepção mais cristalina não se mostra adequado ao sistema econômico atual, pelo menos no Brasil, tendo em vista que a liberdade em demasia pode causar desequilíbrios sociais por conta da proeminência financeira que permeia as relações pessoais e certamente, em especial, as relações comerciais onde o poder econômico é a mola mestra do próprio sistema.

Especificamente nas relações negociais entre as empresas que urge a participação do Estado como regulador da atividade comercial, tendo em foco que as grandes corporações detêm parcela significativa do mercado mundial e tentam de todo modo impor suas vontades e aspirações, as vezes desmedidas, pelo alcance do lucro a qualquer custo.

A busca pelo custo cada vez menor na produção solavanca problemas sociais em países periféricos, onde mão de obra barata é abundante e os controles

sociais e econômicos das atividades empresariais não encontra resistência governamental, inclusive permitindo violações a direitos humanos, desrespeitos gritantes à preservação do meio ambiente e a salubridade no trabalho, como se vislumbra na China e Índia exemplos clamorosos.

Por outro lado, nos moldes do estereótipo do Estado Social onde o Governo exerce o poder através do nascimento, do que se conhece hoje, como administração pública, permanecendo o respeito às liberdades individuais e direitos fundamentais, entretanto, alterando a configuração no tocante a liberdade de agir do cidadão e logicamente da atividade empresarial, já que os limites da lei são mais estreitos e limitados que no desenho de Estado liberal.

No Estado social, da convivência Estado-indivíduo brota uma relação jurídica de dever *versus* direito, germinando uma nova geração de direitos que se alinham aos direitos individuais, como os direitos sociais que devem ser garantidos pelo Estado, dentre outros.

Na modelagem de Estado social ocorre a juridicização da relação governo e cidadão que antes era apenas política, transmutando esta relação para uma relação jurídica de direito e dever. Não só os abusos de governo são considerados ilegais, mas agora a omissão do Estado diante do não cumprimento de um dever passa a ser ilegal.

Muitas outras mudanças são proporcionadas pelo Estado social e seus reflexos são evidentes nos conflitos do cidadão com o Estado, reinventando a participação do Poder Judiciário neste viés, certamente com o fortalecimento deste Poder como meio de suprir as omissões do próprio Estado, com a finalidade de salvaguardar os interesses do cidadão. Inclusive, por conta disso, o Poder Judiciário passa paulatinamente a invadir a esfera de atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, nascendo os fenômenos conhecidos como judicialização das questões políticas e o ativismo judicial, cuja temática deste artigo não permitirá o aprofundamento neste enredo.

Na visão de Renato Alessi² o interesse público passa a ter novo enfoque, onde o interesse primário está em atender a comunidade e o Governo passa a ser tratado de forma secundária, situação que exatamente delimita a relação conflituosa entre o interesse público e o interesse privado, com destaque ao primeiro.

² ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

Apesar da proeminência do interesse público em face do interesse privado, o autor acima citado esclarece que o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o interesse geral da coletividade, ou seja, que o interesse público não é exclusivamente um interesse do Estado, inclusive distinguiu o interesse público primário do interesse público secundário.

Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma a teoria sustentada por ALESSI:

Também assim melhor se compreenderá a distinção correta da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são interesses de toda coletividade como um todo – e interesse secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.³

Luís Roberto Barroso distingue o interesse público primário e o secundário:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, que se trata de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.⁴

Noutro esboço há o interesse do próprio Estado na manutenção da sustentabilidade, do equilíbrio e harmonia quando lança e arrecada tributos em contrapartida prestando serviços públicos de qualidade, ou seja, o objetivo deveria ser a estruturação de uma relação saudável entre o interesse público e o interesse do Estado, além da manutenção de certas liberdades individuais e da própria livre iniciativa para fomentar e dar vida à atividade empresarial.

Num desenho de Estado social puro há sempre a tentativa de se aniquilar e suplantando o interesse particular em face do interesse público, como por exemplo, garantir irrestrito acesso aos serviços de saúde, educação de qualidade, dentre outros direitos individuais e sociais, até outros, como o direito ao meio ambiente preservado, surgindo uma nova seara de direitos nominados difusos e coletivos.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 44.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

Centralizando agora nos serviços públicos, que será oportunamente o ponto nevrálgico deste trabalho, passam a ser, de acordo com o art. 37, § 6º da Constituição Federal⁵, o instrumento para atender, em sentido *lato*, o interesse público e o próprio interesse estatal.

Em sentido estrito, os serviços públicos tendem a limitar a atividade individual e conseqüentemente a atividade empresarial, surgindo como seu meio de execução o poder de polícia, a intervenção nas relações de mercado e o fomento a determinadas atividades privadas que ressoam positivamente à coletividade.

Com este pensamento que o trabalho em voga afastará as visões puritanas no tocante aos modelos de Estado, seja ele liberal ou social, sendo lançado um novo olhar acerca da interação da iniciativa privada com o poder público, traçando a possibilidade de um cenário harmônico e frutífero na relação público-privada que proporcione desenvolvimento social.

Não há defesa da interferência estatal nas relações de comércio de forma absoluta, até porque pode causar abalos desnecessários no mercado financeiro e prejudicar sobremaneira a livre concorrência e seus efeitos lógicos ao consumidor.

O artigo se afastará das simples relações de mercado privado e não se imbricará nos assuntos estritos atividade empresarial, mas alinhar o discurso acerca da relação do Estado com a iniciativa privada, perpassando e superando o modelo simplista do “Estado cliente” na qualidade de adquirente de produtos ou consumidor de serviços privados, discorrendo sobre a prestação de serviços públicos puros e aqueles que são prestados pela iniciativa privada, de forma delegada pelo Poder Público, valendo-se como premissa o cotejo as concessões até o surgimento da Lei de parcerias público-privadas e a nova roupagem que as concessões receberam após este marco legislativo.

2. A RELAÇÃO TRADICIONAL DO ESTADO COM A EMPRESA

Interessará a partir desta etapa do estudo o contexto histórico acerca da relação político-jurídica do Estado com a empresa, definindo qual a modelam contratual e o relacionamento do ente público com a empresa privada como

⁵ BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

fornecedora de produtos, prestadora de serviços e concessionária de serviços públicos.

O primeiro subitem deste tópico tratará da convivência entre o Estado e a empresa fornecedora de produtos e prestadora de serviços ao próprio Estado.

No subitem posterior será examinado o relacionamento e peculiaridades entre o Estado e a empresa como concessionária de serviços públicos, definindo como marco final da tratativa a Lei nº 11.079/2004, que introduziu no sistema jurídico pátrio a parceria público-privada, em que pese grande parte da legislação vigente sobre concessões ter sido mantida intacta após a edição da sobredita lei.

2.1. EMPRESA FORNECEDORA DE PRODUTOS E PRESTADORA DE SERVIÇOS

A forma mais comum das relações Estado-empresa se presencia quando o poder público busca o setor privado para atender suas necessidades prementes, geralmente para consumo interno e para manutenção da própria estrutura administrativa, com a finalidade de estruturar e dar condições para o bom funcionamento da máquina administrativa.

Essa forma basilar de contratação normalmente se dá através do cumprimento das normas e procedimentos da Lei nº 8.666/93⁶, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Mesmo que seja razoável a complexidade da relação Estado-empresa, certamente ela estará permeada por inúmeras intempéries políticas e econômicas, muitas delas quedando em infundáveis ações judiciais, sem contar com os descabros que rotineiramente borbulham na imprensa sobre atos suspeitos ou corrupção envolvendo contratos com o poder público. Nesta ocasião haverá trato apenas das questões legais envolvendo esta relação, não merecendo maiores elucubrações acerca do tema espúrio.

Adiante também se percebe que existem críticos veementes acerca da antiquada legislação afeta ao tema, inclusive existem vozes que atribuem o excesso de burocracia e as falhas procedimentais comuns às licitações devido ao enrijecimento do texto legal e a pouca abertura às modernas formas de comércio e de contratação, como exemplo as compras pela *internet* e o uso de meios de

⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

pagamentos alternativos pelo Estado, como cartões de débito e crédito, cuja culpa não pode ser atribuída exclusivamente a Lei de Licitações, mas a Lei de Responsabilidade Fiscal e demais instrumentos legais que norteiam o cumprimento orçamentário e o desembolso financeiro do setor público.

Foi crucial tecer os comentários acima para concluir que normalmente o enlace Estado-empresa, nestas ocasiões, está ancorado numa relação de consumo de produtos ou serviços, em que pese não se adequar à matizes do Código do Consumidor por suas características peculiares.

Quando a empresa se dispõe a participar de um certamente licitatório almejando se tornar fornecedora de produtos ou serviços ao poder público, encontra um modelo padrão de edital de licitação, de propostas, de declarações, uniformização de contratos e até a delimitação do preço que o setor público pretende pagar pelo fornecimento, cabendo ao empresário anuir ou não as condições impostas na licitação e disputar com a melhor proposta financeira para quedar-se vencedor no certame, exceto nos casos em que a técnica esteja aliada ao preço.

A relação de submissão da empresa em face do poder público é evidente, restando a primeira cumprir com fidelidade as previsões contratuais e estar disposta, em determinadas situações, surgindo as hipóteses do “fato do príncipe” em favor do poder público, ter seu contrato rescindido independentemente dos prejuízos que possam advir com a ruptura, ressalvadas situações excepcionais, mas sem previsão de cobertura dos danos emergentes e as expectativas contratuais que poderiam resultar em lucro futuro. Por outro lado, não há previsão de guarida legal ou contratual que proteja de igual maneira a empresa, tudo isso, lastrado na cláusula geral que surge ao talante do gestor público chamada de “interesse público”, que na verdade não passa de “interesse do Estado”.

Por outro espeque emerge em favor da empresa o “fato da administração”, apesar da doutrina claudicar no tocante a amplitude desta cláusula nos contratos administrativos.

Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado.⁷

Por isso, resta como atitude prudente da empresa optar pelo cumprimento da integralidade do contrato - geralmente de adesão, apesar da nomenclatura não ser usada oficialmente - que assinou com o poder público e em situações extraordinárias buscar compensar o desequilíbrio contratual vislumbrado diante de algum imprevisto financeiro, não raro gerado pela própria instabilidade econômica do país, que pode resultar no aumento de impostos ou consistir em crises políticas rotineiras, ainda, quando há perdas inflacionárias apontadas por índices oficiais de atualização monetária.

É perceptível que a relação Estado-empresa é superficial e como já dito alhures, literalmente uma relação de submissão e incertezas, sendo que, salvo nos casos de promiscuidade desta relação, a insegurança jurídica é muito maior para o lado da empresa se comparada com a posição privilegiada do poder público.

E pior, caso ocorram conflitos contratuais que resultem em ação judicial, além dos infundáveis anos de processo e inúmeros recursos processuais que o ente público pode se valer, o mais desolador deles é optar pelo não pagamento da contraprestação a empresa, mesmo reconhecida em juízo, relegando a satisfação do débito através da expedição de um precatório.

Em suma, a empresa nacional e estrangeira já estão adaptadas a esta realidade, por isso, quando se submetem a regra do jogo atual, já estão desatendendo exatamente ao interesse público que deveria permear os contratos com o poder público, pois amoldam seus prováveis prejuízos ao preço gerado pelo cenário negativo imperante, sendo que nos casos que há regular cumprimento dos contratos com o poder público, os preços normalmente são superiores aos praticados no mercado e alçam suspeitas de superfaturamento e ilicitudes, as quais não saem dos noticiários de jornais e revista do país.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.325.

2.2. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Noutra seara de convivência Estado-empresa estão as concessões de serviços e de obras públicas. A legislação alusiva ao tema foi alterada com a entrada em vigor da Lei nº 11.079/2004, evidenciando que parceria público-privada admite somente as modalidades de concessões patrocinada e administrativa, restando os demais casos enquadrados como concessão comum, que são disciplinados na Lei nº 8.987/95 e licitados na forma da Lei nº 8.666/93.

Acerca da concessão pública Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁸

Mesmo nos casos que o Estado delega ao setor privado a prestação de um serviço público ou repassa a responsabilidade pela consecução de obra pública, a relação não é de equilíbrio e condições jurídicas propícias a firmar segurança jurídica plena ao setor privado, em particular acerca dos danos futuros e lucros cessantes.

De igual forma que os contratos administrativos típicos para fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços, o procedimental e as regras contratuais são parecidos com aqueles explicitados no tópico anterior, remanescendo ao Poder Público inúmeras evasivas legais que lhe permitem rescindir, rever e mesmo encampar contratos (obras e serviços), por exemplo.

Logicamente que não é tão simples dar cabo a uma concessão para atender ao talante do administrador público, estando latente o exemplo das concessões de estradas pedagiadas, cujos contratos preveem multas e garantias significativas favoráveis aos concessionários.

Remeter ao conceito de concessão comum, como assim foi batizada após edição da Lei da parceria público-privada, é crucial para ingressar posteriormente à nova realidade político-jurídica que se apresenta no Brasil, numa clara tentativa de

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 725–726.

aparar arestas entre o setor público e o setor privado como mote a dar novos contornos e relevos a esta convivência, elevando a outro patamar o que se entende por concessão de serviços e obras públicas, seja na modalidade comum ou nas espécimes de concessões administrativa e patrocinada.

A lógica do raciocínio que se emprega neste texto é muito maior que a simples confecção de garantias em favor da empresa, é muito mais que segurança jurídica, sobretudo os reflexos que o fomento à atividade empresária gera ao desenvolvimento social do país, avaliando o quão será positiva a aproximação sadia entre o Estado e empresa, ainda, como isso pode proporcionar infraestrutura e serviços de qualidade à população.

2.3. A FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA DA EMPRESA

Resgatando o que foi exposto na abertura deste estudo, não há defesa de um modelo de Estado liberal onde a iniciativa privada, neste particular a empresa, se amealhe de ampla liberdade e esteja adstrita somente ao que está proscrito na lei, tampouco se sustenta um protótipo de Estado social puro onde caberia ao governo ser paternalista em todas as ocasiões, inclusive permitindo a extirpação de direitos e de liberdades negociais somente para firmar a hegemonia dos aspectos sociais, como por exemplo o sacrifício econômico da empresa para salvaguardar postos de emprego.

Cabe aqui citar DAL POZZO⁹ quando sobreleva a função socioeconômica da empresa, na ocasião que ela atravessa um período de crise, desvelando a falsa premissa que dá sustentáculo ao princípio da preservação da empresa lastrado apenas na sua função social:

Do excerto se pode depreender, portanto, que a *ratio* da recuperação é a função social adstrita ao exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, à luz dos danos potenciais que sua extinção acarreta, ainda que em prejuízo dos credores que terão seus direitos alterados. Sobreleva o aspecto implícito da função social da empresa, dele derivando o princípio da preservação.

⁹ DAL POZZO, Emerson Luís. **Da Função Social à Função Socioeconômica: Função Social da Empresa e Recuperação Judicial**. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 176.

A posição doutrinária acima citada é a correlata com a expressão de Eduardo Goulart Pimenta, que analisa o processo de recuperação da empresa sob a ótica da conjugação da viabilidade econômica com a social:

Note-se que, em parte, a viabilidade econômica se conjuga com a social, razão pela qual incumbe a dupla análise, permitindo concluir que será racionalmente justificável a recuperação de uma empresa se e *somente se* os custos sociais da recuperação forem menores do que os custos sociais da falência.¹⁰

Tem lógica citar os referidos autores para evidenciar que a empresa não sobrevive apenas motivada por questões sociais e seus reflexos ao cidadão, mas por objetivar a circulação de riquezas e gerar lucro ao empresário, mesmo que isso pareça doer aos ouvidos dos avessos ao capitalismo, na mais pura acepção do termo.

A empresa quando se dispõe a concorrer num certame licitatório e manter com o Estado uma relação contratual, certamente vislumbra obter lucro com o negócio, seja mediante o simples fornecimento de mercadorias até o alinhamento de concessão para prestação de determinado serviço público.

Persiste, infelizmente, uma falsa percepção que somente é lícito deduzir que a empresa mantenha relacionamento negocial com o Estado exclusivamente para atender o interesse público, por vezes apenas o interesse do Estado, ou para cumprir sua função social gerando empregos, arrecadando tributos e contribuições.

Aliado a todas as reverberações sociais que a empresa normalmente é geradora, está coligada a acumulação de riqueza e circulação de renda, num processo natural que a livre iniciativa e a concorrência autorizam e dão sustentáculo ao exercício da atividade empresarial, inclusive com guarida constitucional correlata à função social.

A visão moderna acerca da empresa e seu papel socioeconômico devem blindar sua relação com o Estado, não só enxergada como fonte arrecadadora de tributos e contribuições, além de gerar postos de trabalho, contudo, como uma peça importante e crucial no desenvolvimento econômico e social do país.

¹⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Os limites do direito de voto em recuperação de empresas.** Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013, p. 180.

A equivalência de direitos e os desequilíbrios contratuais não podem pesar apenas sobre os ombros do empreendedor, meramente porque no outro flanco do contrato está o Estado, ancorado, muitas vezes, na aplicação a qualquer custo da falsa premissa do interesse público em prejuízo à atividade empresarial, deslembrando do equilíbrio econômico-financeiro que deve traspasar esta relação e consequentemente reconhecer a sua importância para o desenvolvimento social.

A empresa antes servil as vontades do Estado, hodiernamente pode reequilibrar as posições, também sendo a recíproca verdadeira, por este motivo, houve a busca da modelagem de parceria público-privada inspirada na legislação do Reino Unido, introduzindo outro patamar de relacionamento Estado-empresa com a instituição da Lei nº 11.079/2004, cujo cenário coloca a empresa e o Estado, pelo menos na mesma mesa, para discutir e planejar obras e serviços de interesse público, os quais podem ser executados sem o emprego de verbas públicas em troca de garantia de retorno financeiro ao investidor (parceiro privado), explorando e cobrando por determinado serviço ou recebendo valores específicos que antes eram cooptados apenas aos cofres públicos.

O atual modelo de concessões administrativas e patrocinadas apenas deixou evidente o que já era realidade, pois o lucro é lícito e deve ocorrer nas relações Estado-empresa, apenas precisando ser devidamente distribuído e compensado entre a eficiência do serviço prestado ou qualidade da obra executada com o devida contraprestação financeira, tudo interligado com o cálculo do equilíbrio-econômico financeiro e as garantias contratuais, para que no futuro ambas as partes não venham a ser prejudicadas, deixando de lado a relação fria e distante que imperava na maioria dos contratos administrativos e a falta de clareza que geravam desconfiança do próprio cidadão.

Finalizando este subitem para ingressar em um novo panorama da relação Estado-empresa, destaca-se a corrente tendência que aflora a possibilidade de massificação das parcerias público-privadas, cuja introdução está ocorrendo de forma suplementar à carência de recursos públicos para investimentos em obras e serviços (infraestrutura), os quais eram de responsabilidade exclusiva do Poder Público até pouco tempo.

3. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O ESTREITAMENTO DA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA

No ano de 2004 foi promulgada a Lei Federal que instituiu as parcerias público-privadas no âmbito nacional, não obstante o fato da temática já ter sido disciplinada anteriormente na seara legislativa estadual, tendo o Estado de Minas Gerais se tornado prodígio tanto na confecção dos mecanismos legais quanto na colocação em prática das primeiras parcerias.

A Lei nº 11.079/2004 em seu artigo 2º estabelece que: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, com claro objetivo de se desenvolver paralelamente aos contratos de concessão comum já previstos em Lei específica, tendo como diretriz político-financeira o foco em grandes projetos de infraestrutura, para os quais o Poder Público não possui capacidade técnica e financeira para executar desassistido de recursos e expertise externos, informação propalada pelo próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹¹.

A Parceria público-privada é definida genericamente como:

“(...) um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro”.¹²

O modelo de Parceria público-privada expresso através da concessão patrocinada se materializa por meio de um serviço e/ou obra prestado diretamente ao público (consumidor final), com a incidência de cobrança tarifária que, complementada por contraprestação pecuniária do ente público, compõe a receita do parceiro privado.

SUNFELDI apresenta esclarecedora definição:

Estando presentes a cobrança de tarifas aos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não pecuniária da Administração e outras receitas alternativas.¹³

¹¹ BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**, www.planejamento.gov.br.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29.

Na categoria de concessão administrativa, o contrato tem por objeto a prestação de serviços (público ou não) diretamente à Administração Pública, podendo o particular assumir a execução da obra, fornecimento de bens ou outras prestações. Neste caso a administração pública poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais e presídios.

Em síntese, a parceria público-privada se cristaliza através de um contrato de prestação de serviços que pode ou não incluir a consecução de obras, com prazo delimitado em lei de cinco a trinta e cinco anos.

Outro fator determinante neste caso é que o valor do contrato não pode ser inferior a vinte milhões de reais, sendo desautorizado que o contrato de parceria tenha por objeto exclusivo o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública, cujas atividades empresarias possuam natureza jurídica específica de fornecimento de bens e serviços ou mesmo se caracterize como uma concessão comum.

Na parceria público-privada, diferente dos demais contratos administrativos, toda a infraestrutura essencial para a prestação de serviço desejado pelo parceiro público resultará de iniciativas de financiamento do setor privado e a contraprestação à empresa será fixada com base em padrões de performance, sendo devida somente quando disponível ao parceiro público e aos usuários, além da sua correta e perfeita adequação ao projeto.

A avaliação de performance do parceiro privado deverá ser atestada através de mecanismo de controle interno do próprio parceiro público, com a criação de Comitê Gestor que tem por objetivo primordial a fiscalização do contrato, inclusive podendo contar com apoio técnico externo através de verificador independente, além de opinar e emitir pareceres técnicos acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ferramenta essencial para boa convivência entre os parceiros, surgindo como diferencial das demais modalidades de contrato administrativo e fator de aproximação do setor público com o setor privado, numa clara ruptura da relação oficial distante ora imperante, que corrobora inclusive para aproximações espúrias que infelizmente são corriqueiras no Brasil.

A aproximação legal dos setores público e privado é essencial para a transparência do relacionamento, particularmente para marcar com grifo forte esta característica peculiar da parceria público-privada e tornar rotina essa aproximação e que isso não se revele espúrio ou estranho aos olhares externos, exatamente nos

limites que a moralidade pública exige, além do cumprimento estrito do princípio imperante da legalidade.

3.1. UMA NOVA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA

A proximidade e a transparência na relação público-privada deve muito a remodelagem do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, que está presente nas Leis nº 8.987/1995¹⁴ e nº 11.079/2004¹⁵. O PMI é um retrato internacionalmente recomendado para fomentar a transparência e competitividade da metodologia para estruturação do complexo processo de concessão, contemplando desde o esboço da concessão até a efetiva contratação e execução de projetos que envolvam concessões de obras e serviços públicos, enfim que englobem infraestrutura pública analisando sob o foco das parcerias público-privadas.

Através do Procedimento de Manifestação de Interesse o poder público expressa suas pretensões de receber estudos de viabilidade e todos os consectários correlatos que permitam nortear a opção pela decisão favorável ou não de escolha da parceria. O ente público pode ser abastecido de informações simples, desde levantamento de dados até projetos prontos com todos os seus componentes técnicos e jurídicos, até mesmo a minuta de edital de licitação.

Fica evidente que o desenho da futura parceria não é imposto pelo poder concedente como na maioria dos contratos administrativos, mas após a manifestação expressa da iniciativa privada como promotora do investimento, ponderando de forma antecipada todos os riscos e vantagens que possam advir desta relação.

Exatamente a definição de todas as nuances da futura relação contratual, cujos limites são delineados de forma conjunta, podem propiciar um ambiente mais seguro e eficaz, principalmente porque a longevidade dessa junção de ideias exige tal desiderato.

3.2. RELAÇÃO NEGOCIAL COM O ESTADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.079/2004

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A partir da construção legislativa da parceria público-privada surgiu um cenário que destoa do paradigma até então imperante, onde a administração, na maioria das oportunidades, definia unilateralmente todo processo que envolve a prestação de serviços e construção de obras públicas, sendo que em raras oportunidades se valia de consulta prévia ao setor empresarial respectivo, mesmo tendo disponível anteriormente o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, já que não é novidade da parceria público-privada.

A nova modelagem permite o correlacionamento dos setores público e privado sem que isto pareça fraudulento, ao revés, o Estado busca ideias junto à iniciativa privada e solicita que as empresas apresentem soluções para melhoria da infraestrutura pública, ao mesmo tempo que permite ao setor privado discutir acerca da viabilidade econômica do empreendimento.

A confecção de propostas e o desenho de projetos em conjunto minoram os dispêndios de verbas públicas para elaboração de projetos que não possuem condições de sair das pranchetas dos técnicos, os quais, não raras vezes, não passavam do plano ideológico sem viabilidade financeira para ser executado e sem manifestar o interesse privado para investimento, pois até então, o retorno financeiro ao investidor era tratado como plano acessório e com a visão estrita de atendimento ao interesse público.

A carência de recursos públicos para investimento em infraestrutura obrigou a mudança deste paradigma, abrindo o diálogo com a iniciativa privada. Dados estatísticos globais comprovam que investimentos em infraestrutura possuem alto retorno e são repartidos de modo positivo para a sociedade, conforme dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.¹⁶

A proximidade do Estado e a empresa quando blindada pela legalidade, eficiência, ética, probidade e pelos demais princípios norteadores da administração pública, pode oferecer mais opções de investimentos em infraestrutura que reverberem na qualidade dos serviços públicos, certamente com retorno consequencial à própria sociedade, até porque o fomento à atividade empresarial reflete imediatamente no desenvolvimento social do país.

¹⁶ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publicoprivadas/referencias/copy_of_perguntas-frequentes. Consulta em 12/01/2018.

Os propalados efeitos imediatos da atividade empresarial que lhe garantem proteção constitucional diante da sua função social, motivou o legislador a avultar a preservação da empresa como fonte de irradiação de empregos e de arrecadação de tributos, cujo produto deve ser reaplicado para atender o interesse público, gerar a distribuição de renda e levar investimentos a regiões subdesenvolvidas do país.

São desnecessárias maiores delongas apontando os efeitos positivos que o fomento à atividade empresária pode gerar no tocante aos aspectos sociais e ao próprio desenvolvimento de uma região e do próprio país, resguardados os impactos proporcionais à amplitude da empresa e sua abrangência.

No que toca ao tema, caso seja utilizada de forma racional e responsável o instrumento legal da parceria público-privada, poderá brotar investimentos de infraestrutura que atendam os interesses públicos e como resultado final ao próprio desenvolvimento social, sem olvidar que o diferencial desta relação está em atender também as demandas e anseios do investidor, isto é, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da parceria e o conseqüente lucro.

Para alcançar o equilíbrio adequado da parceria público-privada o passo inicial é planejar de forma segura e equânime que os resultados positivos e os eventuais riscos sejam divididos entre as partes contratantes, cabendo ao parceiro privado buscar recursos para a consecução do projeto e ao parceiro público a garantia da remuneração merecida, além disso tudo, que o objetivo final do serviço ou obra atenda ao anseio do consumidor derradeiro (cidadão), que irá lucrar duplamente com os efeitos imediatos da infraestrutura disponibilizada, somada aos efeitos mediatos que a atividade empresarial reluz.

Em suma, se ponderados todos os fatores negativos que podem surgir da parceria público-privada e suas conseqüências puderem ser minoradas e equilibradas, desde que mantida esta relação dentro do limite extremo da proibidade administrativa e da ética empresarial, os resultados serão propícios ao desenvolvimento social responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente o trabalho buscou enfatizar a relação Estado-empresa sob os olhares puros e antagônicos do Estado liberal e do Estado social, apresentando graus variados e as conseqüências da intervenção estatal ou a ausência de

regulação da atividade empresarial, ficando estatuído que a regulação é necessária sem que haja restrições imoderadas ao empreendedorismo.

Por conseguinte, a análise da tradicional conexão Estado-empresa através dos instrumentos vigentes até o estabelecimento da Lei nº 11.079/2004, demonstra que a relação contratual geralmente é imposta pelo ente público, havendo pouco espaço para realização de projetos conjuntos, mesmo havendo legislação antecedente prevendo o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Ficou marcado também que a função socioeconômica da empresa supera a visão monofocal da função social, enviesando a preocupação da doutrina em relevar outros aspectos que motivam a sobrevivência da atividade empresarial, notadamente a preocupação de êxito econômico e resultados práticos (lucro) ao empresário.

A parceria público-privada se destacada como mecanismo de aproximação dos interesses do Estado em consonância com os anseios do empreendedor, não só objetivando o atingimento do interesse público, mas também o retorno do investimento ao empresário na forma de lucro, sem que isso pareça espúrio ou antiético.

Surge desta nova roupagem legislativa a possibilidade de um relacionamento Estado-empresa mais próximo, desde que pautado pela legalidade e probidade, com fito a alcançar o interesse público exigido na atuação do parceiro público, aliado ao retorno econômico-financeiro almejado pelo parceiro privado.

A relação negocial na parceria público-privada é encarada como meio de atendimento de todas as expectativas dos envolvidos no negócio, não mais imposto de forma unilateral por uma das partes, cujo produto final, se construído sobre base sólida ressoará como fomento importantíssimo a atividade empresarial, gerando em contrapartida resultados socioeconômicos relevantes.

Em síntese, a confecção de um adequado projeto de infraestrutura sob a modelagem da parceria público-privada pode frutificar resultados sociais reluzentes, desde que calcado em premissas éticas e saudáveis do ponto de vista econômico-financeiro, obviamente atendendo o interesse público que deve sobejar após equalizadas todas as variantes mencionadas.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Direito Administrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de Fevereiro de 1995.

BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de Dezembro de 2004.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Fonte: <http://www.planejamento.gov.br>.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Fonte: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publicoprivadas/referencias/copy_of_perguntas-frequentes, consulta efetuada em 12/01/2018.

DAL POZZO, Emerson Luís. **Da Função Social à Função Socioeconômica: Função Social da Empresa e Recuperação Judicial**. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. e 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 e 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Os limites do direito de voto em recuperação de empresas**. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.