

fa), advém do próprio Poder Público. Nesse sentido, Vital Moreira afirma que a PFI não passa de uma modalidade da tradicional concessão de serviços públicos e que a novidade seria a sua utilização para prestação dos serviços públicos não onerosos (ensino, saúde etc.). A diferença, afirma o autor, é que tais serviços não são pagos pelos utentes, e sim pelo próprio Poder Público, mediante pagamentos regulares durante o período do contrato, “de acordo com a ‘produção’ do serviço concessionado”.⁴

Atualmente, o modelo tradicional de concessão de serviços públicos, previsto na Lei nº 8.987/95, não atende satisfatoriamente às necessidades do Poder Público, titular do serviço, e dos particulares (usuários). Isso porque os serviços públicos, que hoje podem ser delegados à iniciativa privada, exigem fortes investimentos que o Estado não pode implementar (limites fiscais) e que o particular não tem interesse em assumir (ausência de garantias idôneas, risco de empreendimento etc.).

Resumidamente, os fatores que levaram à implementação dessa nova forma de concessão (PPP) no ordenamento pátrio podem ser assim enumerados: a) limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público: os limites moralizadores colocados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) reduzem ou esgotam a capacidade de investimento pelo Poder Público na prestação direta dos serviços públicos e na criação de infra-estrutura adequada (“gargalos” de infra-estrutura); b) necessidade de prestação de serviços públicos não auto-sustentáveis: após o período de desestatização na década de 90, quando grande parte dos serviços públicos “atrativos” foi concedida aos particulares, o Estado permaneceu com a obrigação de prestar serviços não auto-sustentáveis, assim definidos por necessitarem de investimentos de grande vulto ou pela impossibilidade jurídica ou política de cobrança de tarifa do usuário; c) princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço: o Estado subsidiário valoriza a atuação privada, considerada mais eficiente que a atuação estatal direta.

A fórmula encontrada pelo legislador brasileiro para incentivar novas parcerias entre o setor público e o setor privado, aprimorando o modelo tradicional de concessão de serviço público, foi a incorporação do modelo de PPP, já amplamente utilizado no Direito Comparado, ao ordenamento jurídico pátrio.

2. Competência Legislativa

Em matéria contratual, todos os entes federativos possuem competência normativa. Todavia, a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais (art. 22, XXVII, da CF), cabendo aos demais entes legislar sobre normas específicas.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 11.079/04 trata de duas modalidades de contratos (concessões patrocinadas e administrativas), o que demonstra a competência legislativa da União para fixar as respectivas normas gerais, na forma do art. 22, XXVII, da CF.

Por outro lado, todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem competência legislativa autônoma para estabelecer as normas específicas sobre esses contratos administrativos. Vários Estados já possuem legislação própria sobre o assunto, cabendo destacar, por exemplo: Minas Gerais (Lei nº 14.868/03 – essa foi a primeira lei no País sobre o assunto), São Paulo (Lei nº 11.688/04), Bahia (Lei nº 9.290/04), Goiás (Lei nº 14.910/04), Santa Catarina (Lei nº 12.930/04), Ceará (Lei nº 13.557/04), Rio Grande do Sul (Lei nº 12.234/05), Pernambuco (Lei nº 12.765/05), Piauí (Lei nº 5.494/05), Rio Grande do Norte (LC nº 307/05), Distrito Federal (Lei nº 3.792/06), Rio de Janeiro (Lei nº 5.068/07). As normas estaduais anteriores à legislação federal deverão adaptar-se às normas gerais contidas na Lei nº 11.079/04.

É importante ressaltar que a ausência de legislação específica não impede a utilização das PPPs por Estados e Municípios, já que estes poderão valer-se das normas gerais previstas na Lei nº 11.079/04.

A identificação do caráter geral ou específico de determinada norma é fundamental para se

4. Vital Moreira, “A tentação da ‘Private Finance Initiative – PFI’”, in Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 188. Note-se que o autor, em seguida, pede cautela com essa “solução milagrosa” consistente no financiamento privado de obras, estabelecimentos e serviços públicos isentos de pagamentos pelos utentes (p. 190).