

FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ



FACTU
Jurídica

FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ
FACTU

Revista
FACTU
Jurídica

Publicada pela

Faculdade de Ciências
e Tecnologia de Unaí

Mantenedora

Associação de Ensino e Pesquisa
de Unaí - AEPU

Presidente: Adalberto Lucas
Capanema

Diretores da FACTU

Maria José Lucas Capanema
Diretora Geral
Adelson Ribeiro da Silva
Diretor Pedagógico
Fabrícia Lucas de Mendonça
Secretária Geral

Direção da Revista

Jussara C. Moreira Capanema

Conselho Editorial

Luciano Lucas Cardoso
Orivaldo Lucas Capanema

Contatos

Revista FACTU JURÍDICA
Rua Rio Preto, 422 - Centro
Unaí - MG - CEP 38.610-000
Tel.: (38) 3676-6222
www.factu.br

**Ficha catalográfica preparada pela seção de catalogação e Classificação da
Biblioteca da FACTU.**

REVISTA FACTU JURÍDICA – Ano 7, nº 7 (agosto.2006). Unaí: FACTU, 2006.

Annual
ISSN 1676 - 5184

1. Direito

Proibida a reprodução total ou parcial por qualquer meio.
As matérias publicadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Índice

Considerações acerca da dicotomia e reunificação do Direito Privado	
Luciano Lucas Cardoso.....	07
Aspectos jurídicos das parcerias público-privadas: conceito e objeto.	
Renato Maso Previde.....	19
Guarda compartilhada, direito dos filhos conviverem com os pais	
Carmen Luiza Bitarães Latini.....	37
A relação de convergência entre as legislações aplicadas subsidiariamente à lei nº 11.079/04: a lei de concessões	
Renato Maso Previde.....	61
Normas para publicação.....	83

Apresentação

Aos apreciadores de uma boa leitura, a Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU, tem a satisfação de apresentar mais um número da REVISTA FACTU JURÍDICA, que traz importantes artigos - frutos da dedicação e do compromisso com a pesquisa – elaborados por professores desta e de outras renomadas instituições de ensino superior.

O primeiro trabalho apresentado versa sobre a dicotomia e a reunificação do direito privado. Tal discussão voltou à tona nas rodas jurídicas desde que o Código Civil de 2002 passou a tratar, no Livro II, Parte Geral, do Direito de Empresa, seguindo, assim, a tendência unificadora adotada pelo legislador italiano de 1942.

Em seguida podemos apreciar matéria que trata dos aspectos jurídicos das parcerias público-privadas. Importante salientar que estas parcerias podem solucionar a questão inerente a diversas obras brasileiras, até então públicas.

O terceiro artigo refere-se à guarda compartilhada, a partir de uma pesquisa bastante detalhada e apresenta soluções para um dos mais graves problemas vividos pelos casais que, tendo filhos, deixam de conviver sobre o mesmo teto: a guarda destes filhos a cargo de ambos os pais.

O último artigo explora de forma objetiva a relação de convergência entre as legislações aplicadas subsidiariamente à Lei 1079/04: Lei das Concessões. Tema atual e de importância ímpar, tratado com profundidade. Apresenta também questionamentos e possíveis soluções para problemas tão presentes no dia-a-dia do operador do direito.

Uma ótima leitura.

Luciano Lucas Cardoso
Coordenador do Curso de Direito

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DICOTOMIA E REUNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Luciano Lucas Cardoso

Mestre em Direito Privado

Coordenador do Curso de Direito da FACTU

RESUMO

O Código Civil brasileiro de 2002, ao unificar a legislação civil e comercial, pôs fim à dicotomia existente no Direito Privado, causando dúvida no que tange à continuação ou não da autonomia do Direito Comercial. Tal autonomia, conforme se verifica, prevalece independentemente da existência de uma codificação única para o Direito Comercial ou uma codificação em parceria com o Direito Civil, tendo em vista que aquele tem princípios jurídicos próprios.

PALAVRAS CHAVES: Autonomia, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Empresarial.

ABSTRACT

The brazilian civil code of 2002, to unify the civil and commercial law, put an end to the dichotomy exists in the private, causing doubts with regare to the continuation or not of autonomy of commercial law. Such autonomy, as it appears, prevails regardless of the existence of a unique coding for the right commercial or an encoding in partnership with the civil law, in order that it is legal principles themselves.

KEY WORDS: Autonomy, Civil Law, Commercial Law, Empresarial Law.

1.0 INTRODUÇÃO

Muito se tem comentado, no mundo jurídico, acerca da tão propalada reunificação do Direito Privado, até certo ponto efetivada pela entrada em vigor da Lei 10.406/2002. A pergunta que se ouve, com grande frequência, nas acaloradas discussões sobre tal reunificação é: como fica a autonomia do Direito Comercial/Empresarial após a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002? Com o propósito de apresentar uma resposta a esta indagação é que se faz o presente estudo.

2.0 ADICOTOMIA

Vale lembrar, inicialmente, que a dicotomia do Direito Privado não surgiu por ideologia. Aconteceu sim por necessidades sociais, como uma decorrência histórica. A excessiva rigidez do Direito Romano, tanto no que tange às formas quanto às solenidades, não atendia mais às necessidades das céleres operações mercantis.

O Direito Comercial formou-se excepcionalmente. Para Requião (2003, p. 18),

As corporações de mercadores, em virtude do imobilismo do direito civil e das vantagens que os devedores haviam obtido nos estertores da decadência romana que se refletiram em seu direito, formularam um direito próprio, mais consentâneo com as necessidades do tráfico mercantil. O reforço do crédito constitui uma das razões do direito comercial...

Renomados juristas posicionam-se, uns pela dicotomia, outros pela unificação e serão estudados oportunamente. Não obstante, imperioso destacar agora a lição de Doria (1998, p. 9):

A despeito dos argumentos dos que a defendem, a autonomia do Direito Comercial constitui ainda hoje tema de acirradas polemicas. De um modo geral, pode-se dizer que a autonomia didática do direito Comercial é reconhecida mesmo pelos que propugnam em prol da tese da unificação do Direito Privado, pois essa espécie de autonomia não se vincula à existência de um corpo separado de leis.

Merece minucioso estudo a presente controvérsia e, não somente por sua importância, mas, principalmente, por seus reflexos no futuro do Direito Comercial/Empresarial.

3.0 O POSICIONAMENTO DE CESARE VIVANTE

Vivante, professor da Universidade de Roma, o maior comercialista dos tempos modernos, ao proferir, no final do século XIX, aula inaugural na Universidade de Bolonha, deixou perplexo o mundo jurídico europeu, ao atacar de forma direta a divisão do direito privado.

Requião (2003, p. 19) analisa os argumentos de Vivante. Dentre eles destaca-se:

A autonomia conserva-se não obstante a grande uniformidade da vida moderna e mantém-se mais pela tradição do que por boas razões. Invoca, como exemplo, o direito inglês e o americano, para demonstrar a possibilidade de regular com a mesma teoria geral todas as relações privadas; apela para a experiência suíça, cujo Código de Obrigações teve cunho essencialmente

mercantil, pois os usos e costumes comerciais estariam difundidos em todas as classes.

E continua Requião (2003, p. 19):

A autonomia do direito comercial é prejudicial para o progresso científico. Há uma grande deficiência no estudo, pelos comercialistas, das regras gerais, sofrendo de um particularismo danoso ao desenvolvimento da ciência. Quando se deparam com instituições novas os “improvisados juriconsultos”, como ele sardonicamente denomina os comercialistas, tendem a formular uma regra nova – falam a cada passo de contratos “sui generis”.

Porém, anos mais tarde, Vivante teve o altaneiro espírito de retratar-se, confessando o erro doutrinário exposto na Universidade de Bolonha. Doria (1998, p. 10), a despeito, afirma:

Tempos depois Vivante retrata-se-ia do entendimento que defendera. Foi quando, em 1919, presidia a comissão encarregada da reforma do Código Comercial italiano. Nessa oportunidade, confessando o seu erro doutrinário, Vivante manifestara-se contrário à unificação do direito Privado, que, no seu entender, acarretaria grave prejuízo para o direito Comercial.

4.0 TENTATIVAS DE UNIFICAÇÃO NO BRASIL

A tese da unificação prevaleceu nas mais diversas tentativas de

condificação do direito privado. Do esboço de Teixeira de Freitas ao projeto de Miguel Reale a unificação tem sido apreçoada. Neste sentido leciona Coelho (2004, p. 23):

Na mesma tendência dos demais países de tradição romanista, o Brasil tem se aproximado paulatinamente do modelo italiano, isto é, do estabelecimento de um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, que apenas não alcança certas modalidades de importância marginal.

Também o projeto do Código Comercial de Inglês de Sousa, apresentado em 1912, assim como o anteprojeto do Código de Obrigações de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, de 1941, bem como no código encomendado a Caio Mário da Silva Pereira, encaminhado ao Congresso nacional em 1965, prevaleceu a tese unificadora.

Vale ressaltar que, em 1949, Florêncio de Abreu, ao elaborar projeto de Código Comercial, manifestou-se pela dicotomia, conforme lição de Requião (2003, p. 23):

Aparece, assim, ilhado, na história moderna do direito brasileiro, o Esboço de Anteprojeto de Código Comercial, organizado pelo Des. Florêncio de Abreu, por incumbência do Ministro da Justiça Adroaldo Mesquita da Costa, em 1949. Talvez tenha sido a última manifestação concreta da dicotomia do direito obrigacional no Brasil.

Mas uma efetiva unificação do direito obrigacional brasileiro somente acontecerá se o instituto da falência deixar de atingir apenas

os devedores mercantis, de acordo com ensinamento de Requião (2003, p. 23):

Em nossa opinião será ilusória a unificação do direito obrigacional se permanecer a falência como instituto especificamente mercantil. Não será possível atingir a verdadeira unificação enquanto persistir a divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz respeito à insolvência.

E, combatendo uma unificação apenas formal, continua Requião (2003, p. 24):

Se, portanto, se pretende unificar o direito privado em nosso país, que se proceda racionalmente, com lógica e determinação. Comece-se pela codificação una e, concomitantemente, estenda-se a falência aos não-comerciantes. Assim, ao deparar-se com a insolvência, não haveria necessidade de indagar-se se o empresário insolvente é comerciante ou civil. Desapareceria a necessidade da classificação do empresário entre comerciante e civil bem como no que respeita às sociedades.

5.0 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Governo do Presidente Emílio Garrastazu Médici foi nomeada uma comissão para rever o Código Civil. Tal comissão era presidida por Miguel Reale e composta por Agostinho Alvim, Clóvis do Couto e Silva, Erbert Chamoun, José Carlos Moreira Alves, Sylvio Marcondes e Torquato Castro e apresentou estudos que deram origem

ao Projeto de Lei 634/75.

Sobre os estudos feitos pela comissão acima referida, manifestou-se Doria (1998, p. 30):

A comissão, acompanhando proposta de seu presidente, pôs de lado a idéia de um Código Civil distinto do Código Comercial, preferindo levar a termo a unificação do Direito das Obrigações, dentro do próprio Código Civil.

Vale lembrar que Miguel Reale, ao justificar a adoção de uma codificação única para o Direito das Obrigações, no Projeto de Lei 634/75, o fez com base na jurisprudência dominante no Brasil. Veja-se, nesse sentido, o ensinamento de Sztajn (2004, p. 126):

...no que tange ao Direito das Obrigações, acentua a unificação das disciplinas das obrigações civis e mercantis, que, afirma, era jurisprudência dominante na experiência jurídica brasileira...

Em 2002, o Projeto de Lei 634/75 foi convertido na Lei 10.406/2002 e adotou a tão esperada unificação legislativa nos moldes do Código Civil italiano. Nesse sentido é a lição de Coelho (2004, p. 24):

Com a aprovação do projeto de Código Civil de Miguel Reale, que tramitou no Congresso entre 1975 e 2002, o direito privado brasileiro conclui seu demorado processo de transição entre os sistemas francês e italiano. À semelhança do anteprojeto de 1965, de cujo livro III sobre a atividade negocial encarregou-se Sylvio Marcondes, o Código Civil de 2002 inspira-se no Codice

Civile e, adotando expressamente a teoria da empresa, incorpora o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica, incorpora. A despeito de seu inegável envelhecimento precoce em muitos aspectos, trata-se de um texto sintonizado com a evolução dos sistemas de tratamento da economia, pelo ângulo das relações entre os particulares.

No mesmo sentido ensina Mamede (2004, p. 32):

A edição da Lei 10.406/2002, a instituir um novo Código Civil brasileiro, conseguiu, enfim, unificar as matérias. Dessa forma, unificaram-se as obrigações civis e comerciais, num único tratamento legislativo, reconhecendo, como já dissera Frederico Gabrich, que não possuem aspectos relevantes a distinção, já que a umas e outras é comum o direito das obrigações.

Não se deve, porém, crer que a unificação legislativa possa significar uniformidade de normas. A despeito adverte Martins (2002, p. 20):

De tudo se infere que a unificação do direito privado, mesmo nas legislações mais modernas, como o novo Código Civil italiano, não logrou êxito. Neste, apesar de incluídos em um único corpo de leis, os princípios do direito comercial não se confundem com os do direito civil, estando, ainda, reguladas por leis especiais matérias

que sempre pertenceram ao direito comercial. Não houve, assim, uniformidade de normas, mas simplesmente a compilação em uma só lei de matérias que, apesar de terem muitos pontos de contato, continuam a reger-se por princípios autônomos.

6.0 UNIFICAÇÃO E AUTONOMIA

Com a unificação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002, não raramente indaga-se no meio jurídico sobre a sobrevivência ou não da autonomia do Direito Comercial e, como resposta mais freqüente, geralmente houve-se que tal autonomia subsiste, sendo que para tal é irrelevante que a matéria seja tratada em um código autônomo ou, como acontece no Brasil hoje, pelo Código Civil. Nesse sentido leciona Doria (1998, p. 10):

A promulgação de um Código Civil unificado, porém, não ferirá de morte a autonomia do Direito Comercial. O desaparecimento de sua autonomia legislativa não sacrificará a sua autonomia jurídica, pois o Direito Comercial é informado por princípios jurídicos próprios. Exemplo disto é o Código Civil unificado da Itália, de 1942, onde, a despeito de reunidas num mesmo corpo de leis, as relações comerciais se não confundem nele com os princípios de Direito Civil. Irrelevante é, de fato, à autonomia substancial de uma disciplina jurídica que a sua matéria seja ou não tratada num código autônomo.

No mesmo sentido sentencia Alfredo Rocco, citado por

Requião (2003, p. 22):

Ora, que as normas concernentes ao comércio e as concernentes e à vida civil estejam contidas em um ou em dois códigos não é coisa que tenha grande importância sob o ponto de vista científico. O direito Comercial poderia permanecer um direito autônomo e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas em um código único, conjuntamente com as do direito civil das obrigações.

Portanto, irrelevante é para o Direito Comercial que a matéria seja tratada em um código único ou conjuntamente com o Direito Civil, como a forma adotada pelo Código Civil de 2002. Continua, pois, o Direito Comercial tão autônomo quanto antes da entrada em vigor da Lei 10.406/2002.

7.0 CONCLUSÃO

A dicotomia do Direito Privado, nascida como instrumento de combate à excessiva rigidez do Direito Romano, combatida por uns e aplaudida por outros, teve como marco final, no Brasil, a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Não obstante a unificação legislativa do Direito Privado brasileiro, que teve como modelo a unificação adotada na Itália em 1942, prevalece a autonomia jurídica do Direito Comercial, tendo em vista seus princípios e características próprias.

Não é relevante, portanto, no que se refere a autonomia, que a matéria comercial seja regulada em código único ou em um livro do Código Civil, conforme forma atual adotada pelo legislador brasileiro. A autonomia subsiste.

8.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresário individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDONÇA, José Xavier de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v. I. Campinas: Bookseller, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. I. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARMENTO, Walney Moraes. *Curso de Direito Comercial*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresarial e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCEITO E OBJETO.

Renato Maso Previde.

Advogado em Franca-SP.

Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFRAN.

Mestre em Direito Privado pela UNIFRAN.

rmpconsult@uol.com.br

RESUMO

Ao realizar o comparativo entre o conceito e as características das Parcerias Público-Privadas, notaremos as distinções do gênero parceria com o instituto sob estudo, uma vez que estas nunca serão informais, tendo em vista que a formalidade é essência, pois é elaborada na forma de contrato.

Outro fator relevante é a possibilidade de expansão das Parcerias Público-Privadas através de todos os entes da Federação, devido ao fato de que, ao invés do praticado na Inglaterra, por exemplo, onde a Parceria Público-Privada é realizada regionalmente e, para a abrangência do território nacional, passa a denominar-se de *Private Finance Initiative*, não possuindo esta diferenciação na legislação brasileira.

PALAVRAS CHAVES: Parcerias Público-Privadas. Contrato. Direito Institucional. Objeto e Conceito.

ABSTRACT

In making the comparison between the concept and characteristics of Public-Private Partnerships, we can notice the distinctions of gender partnership with the institute under study, since these will never be informal, having in mind that formality is the essence, because it is drafted in the form of contract.

Another relevant factor is the possibility of expansion of Public-Private partnerships through all entities of the Federation, due to the fact that instead of practised in England, for example, where the

Public-Private Partnership is held regionally and, for coverage of its national territory shall be renamed the Private Finance Initiative, not having this differentiation in the Brazilian legislation.

KEY WORDS: Public-Private Partnerships. Contract. Institutional law. Object and concept.

1.0. Conceito

Antes de qualquer conceituação do instituto das Parcerias Público-Privadas, devemos nos ater ao conceito de parceria, tendo em vista que antes da idéia pronta deste revigorado instituto, há uma mais simples que nos ajudará a chegar ao conteúdo mais específico.

Para Balsas, parcerias são sistemas de cooperação formal ou informal, que têm por objetivo a resolução parcial ou integral de um determinado problema ou a prestação de um determinado serviço ao nível local.¹

Ao realizar o comparativo entre o conceito exposto acima, e as características das Parcerias Público-Privadas, notaremos as distinções do gênero parceria com o instituto sob estudo, uma vez que estas nunca serão informais, tendo em vista que a formalidade é essência, pois é elaborada na forma de contrato.

Outro fator relevante é a possibilidade de expansão das Parcerias Público-Privadas através de todos os entes da Federação, devido ao fato de que, ao invés do praticado na Inglaterra, por exemplo, onde a Parceria Público-Privada é realizada regionalmente e, para a abrangência do território nacional, passa a denominar-se de *Private Finance Initiative*, não possuindo esta diferenciação na legislação brasileira.

Entretanto, um dos dois pontos cruciais para elaboração de um conceito, está na necessidade que as Parcerias Público-Privadas possuem na realização de contraprestação por parte da Administração Pública em um *quantum* a ser entregue ao empreendedor privado

1 BALSAS, Carlos. *Urbanismo Comercial e Parcerias Público-Privadas*. Lisboa: Observatório do Comércio, 2002, p. 27.

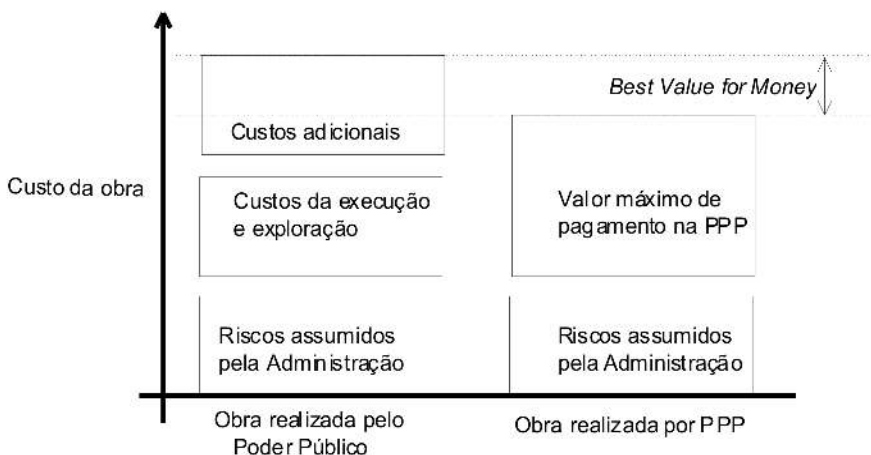
pelos serviços ou obras efetuadas, ou seja, será necessário um adimplemento à iniciativa privada para a usufruição de seu lucro, limitado ao *best value*.

A existência do lucro em benefício do parceiro privado é essência do instituto, bem como também deverá existir um benefício para o Poder Público, sendo que, tal será representado pelas denominações de *Best Value for Money* e *Value for Money*.

Por intermédio dos ensinamentos de Phillipe Cossalter, “O *Value for Money* é uma etapa de avaliação prévia à decisão de contratar e o *Best Value for Money* é o objetivo a atingir por ocasião da negociação do contrato”.

Desta forma, o *Value for Money* não é um requisito a ser expresso no contrato, pois seu objetivo é inerente ao contrato. No entanto, o *Best Value for Money* deve estar configurado no contrato expressamente, uma vez que caso isto não ocorra, perderemos o objeto de um projeto de Parcerias Público-Privadas.

Pelos motivos acima expostos, entendemos que deverá haver no contrato de Parcerias Público-Privadas a vigência do princípio da reciprocidade dos benefícios entre as partes, pela existência de uma bilateralidade inerente à natureza contratual, que poderemos determinar melhor através da análise do seguinte gráfico:



Diante do gráfico exposto acima, podemos visualizar que as Parcerias Público-Privadas têm o objetivo de satisfazer aos anseios do Poder Público que não possui numerário suficiente para empreender obras de grande porte, nem mesmo o próprio empreendedorismo. De outra parte, temos a iniciativa privada que possui condições financeiras para alavancar uma obra de infra-estrutura e possui o empreendedorismo necessário para dispender os recursos financeiros suficientes para que retorne ao seu caixa a maior porcentagem de lucro possível.

Portanto, a existência de um princípio de reciprocidade dos benefícios entre as partes, demonstra que estamos diante, nada mais, do que da vontade concreta da lei, pois a legislação exige tal equilíbrio para a configuração da parceria, de acordo com os ensinamentos de Chiovenda, onde ensina que:

Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se a vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado. Assim, a cada estipulação de compra e venda corresponde a formação de uma vontade concreta de lei, em virtude da qual determinado comprador deve haver a coisa, determinado vendedor deve receber o preço. A cada ato ilícito corresponde a formação de uma vontade concreta de lei, por força da qual determinada pessoa tem de ser ressarcida do dano que decorreu de um ato culposamente consumado.²

Desta questão nasce o *Best Value for Money*, uma vez que a Administração Pública não possui a visão existente no empreendedor privado, capaz de realizar a mesma obra com um menor recurso

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, v.1, p. 126.

financeiro.

Para a Lei nº 11.079/04, Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (artigo 2º).

Sundfeld conceitua em sentido amplo quando ensina que “são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc.).”³

Entendemos ser o contrato em que o parceiro privado se obriga, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade, representada por uma obra ou serviço público, tendente à satisfação de uma necessidade coletiva e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento ou pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

1.1. Espécies de Parcerias Público-Privadas.

Conforme exposto em capítulos anteriores, as Parcerias Público-Privadas não são um instituto inédito no ordenamento jurídico pátrio, bem como datam de um período bem anterior à década de 90, mais, especificamente, quando do surgimento das *Marché d'entreprise Travaux Publics* na França.

O regime de *Marché d'entreprise Travaux Publics* francês fez surgirem os primeiros delineamentos do que asseverou chamar na Inglaterra de *Private Finance Initiative*, consubstanciando com as regras específicas das Parcerias Público-Privadas.

Portanto, podemos verificar que as Parcerias Público-Privadas nada mais são como espécie de concessões, sendo derivada deste gênero.

3 SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

Desta forma, podemos fazer a afirmação de que as *Marché d'entreprise Travaux Publics* originaram as Parcerias Público-Privadas na Inglaterra, pois representando aquelas um tipo de concessão, ocorreu o aprimoramento destas concessões para uma utilização que fosse convidativa à iniciativa privada para realizar o aporte necessário de capitais para o desenvolvimento das obras públicas.

Exemplo do mencionado acima está no caso transcrito para a obra de Wald⁴, onde consta que na experiência realizada entre Inglaterra e França, para a construção do Eurotúnel, foi constatado que enquanto a França detinha amplo domínio sobre as concessões, o mesmo não ocorria com a Inglaterra, necessitando a realização de Lei para regular o caso (*Channel Tunnel Act* de 1987).

Posto isto, a Lei nº 11.079/04 acabou por dividir os tipos de concessões existentes em nosso ordenamento jurídico no artigo 2º e seus parágrafos, da seguinte forma:

- a) concessão administrativa;
- b) concessão patrocinada; e
- c) concessão comum.

Os dois primeiros tipos são designados de Parcerias Público-Privadas, enquanto o outro resta por permanecer na vala própria de todo o tipo de concessões, designando-a, portanto, de comum.

Examinando mais atentamente, podemos verificar que a nomeação do terceiro tipo de concessão como comum possui fundamento no artigo 3º, § 2º da Lei nº 11.079/04, uma vez que dispõe da seguinte forma: *As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nas leis que lhe são correlatas.*

Quanto aos demais tipos de concessões que espelham a sistemática das Parcerias Público-Privadas, podemos distingui-las quanto aos atos comissivos que o parceiro público é obrigado a empreender em relação ao parceiro privado para a entrega de sua contraprestação.

O artigo 2º, § 1º da Lei nº 11.079/04 estabelece o primeiro tipo

4 WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

de Parceria Público-Privada, nominada de *concessão patrocinada*, representada pela concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Diante deste conceito legal, temos dois atos comissivos empregados em conjunto para benefício da iniciativa privada. São:

a) o adimplemento de um *quantum*, exclusivamente por parte da Administração Pública, através das formas previstas (artigo 6º) para a satisfação do serviço ou obra pública realizada pelo empreendedor privado; e

b) a imposição da responsabilidade de adimplemento da prestação realizada ao empreendedor privado pelo usuário do serviço ou obra pública realizada na forma de outorga de direitos em face da Administração Pública (artigo 6º, III).

A primeira complementação de pagamento vem a ser a usual, onde o parceiro público assume o ônus da realização da contraprestação ao parceiro privado.

No entanto, esta forma pode sofrer alterações na forma de fixação do pagamento, sendo efetivada por intermédio de uma prestação que vislumbre o custo da obra mais o lucro a ser auferido pela iniciativa privada, limitado ao *best value*⁵ ou através do chamado *pedágio fictício*⁶, em que o parceiro público estipula um número de usuários que possam utilizar o serviço ou obra pública e passa a realizar o adimplemento do empreendedor privado desta forma, ou seja, seria realizado um estudo por empresa idônea e estranha às partes contratantes para verificar o número de usuários de uma auto-estrada ou de um hospital.

A segunda complementação de pagamento, que determinará a existência da *concessão patrocinada*, é a mais usual para a realidade brasileira, que detém ampla experiência nas operações de concessões comuns. Porém, seu modo de pagamento somente poderá se dar de

5 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 145.

6 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 164.

uma forma: pela efetiva utilização da obra ou serviço público pelo usuário, deixando de empregar a forma de pedágio fictício, mas de pedágio real.

Acreditamos que este tipo de *pedágio real* está incluído na forma de pagamento do artigo 6º, III da Lei nº 11.079/04, pois conforme leciona Cretella Neto “A expressão 'direitos em face da Administração Pública' abrange, portanto, vasta gama de créditos - neste inciso, a lei não parece vedar a que se inclua, também, os tributários - e estes podem, também, ser dados em contraprestação ao empreendedor privado”.⁷

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal - STF classificou a quantia cobrada por pedágio como "taxa" ao interpretar a Lei 7.712, de 22.12.1988, à luz dos arts. 145, II, e 150, V, da CF (STF, 2.ª T., RE 181.475, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.05.1999). Portanto, entendemos que a cobrança de pedágio também poderá figurar como forma de pagamento da iniciativa privada pela forma de outorga de direitos em face da Administração Pública, segundo exposto no artigo 6º, III.

Desta forma, a realização de uma Parceria Público-Privada do tipo D.B.F.O. (Design, Build, Finance e Operate)⁸ por meio de concessão patrocinada, por exemplo, para a construção de uma auto-estrada, resultaria em uma mesclagem de pagamentos que seriam prestados parte pelo Poder Público e parte pelo usuário efetivo da obra pública, por intermédio dos pedágios instalados nas rodovias e o conseqüente pagamento de uma taxa.

O § 2º do artigo 2º, da Lei nº 11.079/04 expõe o tipo *concessão administrativa* de Parceria Público-Privada, representando 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.

O conceito legal exposto acima representa um ato comissivo a ser praticado pelo parceiro público em benefício do parceiro privado, tendo em vista sua prestação realizada.

O ato comissivo vem a ser a satisfação, pelo Poder Público, da

7 RT 783/264 e RTJ 169/1.044.

8 Projetar, Construir, Financiar e Explorar

contraprestação a ser entregue ao empreendedor privado pelo serviço ou obra desempenhada. Deverá ser realizada, exclusivamente, pelo Poder Público?

Entendemos que sim, uma vez que a primeira parte do § 2º, do artigo 2º mostra que a Administração Pública será a usuária direta ou indireta da obra ou serviço público, ou seja, o usuário cidadão comum não terá acesso à realização da iniciativa privada, tendo em vista ser voltada exclusivamente ao uso e gozo da Administração Pública.

Para este tipo de Parceria Público-Privada também existem modos de fixação de pagamento como, por exemplo:

- a) contrato de *Shadow Toll*;
- b) pelo real custo da obra ou serviço mais o lucro do empreendedor privado, limitado ao *best value*;
- c) pedágio fictício.

O contrato de *Shadow Toll* é aquele em que a Administração Pública contrata o empreendedor privado para uma das várias formas de gestão da Parceria Público-Privada e realiza, exclusivamente, o pagamento em função do uso real da obra.⁹

O contrato acima denominado é dos modos mais racionais de fixação de pagamento para o empreendedor privado, sendo que, em linhas gerais, representa a forma de pedágio real, existindo, porém, uma diferença: este pedágio real é adimplido exclusivamente pela Administração Pública, decorrendo desta questão a expressão *Shadow Toll*.

Pelo real custo da obra ou serviço mais o lucro do empreendedor privado, limitado ao *best value*, temos como a segunda forma mais racional de fixação de pagamento, uma vez que o *best value* vem a ser a mola mestra de um programa de Parceria Público-Privada, pois caso inexistisse o incentivo de economia para a Administração Pública, não faria sentido a existência de um plano de parceria com a iniciativa privada.

Em relação ao pedágio fictício, a cobrança seria feita por uma estimativa de uso da obra ou serviço pela Administração Pública,

9 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 164.

sendo que poderá ser mais vantajoso para esta caso utilize mais vezes o empreendimento e poderá ser mais oneroso caso a Administração utilize abaixo do estudo realizado. Assim, prepondera um grau de incerteza neste modo de fixação de pagamento.

1.2. Operações Urbanas Consorciadas. Distinção para com as Parcerias Público-Privadas.

Este tópico surgiu da posição assumida por Paulo José Villela Lomar¹⁰, uma vez que expõe que as Operações Urbanas Consorciadas, provenientes da Lei nº 10.257/2001, artigos 32 a 34, corresponderiam às Parcerias Público-Privadas. No entanto, não comentam o motivo.

Para uma melhor análise sobre o tema, a Lei nº 10.257/01 estabelece em seu artigo 32, § 1º que: “Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

Este tipo de parceria aproxima-se mais do tipo de operação urbana definida por José Afonso da Silva como *integrada*, pois representa um conjunto de medidas coordenadas pelo Poder Público com a participação da sociedade em geral, visando à transformação, melhoria e valorização de uma região¹¹.

A Operação Urbana atende a toda uma área que pode ser atendida por um projeto social que coloque as necessidades da população desta microrregião, utilizando de instrumentos legais que visam à participação do empreendedor privado e de qualquer pessoa da comunidade para implantar uma melhoria urbanística¹².

A visão entregue pela Lei, através do conceito acima exposto, realmente passa uma idéia de parcerias entre a Administração Pública

10 DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (comentários à Lei nº 10.257/01)*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

11 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

12 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

e a iniciativa privada, uma vez que será realizado um programa com a participação dos dois entes para a consecução de um objetivo, que atenderá a função social da propriedade que a sociedade de uma determinada região é carente.

Entretanto, devemos entender esta “parceria” em um gênero, como tantas existentes em nosso País como, por exemplo, através das OSCIP's (Organização da Sociedade Civil com Investimento Público), instituída pela Lei nº 9.790/99, em que as organizações não governamentais despem-se da roupagem filantrópica para realizar uma verdadeira parceria com o Poder Público, como também ocorre no Estado de São Paulo, por intermédio do Decreto nº 40.000, de 16 de março de 1995, que institui o Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de Obras de Infra-estrutura.

Notamos a mesma posição de Batista dos Santos ao abordar que “As chamadas 'parcerias' com a iniciativa privada representam recurso bastante utilizado atualmente, em especial devido à grande dificuldade de atender os objetivos propostos, com poucos recursos públicos disponíveis (e muitas vezes mal administrados)”.¹³

Assim, podemos descrever as seguintes distinções entre Operações Urbanas Consorciadas (Lei nº 10.257/01) e Parcerias Público-Privadas, da seguinte forma:

a) as Parcerias Público-Privadas não permitem a participação de toda a sociedade, existindo um procedimento licitatório para a definição do concessionário vencedor;

b) as Parcerias Público-Privadas não possuem o caráter de gratuidade que existe nas Operações Urbanas Consorciadas, tendo em vista que o empreendedor privado naquela visa ao lucro, enquanto, nesta não;

c) nas Parcerias Público-Privadas inexistente expedição de certificado para negociação com terceiros para pagamento da obra ou serviço público realizado pela iniciativa privada, uma vez que já possuem um fundo garantidor;

d) as Operações Urbanas Consorciadas não exigem a

13 MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

existência do *Best Value for Money*.

Desta forma, a distinção para com as Parcerias Público-Privadas deve ser realizada, uma vez que, em decorrência da Lei nº 11.079/04, não podemos colocar todos os tipos de parcerias sob o mesmo crivo da Lei mencionada acima, mas acatar suas diferenças para aproveitar o que de melhor existe em cada instituto.

2.0 Objeto.

Antes de traçarmos o objeto sobre o qual foi instituída a Parceria Público-Privada, consideramos salutar trazer a posição dura e realista realizada por Bandeira de Melo que, em uma posição pessoal, se distingue dos meios de comunicação e do próprio Governo Federal no momento de comentar tal programa.

O eminente Professor leciona que “Trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A 'parceria público-privada', que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista - outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo anterior, em despeito de sua álaçre submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro.”¹⁴

Os contornos de realidade até então existentes pelo noticiário que emitia várias vezes perspectivas excessivas em relação às Parcerias Público-Privadas e do próprio Governo Federal, que empregou grande esforço para que sua bancada aprovasse a Lei nº 11.079/04, ganham, neste instante, o facho de luz necessário para que a realidade seja desvendada e para que os debates fujam da noção isolada até agora imposta pelos maiores interessados na consecução de uma Parceria Público-Privada: as instituições financeiras.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 724.

Quando de nossa posição em relação ao alinhamento de pensamento de Wald com o Governo anterior, no item intitulado de “O consumidor como destinatário final da obra”, vem demonstrar-se verdadeira, a partir do momento em que o autor abraça a questão do neoliberalismo ao expor em sua obra¹⁵ a citação do Primeiro Ministro da Inglaterra, Tony Blair, e do Presidente dos Estados Unidos da América, George Bush, que pregam, respectivamente, o seguinte:

“O que caracterizará o próximo século é o stakeholding, ou seja, a criação de uma sociedade de parceiros.” (*New Britain, My Vision of a Young Country*).

“Temos a visão de uma nova parceria entre as nações, que deverá transcender a guerra fria. Uma parceria baseada na consulta prévia, na cooperação e na ação coletiva exercida por intermédio das organizações internacionais e regionais. Uma parceria baseada nos princípios e na supremacia do direito e sustentada pela partilha equitativa dos custos e dos comprometimentos. Uma parceria que terá como fim mais democracia, mais prosperidade, mais paz e menos armamentos.” (Discurso proferido nas Nações Unidas em 1º-10-1990).

As citações trazidas a esta pesquisa são preocupantes, sendo que, deixaremos para analisar a primeira quando de nossa análise sobre a Governança Corporativa inserida no texto da Lei nº 11.079/04, mas que deixam clara a idéia de neoliberalismo de que estes ideais não devem ser extrapolados para o exercício de todas as Nações, mas apenas daquelas que representem a força do poderio capitalista e militar, ou seja, vem a ser a utilização de uma máxima da sabedoria popular que, embora quebre a formalidade da pesquisa, consideramos útil: “Façam o que falo, mas não façam o que faço”.

Os dois argumentos distintos em relação às Parcerias Público-Privadas existentes pelo posicionamento de dois ilustres Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Arnoldo Wald, vêm entregar à presente pesquisa o equilíbrio essencial para uma discussão, que busque a utilização de outras possíveis argumentações.

15 WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

Acreditamos que, realmente, os maiores interessados na consecução das Parcerias Público-Privadas são as grandes instituições financeiras, tendo em vista que em nenhum momento presenciamos tamanha garantia entregue pela Administração Pública à iniciativa privada para a formatação de um plano de governo.

Uma leitura dos artigos 4º, VI; 5º, § 2º, I; e, principalmente do artigo 16, *caput*, todos da Lei nº 11.079/04, deixam claro os nítidos benefícios auferidos pela iniciativa privada.

A partir do momento em que a Administração Pública entrega ao empreendedor a possibilidade de repartição objetiva de riscos entre as partes, a legislação nacional avança de tal modo, em comparação com a legislação portuguesa, por exemplo, que não emprega esta repartição de riscos ostensivamente, que acabamos por não entender a necessidade do legislador pátrio ao presentear o empreendedor privado com tal benesse, uma vez que este já dispunha de ampla garantia ofertada pelo Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, estabelecido no artigo¹⁶.

Outro ponto que vem demonstrar a benesse exagerada ao parceiro privado está estatuído no artigo 5º, § 2º, I, da Lei nº 11.079/04, que já fizemos ampla análise em capítulo anterior.

A questão da União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar de um programa de Parcerias Público-Privadas estarem obrigadas pela legislação a ofertar e separar um capital no montante de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais) em um fundo próprio, que possui o objetivo de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, em virtude dos programas de parcerias que trata esta Lei, configura um benefício ao parceiro privado que, por si só, traria uma segurança jurídica a este que seria desnecessária qualquer outra proteção adicional.

Desta forma, vemos que o princípio de reciprocidade de benefícios entre as partes existe, mas tal benesse ofertada ao empreendedor privado foge de aceitável em um País que apresenta grandes distorções sociais.

O benefício a ser experimentado pelo setor público está na sua impossibilidade e desinteresse na realização de obras e serviços

públicos, que sejam convergentes à realização de uma infra-estrutura que contemple uma política social adequada às necessidades dos cidadãos, que há tempos sofrem o infortúnio de contribuírem com altos encargos sociais, mas que não possuem a contraprestação devida, como escolas, assistência médica e tranquilidade com um serviço de segurança apto aos seus anseios.

Nos países que aplicam as Parcerias Público-Privadas, existem as contratações para construção de auto-estradas, portos, aeroportos, ou seja, de grandes obras que buscam a consolidação de uma política externa e interna de crescimento do capital. Entretanto, encontramos mais notícias justamente sobre a construção de obras sociais responsáveis para a satisfação do cidadão no recebimento de sua contraprestação realizada pelo Estado, mesmo que seja por intermédio de gestão pela iniciativa privada.

Na cidade de *Bristol*, Inglaterra, estão sendo construídas oito escolas, sendo que quatro escolas já tiveram suas construções iniciadas.¹⁶

O contrato de Parcerias Público-Privadas foi realizado para um prazo de 25 anos, onde o parceiro privado assume a responsabilidade de construção e gestão das escolas Henbury, Portway, Bedminster Down and Monks Park.

Este programa, estimado em cento e cinquenta milhões de libras, designado de “Construindo Escolas para o Futuro”, que promete a reconstrução ou renovação de todas as escolas secundárias inglesas durante os próximos 15 anos, prevê a construção ou reforma das seguintes escolas: Hartcliffe, Whitefield Fishponds, Brislington e uma faculdade de tecnologia.

Interessante transcrever as palavras do Prefeito de Bristol: “Embora o dinheiro esteve disponível no passado para o trabalho básico de manutenção, nunca era o bastante - conseqüentemente a necessidade por reconstruir agora. A educação está mudando: nós estamos colocando as crianças em edifícios que foram ajustados para um tipo diferente de educação”.

Ainda em *Bristol*, há três outros projetos de Parcerias Público-

16 www.bbc.com/bbcnews~1.htm. Acessado em 19 de março de 2005.

Privadas que estão divididos da seguinte forma:¹⁷

a) a construção de um novo edifício para abrigar doze Tribunais, investindo o valor de sessenta e um milhões de libras;

b) a reforma da rodoviária, orçada em quarenta milhões de libras;

c) a construção de um prédio de onze andares para residência dos trabalhadores da Prefeitura da cidade.

Em *South Lanarkshire*, Escócia, serão construídas dezessete escolas e outras duas serão reformadas e modernizadas, representando um investimento de duzentos e setenta milhões de libras, com prazo de quatro anos (início no verão de 2005 e término em 2009).¹⁸

Desta forma, pelos exemplos citados acima, devemos ter em mente que o programa de parcerias, orientado pela Lei nº 11.079/04, deverá possuir maior harmonia entre os interesses das partes envolvidas, tendo em vista que possibilita ganhos extraordinários para todos, pois não sendo realizada a infra-estrutura adequada, prejuízos ocorrerão e a população será a mais prejudicada, bem como a iniciativa privada não teria uma gama imensa de obras e serviços públicos a serem explorados.

Exemplo marcante é o que a Comissão das Comunidades Europeias mostra em seu comunicado para o desenvolvimento da rede transeuropeia de transportes, citando o acidente ocorrido em 24 de março de 1999, que encerrou o túnel do Monte Branco, culminando com a inadequação das ofertas alternativas, em especial a oferta de rede ferroviária, impondo um impacto negativo na economia do Vale da Aosta, Itália, em termos de rendimento interno bruto. Calcula-se que, entre 1999 e o início de 2002, este impacto tenha representado algo em torno de três bilhões de euros no total, um terço dos quais imputados ao aumento de custos do transporte e o restante em uma diminuição das exportações para outros países da União Europeia.¹⁹

17 www.bbc.com/bbcnews~2.htm. Acessado em 19 de março de 2005.

18 www.bbc.com/bb3141~1.htm. Acessado em 19 de março de 2005.

19 *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à generalização e à interoperabilidade dos sistemas de teleportagem rodoviária na Comunidade*.

Comissão das Comunidades Europeias. 2003/0081 (COD). Acessado em

<http://europa.eu.int> em 19 de abril de 2005.

3.0 CONCLUSÃO

Visto este novo instituto do proclamado Estado Pós-Social, podemos concluir que seu objetivo é o de realizar a eficiência tão preconizada pela Constituição Federal, e porque não falarmos imposta ao Estado, de acordo com o artigo 37, caput da Carta Magna. No entanto, somos sabedores de que o instituto virá deslocar esta exigência de eficiência do Estado para o particular, de forma que este desempenhe através de seu conhecimento, os atos que deveriam ser inerentes ao Administrador Público.

A importância desta nova fase é deveras importante, uma vez que se não somos, como cidadãos, agraciados com a gestão do dinheiro público da forma como deveria ser realizado, temos a oportunidade de demonstrar, enquanto empresários e, inerente a esta qualidade, podemos falar também como cidadãos, na possibilidade em realizar obras de qualidade a um custo menor, levando a eficiência também em relação ao prazo de cumprimento do contrato.

4.0 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BALSAS, Carlos. *Urbanismo Comercial e Parcerias Público-Privadas*. Lisboa: Observatório do Comércio, 2002.

CHIOVENDA, Giusepe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (comentários à Lei nº 10.257/01)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso AntônioBandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NETO, José Cretella. *Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

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

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUARDA COMPARTILHADA, DIREITO DOS FILHOS CONVIVEREM COM OS PAIS.

Carmen Luiza Bitarães Latini

Bacharela em Direito pela FACTU

Graduada em Pedagogia

Inspetora Ensino pela SEE/MG

Pós-graduanda em Direito Público pela FACTU

RESUMO

Este artigo trata do direito de família, enfatizando o instituto da guarda compartilhada. Evidencia pontos positivos e importantes, pois, o que interessa é o bem estar do menor e seu desenvolvimento como pessoa humana em ambiente familiar equilibrado. Este instituto ainda, não é muito utilizado nas decisões judiciais nos tribunais brasileiros, quando há separação dos pais; vêem-se filhos sendo usados como objetos materiais de luta e de divergência entre os genitores. É um direito dos filhos conviverem com os pais, pois a manutenção de laços entre pais e filhos, é muito importante no desenvolvimento da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVES: Família, pais, filhos, guarda, interesse do menor.

ABSTRACT

This article deals with the family law, emphasizing the institute of the shared guard. It evidences positive points and important, therefore, what it interests is the welfare of the minor and its development as person human being in balanced familiar environment. This institute still, very is not used in the sentences in the Brazilian courts, when it has separation of the parents; children see themselves being used as material objects of fight and divergence between the genitors. It is a right of the children to coexist the parents, therefore the maintenance of bows between parents and children, is

very important in the development of the child and the adolescent.

KEY WORDS: Family, parents, children, keep, interest of the minor.

1.0 INTRODUÇÃO

Para falar de guarda compartilhada é necessário primeiro definir o que é poder familiar.

O poder familiar, conforme Diniz (2002, p. 447).

Pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Diniz nos ensina que ambos têm igualdade de condições, poder decisório, sobre a pessoa e bem do filho menor não emancipado. Se houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz à solução necessária, visando sempre o interesse da prole, garantia esta prevista no art.1.690, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

Quanto ao instituto da guarda compartilhada, deverá ser visto como uma saída inovadora a ser aplicada pelos magistrados, dando aos menores o direito de viverem com os pais, após a separação ou divórcio.

Embora este instituto ainda, não é muito utilizado nas decisões judiciais nos tribunais brasileiros, quando há separação dos pais; vêem-se filhos sendo usados como objetos materiais de luta e de divergência entre os genitores.

É um direito dos filhos conviverem com os pais, pois a manutenção de laços entre pais e filhos, é muito importante no desenvolvimento da criança e do adolescente.

O artigo está fundamentado em estudos minucioso das espécies de guarda e, de forma pormenorizada, da guarda compartilhada, pois, o filho tem o direito de conviver com o pai e a mãe, que têm como vital importância no desenvolvimento de seus filhos suas presenças, amor e carinho recíprocos.

Mesmo não tendo norma expressa, há vários diplomas legais que poderiam ser aplicados por analogia e interpretação extensiva. Entre eles, podem ser citados: a C.F./88 em seus arts. 5º, I, 226, § 5º, § 7º; a Lei 6.515/77 em seus arts. 9º e 27; a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente que em vários artigos, dispõe sobre a proteção integral e o melhor interesse do menor. O CC de 1916 previa Pátrio Poder e o novo CC de 2002 prevê Poder Familiar.

2.0 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. CONCEITO E CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para Venosa, (2003, p. 23), “o direito de família, é o ramo do direito civil com características peculiares, integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem estar social”.

O novo Código (Lei n. 10.406, sancionada em 10/01/2002) destina o Livro IV da Parte Especial para o Direito de Família.

Os temas tratados pelo direito de família são: o casamento, a união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo ou assistencial.

2.2. OBJETO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme Diniz, (2002, p. 09), “o objeto do direito de família é a própria família”. Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família:

a) a amplíssima; b) a lata; e, c) a restrita.

2.3. OS CARACTERES DA FAMÍLIA

De acordo com Rodrigues, (apud Diniz, 2002, p. 13), existem vários caracteres. São eles:

a) Caráter Biológico - A família é o agrupamento natural por Excelência, pois o homem nasce, vive e se

reproduz nela.

b) Caráter Econômico – A família contém condições que possibilitam ao homem obter elementos imprescindíveis à sua realização material, intelectual e espiritual.

c) Caráter Religioso – A família é uma instituição moral ou ética por influência do Cristianismo.

d) Caráter Político – A família é a célula da sociedade; dela nasce o Estado.

e) Caráter Jurídico – A estrutura orgânica da família é regida por normas jurídicas, cujo conjunto constitui o direito de família.

2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme Gomes, (apud Diniz 2002 ps. 17 a 21), o moderno direito de família rege-se pelos seguintes princípios:

a) Princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável-perdure completa comunhão de vida.

b) Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros – desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões são tomadas de comum acordo entre marido e mulher e conviventes.

c) Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos – Não há mais distinção entre filhos oriundos do matrimônio ou não. Incluindo os adotivos legais.

d) Princípio do pluralismo familiar – a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental).

e) Princípio da consagração do poder familiar – O poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente pelos genitores, desaparecendo o poder marital e paterno.

f) Princípio da liberdade - O casal tem liberdade de escolha do regime de casamento, união estável, planejamento familiar, livre aquisição e administração do patrimônio familiar e o modelo de formação educacional, cultural e religioso da prole.

g) Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana – Previsto na Constituição Federal, art. 1º I, que constitui base da comunidade familiar garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).

De acordo com Barros, citado por Diniz, (2002, p. 26), “a natureza do direito de família é um direito extrapatrimonial, portanto personalíssimo, irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo de exercício por meio de procuração”.

Como pondera Ruggiero, citado por Diniz, (2002, p. 27) “todo direito de família repousa nesta idéia: os vínculos se estabelecem e os poderes se outorgam não tanto para criar direitos, como para impor deveres”.

2.5. DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A partir do século XX, é que o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, com a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, não há preponderância do varão na sociedade conjugal.

A Constituição de 1988 em seu art. 226 consagra a proteção à família, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, família natural e a família adotiva.

Venosa, (2003, p. 30) cita Muniz. (In: Teixeira, 1993: 77)

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. “A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica) E do ponto de vista

sociológico inexistente um conceito unitário de família”.

Conforme Oliveira, citado por Venosa, (2003 p. 30), apresenta rol de princípios constitucionais do direito de Família na atual Constituição Federal, advertindo que não é exaustivo, pois outros podem se inferidos de princípios gerais ou implícitos:

Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões e as famílias monoparentais (art.226, §§ 3º e 4º): igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput I e art.226, 5º: dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º): dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º): assistência do estado a todas as espécies de família (art., 226, § 8º): dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direito inerente à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º): igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º): respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes os de ampararemos pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229): dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

3.0 PÁTRIO PODER E PODER FAMILIAR

O novo Código Civil contempla a igualdade constitucional

entre homem e a mulher, denominado assim Poder Familiar. Dispõe o art. 1630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

“O Poder Familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei”. Segundo Rizzardo, citado por Venosa (2003, p. 355).

Santos (1999, p. 511), citado por Venosa, (2003, p. 355), observa: “O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, um conjunto de poderes-deveres exercidos conjuntamente por ambos os progenitores”.

Rizzardo (1994: 897) observa que, “hoje, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar”... Citado por Venosa (2003, p. 355).

Ramos (2005, p. 28) cita Grisard Filho, que por sua vez traz uma excelente definição de Neto quanto ao pátrio poder:

É o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e a mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educar.

Pela destacada evolução do Pátrio Poder, especificamente em nossa legislação, que o Poder Familiar traz hoje o amplo significado da igualdade entre os pais, devendo ambos assumir todos os direitos e obrigações ao colocarem no mundo ou adotarem um seu humano.

3.1. CONTEÚDOS DO PODER FAMILIAR

Conforme Diniz, (2002, p. 451), o conteúdo do poder familiar “engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados”.

De acordo com o art. 1634, do CC, compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

- 1) Dirigir-lhes a criação e educação (CF, art. 229; Lei nº. 8069/90, arts. 4º, 19, 53 e 55)...
- 2) Tê-los em sua companhia e guarda...
- 3) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar...
- 4) Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o poder familiar...
- 5) Representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento...
- 6) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, por meio de ação de busca e apreensão...
- 7) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação...

Como assevera Ramos, (2005, ps. 40 a 42):

Entre os poderes/deveres dos pais, portanto, estão: a guarda dos filhos a responsabilidade sobre a educação destes, o deferir o consentimento matrimonial cuja denegação admite o suprimento judicial, a nomeação de tutor, a representação se for o caso de absolutamente incapaz a assistência se relativamente incapaz a boa administração e usufruto dos bens a responsabilidade civil por atos ilícitos praticados pelo filho, o dever de zelar para que o filho não seja encontrado em situação de risco e etc.

Conforme leciona Bittar, citado por Ramos (2005, p. 44): “É de ambos o exercício em paridade de condições, sob o controle judicial (Lei Nº. 8.069/90, art. 22), não se alterando as relações com os filhos em razão da separação dos pais, senão quanto ao direito de tê-los em sua companhia (Código Civil de 2002, art. 1.632)”.

3.2. DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER OU PODER FAMILIAR.

Silva, (2005, p. 34) cita Rizzardo que afirma: “o lar é uma

escola onde se amoldam os caracteres e a personalidade dos filhos”.

De acordo com Rodrigues (2004, p. 368):

Efetivamente, em se verificando que os pais, pelo seu comportamento, de um modo ou de outro prejudicam os filhos, o ordenamento jurídico reage e, conforme a menor ou maior gravidade da falta praticada, suspende-se ou os destitui do pátrio poder ou poder familiar.

O poder familiar se extingue pela morte dos pais ou do filho, pela maioridade do filho.

A adoção extingue o Pátrio poder, pois ocorre com a concessão dos pais ou por sentença legal. Os pais ao concederem-na renunciam.

O Poder Familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens, do que um direito. O direito é da prole de receber, de quem a gerou ou adotou os cuidados de que necessita. O cumprimento desse direito tem apoio no ordenamento jurídico e é supervisionado pelo Estado.

4. MODALIDADES DE GUARDA

4.1 GUARDA COMUM, DESMEMBRADA E DELEGADA

Tanto na família legítima como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores, da constância do casamento. Esta é a guarda comum, pois consistem na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor.

Conforme Grisard Filho, (2002, p. 73): “Sua origem, pois, não é legal nem judicial, antes natural, decorrente do fato da paternidade e da maternidade. E assim deverá manter-se nas hipóteses de cisão, através do compartilhamento”.

4.2. GUARDA ORIGINÁRIA E DERIVADA

A guarda derivada é a que surge da lei, através dos arts. 1728 à 1734 do novo Código Civil, e corresponde a quem exerça a tutela do

menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme o art. 30 do ECA.

4.3. GUARDA DE FATO

Esta se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem nenhuma atribuição legal ou judicial, não sofre ele nenhum direito de autoridade, porém em todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, com a assistência e educação.

4.4. GUARDA PROVISÓRIA E DEFINIDA. GUARDA ÚNICA

A Guarda provisória é também chamada temporária, pois existe a necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como primeiro modo de organizar a vida familiar.

É uma medida provisória, tornar-se definitiva, após o exame de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. Então, o menor, ficará sob a guarda, de um dos pais, sob o regime da guarda única.

É a partir da sentença, que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal, que o tema adquire um grau de estabilidade, de definitividade – guarda permanente.

Conforme assevera Grisard Filho (2002, p. 75) “a guarda nunca é definitiva, pois seu regime a de seguir a evolução da circunstância que envolve a vida dos personagens”.

A guarda pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (arts. 35 e 149, parágrafo único, do ECA), porque sua concessão não faz coisa julgada. A sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do art. do CPC. Tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevinda modificações no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

No Brasil predomina a guarda única, exclusiva, de um só dos

progenitores, o qual detém a 'guarda física', que é a de quem possui proximidade diária do filho, e a 'guarda jurídica', que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.

Segundo Silva, (2005, p. 61): “Aqui prepondera a guarda instituída à mãe, embora a guarda paterna venha se avolumando lentamente, por causa de transformações sociais e familiares”.

4.5.GUARDA POR TERCEIROS, INSTITUIÇÕES E PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Esta só acontece em situações extremas recorre-se à entrega da guarda a um estranho, parente ou não.

Possibilidade esta mantida na Lei do Divórcio, art. 10 3 2º. E no ECA em seus arts.13 e 15, podendo definir a guarda a parentes e a estranhos terceiros. No ECA, a figura do terceiro equivale a família substituta.

Conforme Silva, citado por Grisard Filho (2002, p. 76).

A guarda por terceiros obriga este à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, como se vê no artigo 33 do ECA, que não ficam dispensados de seus deveres de assistência, v.g., alimentos, uma vez que não afeta o pátrio poder.

Caso não existam parentes nem estranhos ao menor que aceite o encargo, o menor será colocado em instituição governamental ou não, esta situação está prevista no art. 30 do ECA, como sendo solução última de guarda.

4.6.GUARDA JURÍDICA E GUARDA MATERIAL

Na constância do casamento o poder familiar, e a guarda, é obrigação dos pais, conforme o disposto no art. 1.631 do CC e 21 do ECA. Observa-se o mesmo na união estável pelo que dispõe o art. 2º. da Lei 9.278/96.

Com o advento da separação, é garantido pelo art. 1.632 do CC e 27 da Ldiv. Que nenhum dos pais perde o poder familiar relativamente aos filhos menores.

Consoante Grisard Filho (2002, p. 78). “A separação dissolve a sociedade conjugal, porém não parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direito e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges”.

Para De Page, citado por Grisard Filho, (2002, p. 78) “ a *guarda jurídica* é exercida à distância pelo genitor não-guardador. A *guarda material*, realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente”.

4.7. GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada não está prevista em nosso ordenamento jurídico, ela é substituída pelo chamado direito de visita, conforme o art. 15 da Ldiv. e foi proibida na França em 1984, por decisão do Tribunal de Cassação.

É concedido aos pais tanto a guarda jurídica como a material, neste modelo. Há uma alternância no período em que o menor fica com cada um dos pais.

Este tipo de guarda é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e ideais na mente do menor e à formação de sua personalidade.

No plano jurídico, a guarda alternada também gera preocupações, é o que adverte Leite, citado por Grisard Filho, “qual dos genitores é responsável pelo menor?” “é possível se admitir que os atributos sobre os bens da criança mudem periodicamente de titular? Etc.”.

4.8. ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

Neste modelo são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivam os menores, em períodos alternados.

É um tipo de guarda que depende de altos custos, pois há

necessidade de se manter três residências.

4.9. GUARDA JURÍDICA E MATERIAL COMPARTILHADA OU CONJUNTA

Para Silva (2005, p. 65) “A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, no meio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária”.

Conforme assevera Grisard Filho (2002, p. 79), a guarda jurídica compartilhada é:

Um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Sendo assim, os pais podem planejar a guarda material compartilhada. Dividindo o tempo de convivência com os filhos de forma flexível e responsável, visando sempre o interesse do menor, que será sempre, de conviver com os seus pais, apesar da separação conjugal.

4.10. MODIFICABILIDADE DA GUARDA

As decisões sobre guarda são tomadas segundo a realidade fática do caso concreto, amparado pelo art. 13 da Ldiv. e 35 do ECA, podendo o juiz agir com certo poder discricionário. Como a circunstância que determinaram a decisão venha ser modificada, poderá ser revista a decisão outrora decidida na sentença.

4.11. GUARDA E TUTELA

Aos menores de 21 anos que não estejam sob a autoridade dos pais, a lei organiza a tutela.

A tutela tem caráter protetivo ou assistencial, ao lado do poder familiar e curatela.

O instituto da tutela tem previsão legal nos seguintes diplomas: CC em seus arts. 1.728 à 1.766, no ECA nos arts. 36 a 38 e no CPC, através dos arts. 1.187 à 1.198.

O fim da tutela é substituir o poder familiar e, por isso, recebendo aí uma estrutura jurídico-familiar.

Algumas considerações sobre guarda e tutela feita por Grisard Filho, (2002, p. 83):

Enquanto o pátrio poder é exercido sem controle do Estado a tutela é fiscalizada pelo juiz. A tutela é temporária servindo os tutores por dois anos, prorrogáveis. No pátrio poder o genitor tem o usufruto sobre os bens dos filhos, o que não ocorre na tutela. No pátrio poder a venda de bens do menor exige autorização judicial, enquanto na tutela, além da autorização, a venda só pode ser feita em *hasta pública*. Somente com autorização do juiz o tutor pode emancipar o menor. A tutela é unipessoal, ao passo que o pátrio poder é exercido conjuntamente pelos pais. A tutela é incompatível com o pátrio poder e só pode ser deferida se deste decair o genitor. O pátrio poder decorre do fato da filiação. A tutela decorre da lei.

São três espécies de tutela: *a testamentária*, por nomeação dos genitores, conforme o art.1.729 do CC, *legítima*, à falta da anterior, prevista no art. 1731 do CC, *dativa*, derivada de sentença judicial, nos termos do art. 1.732 do CC.

5.0 GUARDA COMPARTILHADA

5.1. A RUPTURA DOS LAÇOS FAMILIARES: SURGIMENTO DO PROBLEMA

Com a permanência da família, *legítima ou natural*, a criança desfruta de seus dois genitores. Com a ruptura, ou seja, a separação, um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e outro conserva as faculdades potenciais de atuação.

Para Grisard Filho, (2002, p. 108), “A ruptura afeta diretamente a vida dos menores, porque modifica a estrutura da família e atinge a organização de um de seus subsistemas, o parental. Com a ruptura surge o problema da atribuição da guarda: ao pai ou à mãe?”

Em resposta a este questionamento há duas vertentes: acordo entre os pais, sendo esta a mais ideal para criança, ou a atribuição da criança a um dos genitores, por sentença judicial.

Em resposta a este questionamento há duas vertentes: acordo entre os pais, sendo esta a mais ideal para criança, ou a atribuição da criança a um dos genitores, por sentença judicial.

A imposição judicial é menos desejável, porque é alheia ao ambiente familiar. E o menor, segue tendo o direito a conservar seu pai e sua mãe, pois é fundamental à sua formação pessoal manter os vínculos com seus genitores, e eles são responsáveis pelo desenvolvimento integral dos filhos.

A partir da segunda metade do século do século XX, começa-se a questionar o denominado *instituto maternal*, onde a mulher vai se inserindo no mercado de trabalho, e ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício da parentalidade.

Grisard Filho (2002, p. 109), afirma que:

Atualmente procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para

proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é causa disso, mas sobre ele caem os efeitos.

5.2.A COORESPONSABILIDADE DOS PAIS NA CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO DOS FILHOS

A vontade de ambos os pais, compartilharem a criação e a educação dos filhos, e estes terem comunicação mais efetiva com os pais, motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.

Historicamente a preferência legal a guarda materna permaneceu até a década de 60, sendo o pai o provedor e sem nenhum papel direto na educação dos filhos.

Na segunda metade do século, a mulher é inserida no mercado de trabalho mudando assim as regras tanto no âmbito social como no familiar.

Os homens passam assumir responsabilidades no lar e querem participar mais ativamente na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos.

Neste novo contexto histórico o pai provedor e a mãe dona de casa não funcionam bem. Dentre várias mudanças vêm-se as falhas que o sistema apresentava o movimento feminista, a facilitação ao divórcio, a aceitação da união estável, levavam à constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.

Para Grisard Filho, (2002, p. 115), “o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com os dois genitores na família pós-ruptura”.

Segundo Leite, citado por Grisard Filho (2002, p. 115). “A guarda conjunta mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.

Consoante Grisard Filho, (2002, p. 115): “A guarda compartilhada ou conjunta, é um chamamento dos pais que vivem separados para

exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.

Para a psicóloga e psicanalista Mota, citada por Grisard Filho (2002, p. 116):

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo *dever* de guardar seus filhos.

A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar um com outro na tomada de decisões.

Consoante Grisard Filho, (2002, p. 117):

Não mais se discute sobre as perdas que a separação impõe ao menor. Eles perdem a família que sempre conheceram e, fatalmente, um dos pais. Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Ainda Grisard Filho, (2002, p. 117):

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em

debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

5.3.FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A guarda compartilhada decorre do direito constitucional à convivência familiar.

A convivência familiar é um direito fundamental e constitucionalmente assegurado no art. 227 da CF/88, a criança tem o direito de ser criado e educado no âmbito da própria família.

Consoante Schier, citado por Ramos (2005, p. 79): “Há uma necessidade premente de se buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e efetiva realização de valores estabelecidos na Carta Magna diante do direito infraconstitucional”.

De acordo com Ramos (2005, p. 79): “O centro da tutela constitucional, se deslocou do casamento para as relações familiares, dando ensejo a uma tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”.

Ambos os genitores, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercerem esse *múnus*, previsto no art. 5º, inciso I e art. 226, § 5º.

A separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

E o Novo Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou mãe, cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com outro cônjuge, ou fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e

educação.

...

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I- dirigir-lhes a criança e educação;
- II- tê-los em sua companhia e guarda.

Não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização, que são próprios do poder familiar. Deve participar de sua educação e das questões que envolvam afeto, apoio e carinho.

O Direito brasileiro busca através do estudo de uma nova fórmula de guarda, capaz de assegurar a eficácia ao princípio constitucional que, garante aos pais, embora desunidos, uma repartição equitativa no exercício da autoridade parental.

Esta modalidade de guarda opõe-se, com vantagens, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida. À função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, é fundamental.

Assim como não existem normas expressas, também não existem normas que proíbe tal modelo, nem mesmo a escassa Doutrina e Jurisprudência o repelem.

Existe nas leis vigentes vários dispositivos que mostram a possibilidade de aplicar a Guarda Compartilhada em nosso Direito. Eis algumas:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, prevê a igualdade absoluta entre o homem e a mulher. No art. 226, § 5º, a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher. Neste mesmo art. em seu § 7º, reclama uma paternidade responsável.

O ECA em seu art. 1º, impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. No art. 16 inciso V, desse mesmo

diploma legal, prevê garantia ao menor o direito de participar da vida familiar. Já o art. 19, o menor tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família. No art. 22 incumbem os pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Há no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma preocupação em privilegiar o convívio da criança com seus pais, ressaltando a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento.

Da Lei de Divórcio, nº. 6.515/77, em abono a este modelo de guarda, destaca-se seu art. 13: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

Ainda nesta mesma Lei, em seu art. 27 diz que: “O divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”. O que vem reforçar a adoção da guarda compartilhada em nosso país.

No Dec. Lei 3.200/41, em seu art. 16, § § 1º e 2º, autoriza o juiz resolver sobre a guarda de modo a atender o critério geral do melhor interesse do menor.

No Código Civil em seu art. 1.632 diz que: “a separação judicial, ou divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos...”.

Desta mesma lei em seu art. 1.634, explicita sobre o exercício do poder familiar, o que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores. Veja o que determina os incisos:

I- dirigir-lhes a criação e educação; II- tê-los em sua companhia e guarda;

Diante desses vários dispositivos, é possível notar que, antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada.

Conforme Leite, citado por Grisard Filho (2002, p. 160):

Tratando-se, porém de guarda compartilhada, pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum, ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos

os genitores.

Consoante Maldonado, citada por Grisard Filho (2002, p. 164): “A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade. Para algumas pessoas é difícil entender que a relação conjugal terminou, mas a função parental permanece”.

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Diminuindo para eles o medo de perdê-los. Para tal, é imprescindível, estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. Segundo Teyber citado por Grisard Filho (2002, p. 171): “Os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro”.

A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles. O que afirma Grisard Filho (2002, p. 172).

6.0 CONCLUSÃO

Estando a família física e afetivamente unida, não se questiona sobre o exercício da autoridade parental, que é comum. Porém, com a ruptura da convivência familiar bipartem-se essas funções e as decisões relativas aos filhos passam a ser tomadas unilateralmente.

O Direito, para alcançar a evolução da família e da sociedade, também deve evoluir não se limitando as técnicas jurídicas conservadoras. É tarefa primordial a adequação da norma jurídica aos anseios da sociedade moderna, a fim de que brotem soluções mais próximas possível do justo e do adequado para a vida do homem, que, segue caminhos mutáveis e em constante desenvolvimento.

A guarda compartilhada ou conjunta nasceu devido à busca da igualdade entre homens e mulheres nos papéis de pai e mãe, a luta pela dignidade da pessoa e da Justiça, enfatizando sempre o melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada valoriza o papel de cada um dos membros da família, permitindo seja exercido na plenitude o direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

No plano legislativo interno, as diretivas internacionais, dominadas pela idéia dos superiores interesses do menor e da igualdade dos direitos e deveres conjugais, vêm pontuadas em expressivos dispositivos de nossa Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Divórcio. A atribuição da guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, obedece a parâmetros predeterminados pelo legislador, que cedem, entretanto, ao princípio do melhor interesse do menor.

Embora não seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nossa Direito, arrimada em dispositivos que lhe são francamente favoráveis: arts. 225, § 5º, e 229 da CF, art. 21 do ECA, art. 13 da Lei do Divórcio. Pois o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade cotidiana, ao outorgar sistematicamente a guarda única, nega o princípio constitucional da equitatividade no exercício da autoridade parental e à criança o direito a ter dois pais.

O modelo de guarda compartilhada pode se apresentar sob diversas formas de arranjos, devendo ser analisado o caso concreto, com o auxílio de uma equipe interdisciplinar composta de assistentes sociais e psicólogos, e até mesmo de um mediador, figura extremamente importante nos litígios familiares.

São imprescindíveis, que se assegure um contato freqüente do menor com ambos os pais, possibilitando o acompanhamento, por parte destes, no processo de formação educacional e moral de seu filho.

Na medida em que a sociedade e os juízes aceitam que em caso de ruptura ambos os pais estão *a priori* habilitados à criação dos filhos, a guarda compartilhada, por certo, fomentará um melhor vínculo entre os componentes das famílias transformadas, fará justiça aos filhos de pais, que não mais convivem, aumentando a responsabilidade parental.

É essencial lembrar que, se após o rompimento da família não há mais o marido e a mulher, deve persistir sempre o PAI e MÃE.

7.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: SAF, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. V. 5 18. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei nº. 8069, de 13-07-90. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Melhor Interesse da Criança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chabers. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RODIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v.6 – 27 ed. atual, por Francisco José Cahali, com anotações ao Novo Código Civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: LED, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família* v.6 – 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

A RELAÇÃO DE CONVERGÊNCIA ENTRE AS LEGISLAÇÕES APLICADAS SUBSDIARIAMENTE À LEI Nº 11.079/04: A LEI DE CONCESSÕES.

Renato Maso Previde.

Advogado em Franca-SP.

Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFRAN.

Mestre em Direito Privado pela UNIFRAN.

rmconsult@uol.com.br

RESUMO

A convergência de princípios entre a Lei nº 8987/95 e a Constituição Federal surge no momento em que o artigo 175 da Lei Magna determina que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, sendo obrigatória a precedência de licitação.

Desta forma, o artigo mencionado acima, encerra a exigência de uma ação positiva a ser realizada pelo Poder Público para a prestação de serviços ou obras públicas: a realização através de concessão ou permissão.

Estatuído pelo artigo em comento, foi necessário o surgimento da denominada Lei de Concessões, possuindo hierarquia constitucional, pois expressamente obrigatória para a consecução das obrigações do Poder Público, através de regra emanada da própria Constituição Federal.

PALAVRAS CHAVES: Concessões. Subsidiariedade. Parcerias Público-Privadas. Constituição Federal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The convergence of principles between the Law No. 8987/95 and the Federal Constitution comes at a time when the Article 175 of Law Magna provides that the Public Power lies with the provision of public services under a grant or permission, being mandatory the precedence of bidding.

Thus, the article mentioned above, closed the requirement of a positive action to be undertaken by governmental agencies to provide services or public works: the realization by the grant or permission.

Inserted by the article in comment , the emergence of the so-called Law of Concessions was necessary , with constitutional hierarchy, as explicitly required to achieve the obligations of the public authorities, a rule issued by the Federal Constitution itself.

KEY WORDS: Concessions. Subsidiarity. Public Private Partnerships. Federal Constitution. Unconstitutionality.

1.0 A RELAÇÃO DE CONVERGÊNCIA ENTRE AS LEGISLAÇÕES APLICADAS SUBSDIARIAMENTE À LEI Nº 11.079/04: ALEIDE CONCESSÕES.

O Direito vem atravessando uma fase de transformações, que acabam por entregar conceitos de direito público a outros ramos do próprio Direito, como o privado e vice-versa.

Prevalecendo nesses dias cada vez mais a figura do Direito Institucional, temos que o funcionamento do Direito em microssistemas, perfaz uma aplicação mais harmônica e capaz de alcançar a solução de problemas de forma mais rápida, sem a necessidade da aplicação de normas determináveis a um específico caso concreto, surgindo neste novo período, com mais ênfase, as normas de conceito legal indeterminável e as normas que possuem cláusulas gerais.

A solução em microssistemas traz mais celeridade e eficiência a partir do momento em que, existindo uma legislação hierarquicamente superior, capaz de transmitir seus ideais e determinações às legislações de hierarquia constitucional e infraconstitucional, estas passam a funcionar de forma a gravitar em torno da lei magna (Constituição Federal) e possuir conceitos correspondentes entre si, perfazendo um sistema em que uma lei poderá utilizar subsidiariamente outra sem causar conflitos.

Exemplo contrário tínhamos no Código Civil de 1916, que não possuía uma convergência determinada em sua redação frente à

existente na Constituição Federal de 1988, onde, a partir do Código Civil de 2002, muitos conceitos que eram específicos da Constituição Federal, passaram a constar do novo diploma civil.

Desta forma, várias normas da Lei nº 11.079/04 encontrarão nas Leis nº 8.987/95 e na Lei nº 8.666/93 os caminhos necessários para aplicação exata da norma esculpida na Lei das Parcerias Público-Privadas.

Acreditamos ainda na aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, uma vez que a relação contratual entre o ente público e o privado passa a sofrer enorme transformação, trazendo conceitos ao contrato de direito público, antes somente existentes nos contratos de direito privado, conforme veremos em capítulo específico.

A convergência de princípios entre a Lei nº 8987/95 e a Constituição Federal surge no momento em que o artigo 175 da Lei Magna determina que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, sendo obrigatória a precedência de licitação.

Desta forma, o artigo mencionado acima, encerra a exigência de uma ação positiva a ser realizada pelo Poder Público para a prestação de serviços ou obras públicas: a realização através de concessão ou permissão.

Estatuído pelo artigo em comento, foi necessário o surgimento da denominada Lei de Concessões, possuindo hierarquia constitucional, pois expressamente obrigatória para a consecução das obrigações do Poder Público, através de regra emanada da própria Constituição Federal.

Dentre as possibilidades de concessões, surgem dois tipos determinados pela legislação: concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

O artigo 2º, em seu inciso I, conceitua a concessão de serviço público como sendo “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

O inciso II do mesmo artigo conceitua concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como “a construção,

total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Necessário ainda delimitarmos o conceito de permissão de serviço público, sendo “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (artigo 2º, IV da Lei nº 8987/95).

O artigo 175 da Constituição Federal possui nítida correspondência no artigo 173, *caput*, também da Constituição Federal, tendo em vista que se o Estado é o detentor da obrigação de prestar serviço público, também deve ser o garantidor da livre concorrência, diminuindo suas funções que haviam no passado, através da ampla concorrência que existia entre as empresas públicas e privadas.

Assim, o artigo 173, *caput*, determina de forma impositiva que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, ressalvados os casos expressos na Constituição Federal.

Tal determinação vem ao encontro dos ensinamentos do Professor Arnoldo Wald¹, onde demonstra que o Estado deixa de ser empreendedor, ao renegar a concorrência ferrenha com que as empresas públicas exigiam das empresas privadas, muitas vezes destinadas estas últimas ao enfrentamento de uma concorrência desleal frente aos benefícios que as empresas públicas usufruíam do Estado.

Nestes termos, o Estado passou a minimizar suas atividades na

1 WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82.

ordem econômica até chegar ao Estado-fiscalizador que vem sendo montado nestes novos tempos, deixando o empreendedorismo que não vem de encontro à eficiência necessária que o Estado deveria possuir, para surgir um Estado-administrador dos serviços públicos concedidos por concessão ou permissão.

A afirmativa exposta acima encontra guarida no artigo 174, *caput* da Constituição Federal ao expor que o Estado exercerá as funções de fiscalizador, incentivo e planejamento, como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Isto demonstra o regramento do princípio constitucional da ordem econômica, inserido no artigo 170, *caput* da Constituição Federal: princípio da livre concorrência.

Corolário do princípio da isonomia, onde as partes iguais devem ser tratadas igualmente, enquanto as desiguais devem receber um tratamento distinto na medida de suas diferenças, uma vez que tal princípio vem ao encontro do mencionado acima, onde o Estado deixa de cumprir uma função nitidamente de empreendedor para tornar-se um Estado fiscalizador, administrador, com o intuito de entregar à sociedade a prestação de um serviço mais célere e eficiente quanto ao gasto público, e, ao mercado a possibilidade da manutenção das empresas privadas sem as privações de mercado, que eram ocasionadas devido aos privilégios que gozavam as empresas públicas, aliás proibidas com a Constituição Federal (artigo 173, § 2º).

Trazemos ainda para fundamentar o exposto acima, o ensinamento do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros”.²

Assim, a Lei nº 8987/95 estipula em seus artigos uma série de atos positivos que devem ser empregados por parte do Poder concedente para que sua função de fiscalizador e administrador do serviço público concedido seja colocado em prática e regulá-lo,

² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1838.

quando preciso, aos anseios dos cidadãos e às normas traçadas no edital de convocação, como podemos exemplificar através dos seguintes atos colocados à disposição do Concedente. São:

- Poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes;
- No exercício da fiscalização, terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária;
- Estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço;
- Incentivar a competitividade;
- Estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação deste;
- Zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- Fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- Homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma da Lei de Concessões, das normas pertinentes e do contrato;
- Extinguir a concessão nos casos da Lei e na forma prevista no contrato;
- Intervir na prestação do serviço;
- Aplicar penalidades;
- Regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação.

Outro ponto interessante, que vem causando polêmica, é a legalidade que a Lei nº 8.987/95 permite o ato de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária com a anuência

do Poder concedente.

Voltando ao artigo 175, *caput* da Constituição Federal, temos que a licitação é requisito essencial para a concessão ou permissão do serviço público.

O artigo 37, XXI, também da Constituição Federal é ainda mais incisivo ao impor que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, além dos princípios elencados, ao seguinte: a licitação de obras, serviços, compras e alienações, salvo os casos especificados em Lei.

Para a Prof.^a Medauar³, “Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração”, entendendo-a como a administração pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as empresas públicas, fundações públicas e as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federados.

Desta forma, podemos entender a importância do processo licitatório, que é a essência prévia imposta à Administração, salvo casos elencados pela legislação, para que contrate com terceiros, em igualdade de condições.

Assim, notamos que a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária com a anuência do Concedente, conforme estipulado no artigo 27 da Lei nº 8987/95, vem macular o estatuído nos artigos 175, *caput* e 37, XXI da Constituição Federal.

Tal ocorre, pois transparesse a burla ao ordenamento constitucional ao legalizar a possibilidade para que uma pessoa jurídica, estranha à parte vencedora da licitação, passe a transacionar com aquela para que a pessoa jurídica que ficou incólume ao procedimento exigente da licitação venha, ao final, auferir vantagens pecuniárias com a concessão ou permissão.

A questão incorre em afronta também ao artigo 37, *caput* da Constituição Federal, tendo em vista a existência dos princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade, na esfera

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 208.

constitucional. Enquanto, por intermédio dos princípios infraconstitucionais⁴, o Poder concedente desrespeita a supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade ou de veracidade, do controle administrativo e da autotutela.

Em razão do princípio da legalidade, é desnecessária qualquer extensão do que já foi exposto.

No entanto, em relação ao princípio da moralidade, acreditamos que o processo administrativo da licitação seja o meio hábil para intentar a contratação de terceiros de forma isenta, ou seja, dificulta a invasão pelo Poder Público de uma seara imprópria à realização de contratações, uma vez que o procedimento será mais claro e aberto quanto ao *modus operandi* do Concedente.

A impessoalidade é um dos princípios que mais atribui uma operatividade à licitação, uma vez que o procedimento licitatório deve possuir como característica fundamental a impessoalidade, pois somente assim, o Concedente contratará terceiros em condições de igualdade.

Assim, a atuação do Poder Público em seu ato de império, em seu ato de autoridade, deve consubstanciar-se na idéia de que é apenas o executor do interesse público e, em decorrência disto, obrigatória sua vinculação ao procedimento isento, ausente de vícios que possam trazer vantagem à sua pessoa.

Quanto à supremacia do interesse público, a transferência da concessão ou do controle acionário traria temeridade a tal princípio, pois poderia acarretar que o administrador não tomasse por referência o interesse público no momento de sua anuência frente à transferência dos direitos inerentes à concessão para outra pessoa jurídica, que represente terceiro estranho ao processo licitatório.

O princípio, presente também no artigo 3º, IV da Constituição Federal, representa a vinculação do administrador aos interesses inerentes ao cidadão, vinculando seus atos de autoridade para o fim específico de entregar maior celeridade e moralidade à administração, além de reforçar a finalidade pública de sua atuação, possuindo tal princípio nítida influência sobre os quatro princípios que serão

⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 796.

tratados abaixo.

Os atos de império da Administração Pública são realizados com o pressuposto de que possuem legalidade e de que seu conteúdo é verdadeiro, ou seja, o Poder concedente deverá, com base no princípio da presunção de legitimidade e de veracidade, atuar somente nos limites impostos pela Lei.

Este princípio esclarece que o poder concedente deverá atuar somente quando a Lei assim o permita, sendo que, tal atuação estará limitada à finalidade e ao procedimento constante em Lei, uma vez que, agindo desta forma, transparecerá o cumprimento do princípio da estrita legalidade e, correspondentemente, será verificado que o conteúdo da decisão administrativa possuirá a veracidade exigida.

Desta forma, entendemos como inconcebível a atividade do Poder concedente em anuir a transferência da concessão ou do controle acionário, mantendo a concessão, pois a Constituição Federal é clara ao delimitar a ação da Administração ao estipular a necessidade do processo licitatório, conforme faz o artigo 175, *caput* e artigo 37, XXI da Carta Magna.

A partir do momento em que a Administração não atende estas diretrizes, temos tal ato como a volta ao poder do príncipe, onde a Administração poderia decidir através de seu melhor aproveitamento, esquecendo ou repudiando as necessidade dos cidadãos, do interesse público.

Por todo o exposto, entendemos que o Poder concedente, ao anuir a transferência da concessão, poder-se-ia retificar e exigir a habilitação do segundo licitante, sendo fato que corroboraria com os princípios constitucionais e infraconstitucionais que devem ser perseguidos por seus atos, ao aplicar o princípio da autotutela, pelo fato de ser o meio hábil a não mais macular o que está previsto na Constituição Federal.

Em virtude desse princípio de autotutela, o Poder concedente demonstraria a legalidade de seus atos e pela adequação destes ao interesse público, tendo em vista que já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal que:

- “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” (Súmula 346).

- “A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (Súmula 473).

Além da preocupação com a afronta aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, temos ainda a questão da aplicação prática desta transferência de controle societário, uma vez que passa a caracterizar a plena transformação da sociedade.

A questão delineada acima tem origem da decorrência da transformação societária quanto à fidelidade das informações prestadas sobre o seguinte:

- condições fiscais da pessoa jurídica;
- eventuais ônus sobre a nova empresa que passará a titularizar os direitos da concessão; e
- a alteração do tipo da sociedade empresária.

Em relação à primeira preocupação sobre a saúde fiscal da nova empresa, apesar do legislação federal normatizar a proibição da contratação do ente público para com a iniciativa privada, que detenha débito para com aquela, temos que tal prova é difícil de ser realizada, não sendo a questão de apenas pesquisar nos sistemas da Receita Federal e da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre a existência de pendências, mas a facilidade com que uma fraude pode ser utilizada.

A fraude teria como pressuposto a apresentação dos chamados “bens podres”, que não possuem, em mercado, o valor auferido e apresentado pelo devedor do ente público, para garantir integralmente uma execução fiscal, por exemplo; ou então, para garantir um refinanciamento dos débitos federais (REFIS).

Os exemplos traçados acima demonstram que a anuência do Poder Público necessita de Lei para apurar minuciosamente a real situação da nova empresa concessionária, tendo em vista a existência de subterfúgios legais, que poderão ser utilizados para esconder a mácula.

Devido à inexistência de previsão legal quanto ao

procedimento a ser adotado frente à empresa concessionária, que não participou da licitação normal traçada pela Lei nº 8.666/93, ensejaria sua fiscalização junto a um sistema legal mais restrito, em que inexisteriam as elisões possíveis e legalizadas, tornando a aderência da nova empresa à concessão um caminho tão garantidor dos interesses do ente público quanto o caminho enfrentado pela primeira empresa que, esta sim, demonstrou incansavelmente as garantias necessárias para que pudesse sair vencedora do procedimento licitatório.

As duas problemáticas restantes são retiradas da interpretação do artigo 1113 do Código Civil, uma vez que dispõe: “O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”.

Para Rubens Requião, “A flexibilidade do direito comercial permite que a sociedade mercantil, dotada de certa estrutura jurídica, modifique-a para assumir outro tipo, sem descontinuidade ou alteração de sua personalidade. Essa é uma das mais interessantes conquistas modernas da ciência jurídica”.⁵

Segundo Edmar Oliveira Andrade Filho⁶, não há, no novo Código Civil, conceito expreso sobre transformação, sendo necessária a ajuda da legislação das S/A, onde no artigo 228, define como sendo a operação pela qual uma sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Por intermédio do Professor José Waldecy Lucena, a transformação apresenta dois tipos distintos: a transformação pura ou simples e a transformação constitutiva.

A transformação pura ou simples “é a transformação prevista nos estatutos ou no contrato social; ou aquela em que não se modificam os elementos estruturais e substanciais da sociedade”.⁷

Transformação constitutiva “é a transformação não prevista estatutariamente ou contratualmente; ou aquela em que, ao ensejo da

5 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 02. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 205.

6 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 251.

7 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 608.

transformação do tipo social, são alterados elementos substanciais da sociedade (objeto, capital, corpo social etc.)”.⁸

Assim, através do artigo 1113 do Código Civil, podemos entender que o ato de transformação da pessoa jurídica pode ser ocasionado por um ato comissivo e outro omissivo. Vejamos:

a) ato comissivo: o de transformação da pessoa jurídica ocorre de dissolução ou liquidação da sociedade; ou

b) ato omissivo: o de transformação da pessoa jurídica ocorre com a manutenção desta, ou seja, ausente a dissolução ou liquidação da sociedade, ocorrendo a modificação tão apenas em relação aos sócios.

Mediante as duas ações delineadas acima, abarcadas pelo artigo 1113 do Código Civil, temos a ocorrência da alienação do controle societário da empresa, podendo ensejar a transferência da concessão, conforme dispõe o artigo 27 da Lei nº 8.987/95, surgindo destas ações os problemas inerentes ao que já foi exposto acima, quanto à anuência do Poder Público, sem um procedimento minucioso como o procedimento licitatório.

A ação comissiva enseja a ocorrência da figura do *trespasse*, conforme lição do Professor Fábio Ulhoa Coelho, podendo ocasionar a sucessão empresarial, quando uma sociedade empresária venha a adquirir outra (adquirente X alienante).⁹

Diante deste instituto comercial, há alterações substanciais, inexistindo novo trato entre a nova “empresa” que conseguiu a anuência do concedente e a antiga, pois as obrigações foram determinadas em contrato, mantendo este e, conseqüentemente, a lida entre a concessionária e o concedente.

A alteração que poderá surtir efeitos danosos será entre a concessionária e os credores da antiga concessionária, uma vez que realizado o *trespasse*, poderá ser mantido o nome empresarial, mas podendo ocorrer alteração quanto ao tipo societário.

Por exemplo, uma empresa em nome coletivo, poderá

8 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 609.

9 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

transformar-se em sociedade limitada, alterando profundamente as questões de responsabilidade para com seus credores, uma vez que naquela há a responsabilidade ilimitada dos sócios quanto aos débitos, e, na sociedade limitada, há a responsabilidade limitada do corpo societário frente aos débitos.

Desta forma, Miranda Valverde, através do Professor Lucena, traz o seguinte problema: “Até o integral pagamento dos seus créditos, continuam os credores anteriores à transformação com as garantias que a espécie anterior lhes assegurava. Assim, se havia sócios solidários ou ilimitadamente responsáveis pelas obrigações da sociedade, continuarão sendo responsáveis pelo pagamento dessas obrigações. Continuando, porém, a negociar com a nova sociedade, os credores manifestam a sua concordância com a situação criada pela transformação. Já não poderão invocar as garantias que a antiga forma lhes oferecia”.¹⁰

Em que pese o entendimento do artigo 1.115, *caput*, do Código Civil, impondo que a transformação não modificará e não prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores, retiramos a lição do Mestre Rubens Requião que, já em tempos longínquos à regra do novo Código Civil, lecionava através do artigo 222 da Lei 6.404/76: “a transformação não prejudicará, em caso algum, os direitos dos credores. Continuarão eles a desfrutar, até o pagamento integral de seus créditos, das mesmas garantias que o tipo anterior da sociedade lhes oferecia e assegurava”.¹¹

Tal entendimento vem ao encontro com as decisões dos Tribunais; entre elas citamos a decisão unânime do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul¹². Vejamos: “Embargos à Execução. Duplicatas sacadas contra empresa individual. A transformação de sociedade comercial não prejudica os direitos dos credores, que podem executar o devedor primitivo, se este for empresa individual, mormente quando o contrato de constituição da nova sociedade nada prevê acerca da

10 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 613.

11 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 02. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 206.

12 TARS, APC, número: 185041803, 11/09/1985, Terceira Câmara Cível, Relator: Celeste Vicente Rovani, Origem: Quaraí-RS.

espécie. A legitimidade passiva decorre do aceite dos títulos de crédito em nome individual. A decisão de questões meramente jurídicas dispensa a coleta de prova, máxime oral. Preliminares rejeitadas. Apelo improvido. Decisão: Negado provimento. Unânime”.

Entretanto, entendemos que a situação existente na prática dos acordos extrajudiciais não é coberto pelo manto de proteção do artigo 222 da Lei das S/A, nem em razão do artigo 1.115 do Código Civil.

A afirmativa acima decorre de que, na prática comercial, dificilmente, são mantidos os títulos que deram origem ao débito, sendo aplicados institutos como a novação ou o contrato de reconhecimento de débito em que o credor reconhece a atual situação do devedor, enquanto devedor na acepção expressa do termo e em razão do *quantum* do inadimplemento.

Estas práticas acabam por levar o credor de uma realidade em que havia um tipo societário para o espaço temporal pós transformação, onde há a ocorrência de um novo tipo societário para a sociedade empresária, fazendo com que o credor deixe de garantir seu crédito com os privilégios inerentes ao tipo societário antigo à transformação.

Desta forma, a prática comercial, que é empregada ao credor mais desatento, acaba por macular a segurança jurídica que existia anteriormente, passando a enfatizar uma nova prática, uma nova garantia ou até mesmo a perda desta garantia em detrimento à alteração do tipo societário.

Tendo em vista a assertiva realizada acima, acreditamos que a norma esculpida no artigo 1.115 do Código Civil e 222 da Lei nº 6.404/76 não é absoluta, sendo incapaz de abarcar todos os problemas e realidades que possam vir a surgir em razão da aplicação de um instituto do Direito, como a novação, por exemplo, ou ainda, a simples troca de títulos de crédito.

Outra não é a preocupação do Professor Lucena¹³ ao citar o Mestre Miranda Valverde, uma vez que adverte no mesmo sentido, conforme colocamos acima que: “...Continuando, porém, a negociar com a nova sociedade, os credores manifestam a sua concordância

13 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 613.

com a situação criada pela transformação. Já não poderão invocar as garantias que a antiga forma lhes oferecia”.

Assim, buscamos demonstrar que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, em relação à Lei nº 11.079/04, afronta a Constituição Federal, bem como a segurança jurídica em razão da transferência do controle societário de uma empresa que passou por todos os trâmites de um procedimento licitatório, que vem a ser algo de minuciosa investigação em troca de uma simples anuência do Poder Público concedente que, em um simples gesto, anui com a transferência dos direitos sobre a concessão.

O problema acima delineado sobre a transferência do controle societário e da própria concessão é refletido na Lei nº 11.079/04, uma vez que o artigo 3º, *caput*, carrega a mesma mácula inserida na Lei de Concessões, estatuinto o seguinte: “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhe, adicionalmente, o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9074, de 7 de julho de 1995”.

Enquanto o parágrafo primeiro do citado artigo 3º, também, leva o problema às concessões patrocinadas ao dispor que estas: “regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”.

A obediência à Lei das Concessões (Lei nº 8987/95), acaba por gerar a condenação por inconstitucionalidade dos artigos 3º, *caput* e seu parágrafo primeiro; e, principalmente, do artigo 5º, parágrafo segundo, inciso I. Expliquemos melhor:

A partir do momento em que o artigo 3º, *caput* da Lei das Parcerias Público-Privadas reporta ao artigo 27 da Lei das Concessões, passa a determinar a regra desta última norma como aplicável nos contratos de PPP, tendo em vista a subsidiariedade que é entregue pelo conjunto de normas em comento, bem como o parágrafo primeiro do artigo 3º, ao fazer uma remissão total à Lei das Concessões, abordando, portanto, o artigo 27 daquele diploma legal.

Assim, o artigo em comento das parcerias público-privadas entrega ao procedimento de contratação, efetivação e execução do programa de parcerias um conteúdo inconstitucional, ao permitir que

contratos que tenham, no mínimo, um valor de vinte milhões de reais, passem a fazer parte de um procedimento de tortuosa moralidade com o fim de transferir um contrato que, por seu valor, passou a fazer parte de um disputado procedimento licitatório com empresas nacionais, transnacionais e estrangeiras, essencialmente.

Dessa forma, devemos nos ater com maior acuidade à representação de perigo que tal dispositivo traz, uma vez que as obras de infra-estrutura prometidas para o programa de Parcerias Público-Privadas apresentam imenso valor agregado, gerando uma renda à empresa detentora de tal concessão, que poderá alcançar até 35 (trinta e cinco) anos de usufruição do bem construído.

Portanto, conforme já exposto e demonstrado no capítulo referente a “Convergências entre a Constituição Federal e as Lei de Concessões”, a Lei das Parcerias Público-Privadas não deve permitir tal subsunção à norma inconstitucional do artigo 27 da Lei de Concessões, sob pena de ser declarada sua inconstitucionalidade, tendo em vista a afronta clara ao texto constitucional e até mesmo poder gerar um ato que vá contra os interesses de segurança nacional do País, ao contratar com empresas estrangeiras, que não tenham participado da licitação e venham a participar da expansão de uma infra-estrutura vital ao desenvolvimento da Nação como, por exemplo, no setor de energia nuclear.

Entretanto, o ponto de convergência das Parcerias Público-Privadas com a Lei das Concessões, que causa maior gravame ao estatuído na Constituição Federal, está exposto no artigo 5º, parágrafo 2º, inciso I ao dispor que: “os contratos poderão prever adicionalmente: os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiados, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995”.

O artigo 5º, parágrafo 2º, inciso I da Lei nº 11079/04 possui uma disposição que não obriga a sua vinculação ao contrato, ao contrário das disposições existentes nos demais incisos do artigo 5º, ou seja, tal dispositivo será utilizado apenas através da faculdade das

partes contratantes em se obrigarem com esta transferência, sendo que, o artigo 5º, *caput* passa a delimitar algumas obrigações que as partes contratantes deverão empregar como requisito essencial para a validade do contrato.

O inciso em comento demonstra a possível existência de três partes na relação jurídica:

- parceiro público;
- parceiro privado; e os
- parceiros financiadores.

Os parceiros públicos são resumidos pelo artigo 1º e seu parágrafo único, englobando a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O parceiro privado será organizado através da Sociedade de Propósito Específico, assunto para outra oportunidade.

O parceiro financiador será figura optativa, uma vez que poderá estar presente para auxiliar o parceiro privado com o fim específico de entregar-lhe garantias para o desenvolvimento, administração e execução das parcerias público-privadas.

O problema do artigo 5º, parágrafo 2º, inciso I da Lei nº 11.079/04, reside no fato de que poderá ocorrer a transferência do controle da sociedade de propósito específico dos parceiros privados diretamente para os financiadores, sem a necessidade de observância do previsto no inciso I, do parágrafo único do art. 27 e do próprio *caput* do mencionado artigo da Lei nº 8.987/95, ou seja, perde-se, ainda, a anuência do parceiro público sobre a viabilidade da transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico.

Portanto, se já tínhamos, por nosso entendimento, a afronta ao artigo 175, da Constituição Federal pelo artigo 27, *caput* da Lei nº 8.987/95, agora temos algo que extrapola os limites deixados pela Carta Magna, pois esta é clara ao delimitar a ação da Administração, ao estipular a necessidade de um procedimento licitatório, conforme faz o artigo 175, *caput* e artigo 37, XXI da Carta Magna.

O artigo 5º, parágrafo 2º, inciso I da Lei das Parcerias Público-Privadas, abre incríveis oportunidades para que a Administração Pública e parceiros privados dirijam o controle da concessão patrocinada ou administrativa para terceiros interessados, uma vez que tais interesses poderão ser promovidos, inclusive, unicamente pelos parceiros privados, pois a Administração será alijada de qualquer anuência sobre a transferência do controle da Sociedade de Propósito Específico, pelo fato da Lei nº 11.079/04 não fazer qualquer menção quanto à participação do Poder Público com seu voto de minerva sobre a modificação.

Para o autor José Cretella Neto¹⁴ há “flagrante contradição na lei (entre o inciso I do § 2º do art. 5º, e o § 1º do art. 9º)”, uma vez que o inciso I do, § 2º do art. 5º não prevê a anuência do Poder Público, enquanto o § 1º do art. 9º traz a obrigatoriedade da autorização expressa da Administração Pública.

No entanto, vemos de forma diferente.

A possibilidade que colocamos para apreciação pode ser visualizada pela manifestação de Toshio Mukai sobre o artigo 5º, § 2º, I: “Ora, então, não se sabe o porquê da necessidade de autorização da Administração Pública para que haja a transferência, obrigação prevista no § 1º do art. 9º”.¹⁵

Acreditamos que o direito escudado no inciso I do § 2º do art. 5º é distinto do existente no parágrafo 1º do artigo 9º, ambos da Lei nº 11.079/04.

A primeira norma é clara ao estipular a transferência da Sociedade de Propósito Específico para partes existentes no contrato de parceria público-privada, ou seja, prevê a transferência do parceiro privado para o parceiro financiador do ente privado, enquanto o parágrafo 1º do artigo 9º, da Lei nº 11.079/04 vem de encontro aos anseios em reger uma possível transferência da concessão patrocinada ou da concessão administrada para terceiros estranhos ao contrato.

14 NETO, José Cretella. *Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 62.

15 MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 11.

De certa forma, seria uma maneira de trazer a transferência às regras do constante no artigo 27, *caput* da Lei de Concessões.

Além do problema da ausência de anuência, temos ainda a ausência dos indicadores sobre a segurança jurídica e patrimonial que o parceiro público terá com a inobservância do artigo 27, parágrafo único, inciso I da Lei de Concessões.

Tal ponto é de extrema gravidade também, pois o Poder Público ficará realmente atado e vendado com o possível novo participante da Sociedade de Propósito Específico, uma vez que não será obrigatória a apresentação de documentos que comprovem as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias para o desenvolvimento e consecução do programa de parceria.

Estas ausências não poderão ser confundidas como algo necessário ao bom desenvolvimento do projeto de parceria ou em atenção ao princípio da continuidade do serviço público, conforme entende José Cretella Neto¹⁶, pois, os princípios, como fontes do Direito, não devem ser contrários ao estatuído na norma jurídica, mas sim utilizados como caminho a ser trilhado para o correto embasamento da norma.

Então, se há determinada norma expressa proibindo ou determinando a emanção do ato pela Administração Pública, esta deve ser observada por ser fruto da imposição estatal, ao contrário dos princípios que, enquanto isolados, não prestam para determinar a conduta do Poder Público de forma contrária ao elaborado pelo Poder Legislativo.

Entendemos que para a solução da transferência do contrato de parceria público-privada para terceiro interessado, estranho ao procedimento licitatório, a Lei nº 11.079/04 deveria ser retificada para que fosse empregada a solução existente na própria Lei de Licitações, em que, por intermédio do artigo 24, XI, estabelece a dispensa de licitação para remanescente de obra, serviço ou fornecimento, decorrido por rescisão contratual.

16 MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 61.

Na lição do Mestre Meirelles “em vez de proceder a nova licitação, a Administração poderá contratar diretamente, desde que atendida a ordem de classificação anterior e nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor. O novo contrato assume o lugar do anterior, cabendo-lhe executar o objeto do contrato nas condições estabelecidas, inclusive com relação aos acréscimos e supressões”.¹⁷

2.0 CONCLUSÃO

Entendemos que para a solução da transferência do contrato de parceria público-privada para terceiro interessado, estranho ao procedimento licitatório, a Lei nº 11.079/04 deveria ser retificada para que fosse empregada a solução existente na própria Lei de Licitações, em que, por intermédio do artigo 24, XI, estabelece a dispensa de licitação para remanescente de obra, serviço ou fornecimento, decorrido por rescisão contratual.

Na lição do Mestre Meirelles “em vez de proceder a nova licitação, a Administração poderá contratar diretamente, desde que atendida a ordem de classificação anterior e nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor. O novo contrato assume o lugar do anterior, cabendo-lhe executar o objeto do contrato nas condições estabelecidas, inclusive com relação aos acréscimos e supressões”.¹⁸

3.0 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 255.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 255.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NETO, José Cretella. *Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 02. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1.0. GERAIS

O principal objetivo das Revistas **FACTU CIÊNCIA** e **FACTU JURÍDICA** são promover a divulgação da produção intelectual do corpo docente e discente da Faculdade e também de profissionais externos à instituição. As revistas farão as publicações de artigos originais, revisões literárias, resenhas de assuntos correlatos à diversas áreas.

2.0. CONDIÇÕES PARA A PUBLICAÇÃO

Todos os textos serão submetidos à Comissão Editorial das Revistas, o material enviado deverá ser inédito e não poderá ser enviado a outras publicações. Os originais, o disquete ou CD não será devolvido.

A extensão de cada trabalho deverá seguir os seguintes critérios:

- Artigos: máximo de 25 laudas;
- Revisões literárias: máximo de 30 laudas;
- Resenhas: de 3 a 5 laudas;

O trabalho deverá ser formatado em MSWord 98/2000, obedecendo às seguintes recomendações: letra Times New Roman, tamanho 12, espaço 1,5, justificado, papel A4, margem esquerda e superior 2,5 cm e direita e inferior 2,0 cm, numeração no canto superior direito. Títulos, subtítulos e palavras podem ser destacadas utilizando o atributo itálico nas letras, evitando o uso de negritos.

Todos os trabalhos devem ser apresentados em disquete 3 ½ ou CD em que conste apenas o trabalho a ser examinado, acompanhado de 02 (duas) vias impressas, juntamente de uma carta encaminhada ao Diretor da Revista autorizando sua publicação. O nome do arquivo deve ser o nome do autor, ex: Jussara.doc.

As traduções deverão vir acompanhadas de autorização do autor e do original do texto. Quadros, tabelas, gráficos, ilustrações e fotos devem ser apresentados em folhas separadas com os respectivos títulos, comunicação da fonte e em condições ótimas para reprodução.

3.0. APRESENTAÇÃO DO TRABALHO

Página de rosto: a primeira página de cada artigo deverá indicar o título, o nome completo dos autores, titulação e local(s) de trabalho.

RESUMO: na segunda folha deverá constar um resumo em português

de, no máximo, 300 palavras. O resumo deverá especificar o objetivo, uma breve descrição da metodologia, os apontamentos principais e as conclusões.

PALAVRAS CHAVES: após o resumo em português, na mesma folha, é essencial uma lista de 3 a 5 palavras em português que descreva o conteúdo do trabalho.

ABSTRACT: na terceira folha deverá constar o resumo em inglês, com no máximo 300 palavras, seguindo as mesmas especificações do resumo em português.

KEY WORDS: abaixo do abstract deverá constar a lista das palavras-chaves em inglês

Texto: os artigos originais deverão obedecer, em linhas gerais, à seguinte seqüência: introdução; objetivos; material e métodos; resultado; discussão; conclusões; referências bibliográficas.

Para resenhas é dispensado o resumo, palavras-chaves, abstract e key words.

4.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referência bibliográfica é a relação das fontes utilizadas pelo autor.

Não se deve confundir com bibliografia, que é a relação alfabética, cronológica ou sistemática de documentos sobre determinado assunto ou de determinado autor.

As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT 6023 - Ago 2000. Uma referência bibliográfica básica deve conter: último sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*. Exemplos:

Livro:

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999.

Artigo de Revista:

LOZETTI, A. H. A compreensão formal e material no direito. *FactuCiência*, Unaf: FACTU, ano I, nº 01, p. 123-126, 2001.

5.0. CITAÇÕES

Identificar as referências (em parênteses) no texto, colocando o sobrenome do autor em letras minúsculas (somente a primeira letra em maiúscula) e o ano. Um (1) autor: (Wenth, 1998); dois (2) autores: (Lamare & Soares, 1990); três ou mais autores: (Harris et al., 1998). O material que já tiver sido submetido para publicação mas ainda não tiver sido aceito, deve ser referido como “dados não publicados” e não deve ser incluído na lista de referências bibliográficas. As citações referenciais não vão em nota de rodapé, mas sim, no corpo do texto, logo após o trecho citado. A citação deverá vir em itálico e parágrafo específico quando ultrapassar cinco linhas.

6.0. ENVIO

Os interessados em apresentar qualquer publicação para avaliação, que sejam diretamente ligados a Faculdade, como docentes e discentes, deverão entregar diretamente a Comissão Editorial na própria sede da Faculdade. Já os profissionais externos deverão enviar para o seguinte endereço:

Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU
Comissão Editorial da Revista
Rua Rio Preto, 422 - Centro.
CEP: 38610-000 - Unai - MG

