

As parcerias público-privadas na administração pública moderna*

The public-private partnerships in the modern public administration

Luciana Gaspar Melquíades Duarte**

Raquel Lemos Alves Silva***

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as contradições dos contratos de concessão das parcerias público-privadas e verificar se eles caracterizam uma forma mais eficiente de prestação de serviço público. Para tanto, analisam-se as mudanças ocorridas na administração pública desde a Reforma Gerencial para, em seguida, fazer-se uma análise do contexto de criação da lei de parceria público-privada. Finalmente, passa-se ao exame da aludida lei, fazendo um estudo de seus institutos, destacando seus pontos positivos e negativos, bem como seu emprego atual no cenário nacional.

* Artigo recebido em 3 de junho de 2013 e aprovado em 23 de julho de 2013.

** Mestre e doutora em direito público pela UFMG; professora adjunta da Faculdade de Direito da UFJF; orientadora do projeto Provoque, BIC e Instalação de Doutores da UFJF. Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil. E-mail: lg.melquiades@uol.com.br.

*** Bacharel em direito pela UFMG. Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, Brasil. E-mail: lemos.raquel02@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE

Reforma gerencial — parceria público-privada — eficiência — serviço público

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the contradictions of the concession of public-private partnerships and to verify if they are more efficient way to offer public service. To do so, we analyze the changes in Public Administration from the Managerial Reform to then do an analysis of the context of creation of public-private partnership law. Finally, we pass the scrutiny of the aforesaid law, making a study of their institutions, highlighting their strengths and weaknesses as well as its current job on the national scene.

KEYWORDS

Management reform — public-private partnership — efficiency — public service

1. Introdução

O presente trabalho dedicar-se-á a analisar se as inovações previstas nos contratos de parcerias público-privadas realmente são vantajosas ao atendimento do interesse público. Para tanto, realizar-se-á uma digressão à Reforma Gerencial do Estado, demonstrando a mudança de paradigma que ela gerou na administração pública, criando uma administração mais paritária e interessada em contratar com entes privados.

Essa análise, por sua vez, será permeada de elementos críticos à mudança de modelo gerencial, que acabou resultando na criação das parcerias público-privadas e, sobretudo, numa nova forma de administrar, mais focada em menos intervenção da administração pública e na participação do setor privado em seu cotidiano. Ademais, será feito um estudo do contexto político vivido pelo país quando da criação dos contratos das parcerias público-privadas e também dos novos institutos cabíveis a esse tipo de contratação. O exame das inovações, vantagens e defeitos das parcerias ocupará lugar de destaque no presente trabalho, culminando com a descrição do panorama atual do uso deste instituto, bem como de seu escopo no cenário atual do país.

Com fincas nestes elementos, pretende-se afirmar que, considerando as evoluções ocorridas no direito administrativo, bem como a escassez financeira do Estado, combinada com a crescente necessidade da administração pública de realizar obras custosas de infraestrutura, faz-se urgente a atração de investimentos privados para possibilitar o atendimento do interesse público.

A realização deste estudo será baseada no pensamento neoliberal, que milita como seu fundamento teórico, porquanto é a partir desse modelo político/econômico que se procedeu à privatização tanto dos serviços, quanto das empresas estatais, arraigado na justificativa de que, ao esvaziar algumas de suas responsabilidades, transferindo-as para o setor privado, elas seriam prestadas de forma mais eficiente e econômica.

O presente desenvolver-se-á a partir da metodologia dedutiva de pesquisa, combinada com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Por meio do raciocínio crítico, buscar-se-á delinear as influências práticas que o emprego das parcerias público-privadas pode gerar na realidade fática, procedendo-se a uma avaliação das possíveis repercussões que tal ação poderá gerar para a administração pública e para a sociedade.

Atente-se para o fato de que a discussão a ser apresentada é relevante devido à crescente necessidade do Estado de prestar serviços que ordinariamente têm alto vulto financeiro, que o mesmo não possui condições de financiar. Por isso, cada vez mais, ele precisa se valer de chamarizes para atrair parceiros com os quais possa celebrar contratos que sejam vantajosos para ambas as partes, e, acima de tudo, promovam o interesse público.

2. Reforma Gerencial: o início da mudança de paradigma na administração pública

2.1 Reforma Gerencial

As parcerias público-privadas surgiram em um contexto histórico marcado pela contraposição da pujante necessidade de desenvolvimento estrutural do país com a falta de capital que pudesse ser investido pela administração pública para alcançar esse mister. Como resultado desse contexto, operou-se, na década de 1980, a Reforma da Administração Pública, mais conhecida como Reforma Gerencial, tendo seu início no Brasil no ano de 1995.

Tal reforma foi inspirada em mudanças operadas por países europeus, sobretudo a Inglaterra. Consequência do modelo estatal neoliberal, foi

justificada como uma reação do próprio Estado ao seu crescimento desenfreado e insustentável, decorrente do modelo de estado democrático social, que tinha assumido a responsabilidade de realizar muitos serviços públicos, como o de previdência, assistência social, saúde e educação. Por sua vez, esse acúmulo de responsabilidades gerou para o país um enorme aumento de gastos, que não pôde ser sustentado por muito tempo.

O crescimento descontrolado das despesas estatais fez com que os serviços que, até então, deveriam ser oferecidos pelo Estado ficassem mais e mais ineficientes e, sobretudo, insuficientes para atender à demanda da população. Tal desequilíbrio legitimou a necessidade de mudanças no sistema gerencial estatal, em prol de torná-lo melhor e mais moderno.

A reforma proposta buscava implantar um novo conceito de organização e gerência do Estado, conseqüentemente, desatravando e otimizando a máquina estatal, e, dessa maneira, incorporando a eficiência como princípio a ser seguido pela administração pública.¹

No entanto, para atingir tais objetivos, era necessária uma grande modificação estrutural na atuação da administração, alterando o seu perfil de Estado-providência para o estado social ou Welfare State, como ficou conhecido na Grã-Bretanha, de onde o modelo foi importado juntamente com o pensamento neoliberal que o formulou.

Tal mudança possibilitaria à administração, inclusive, uma redução no seu quadro de servidores, que seriam mais especializados, e agora ficariam responsáveis pela fiscalização do serviço prestado pelos particulares, caminhando, dessa forma, na direção de enxugamento da máquina estatal.

A transferência para o setor privado do exercício e da execução de funções públicas foi embasada na busca pela melhora na eficiência e na qualidade dos serviços que são essenciais para a sociedade e que supostamente não teriam mais como ser prestados de forma satisfatória pelo setor público. Acompanhando a excelência na prestação do serviço, viria também a substancial diminuição dos gastos estatais, com os quais a administração não tinha mais como arcar, fator que há muito já gerava o seu endividamento. Sobre tudo, ficaria reduzida a função da administração pública, que abandonaria seu caráter prestacionista para ser apenas gerencial. O Estado, que antes abarcava

¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial de 1995. In: D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (Org.). *Democracia, crise e reforma: estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212.

um grande número de funções, as quais não conseguia atender com satisfação, passou a ser um Estado neoliberal.

Neoliberal porque, diversamente do Estado liberal, que não era interventor, esse novo modelo preconizaria a ingerência pública na sociedade, mas de forma muito menos atuante do que no modelo estatal anterior. Trata-se do abandono da figura do Estado como grande propiciador de todas as necessidades da sociedade, sob o argumento de que o poder público já estava demasiadamente afundado em despesas geradas por suas responsabilidades sociais conjugadas à má administração.

Perceba-se que esta proposta da administração não pretendia abandonar o caráter social do Estado, tendo em vista que os serviços apenas deixariam de ser prestados diretamente pelo governo, a sua existência continuaria a ser garantida por ele, assim como sua fiscalização.

A consequência dessa reforma administrativa foi uma enorme transferência de funções, serviços e empresas que até então eram públicos para os entes particulares, flexibilizando e desregulamentando a figura do Estado; reestruturando-o em busca da eficiência.² No entanto, esse discurso de mudança, embasado na busca pela eficiência, não foi aceito por todos.

2.2 Críticas ao novo modelo de Estado

Para os que se opunham a este novo modelo, existia muito mais que busca pela eficiência por trás da implantação do modelo de estado social. Acreditava-se que a ineficiência não era um resultado inerente ao Estado-providência, e sim uma consequência da má-gestão do mesmo. Uma análise do panorama político à época faz perceber o porquê dessas críticas.

Vale a pena recordar que o período de reforma foi acompanhado pelo crescimento da dívida brasileira com o Fundo Monetário Internacional, o qual tinha interesse apenas em receber o seu pagamento. Para tanto, era necessário que o país tivesse menos gastos no setor social, de forma que a implementação do neoliberalismo atenderia muito bem a este propósito. Combinada à necessidade de pagamento das dívidas, havia também pressão internacional de fortes grupos multinacionais para entrada de empresas estrangeiras em nossa economia, que até então era formada majoritariamente por empresas estatais.

² GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

Existia, na época, um grande interesse dessas empresas em ganhar território no mercado brasileiro, considerando que o mesmo era praticamente inexplorado e passava por um período de grande crescimento, principalmente nas áreas de telecomunicação, energia e mineração. Nesse contexto, surgiram as privatizações, as quebras de monopólios estatais, a abertura de concorrências por serviços antes exclusivos do Estado, tudo em nome da bandeira da eficiência e com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, para que, consequentemente, pudessem ser diminuídos, também, os seus custos. Ocorreu o fenômeno que podemos chamar de uma “fuga para o direito privado”.³

No intuito de validar e legitimar ainda mais essas mudanças, foi inserida na Constituição a Emenda nº 19, que enxertou explicitamente no ordenamento brasileiro o princípio da eficiência, reconhecidamente um dos maiores justificadores do novo modelo administrativo. Parece que, nesta reforma, pretendia-se conjugar uma só solução para todos os grandes problemas estatais. A enorme quantidade de funções do Estado, sua prestação ineficiente e seu endividamento seriam solucionados pela transferência dos serviços públicos para o setor privado.

Esse interesse na transferência de serviços e empresas deu azo a todas as privatizações das grandes estatais, que ocorreram sistematicamente desde a década de 1990, com o início do Programa Nacional de Desestatização.

Como resultado da desvinculação direta da administração pública dos serviços que até então eram prestados por ela, surgiu a necessidade de criar novos mecanismos para que a prestação destes pudesse ser delegada aos particulares. A nova forma de prestação dar-se-ia mediante concessão, permissão e autorização, conforme previu o art. 175 da Constituição.⁴

Para conseguir atender ao aludido dispositivo e, em conformidade com a Reforma Gerencial da Administração Pública, foi editada a Lei nº 8.987,⁵ que dispõe “sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços

³ Essa expressão foi retirada do texto de Estorninho, onde a autora traduz bem esse movimento de aproximação da administração pública com o setor privado. No entanto, ela mesma sublinha o fato de que esta interligação, por ora, é demasiada, tendo em vista que a administração continua sujeita às vinculações de seu regime jurídico de direito público, que ainda é bem diverso do privado. Ver ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 159-161.

⁴ BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de julho de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵ Id. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998.

públicos”. Os anos seguintes foram marcados pelo advento de leis específicas de concessões de serviços como o de energia elétrica, telecomunicações, transportes e parceria público-privada, que será objeto de enfoque a seguir.

2.3 A administração pública paritária: mudança de paradigma

Antes da apreciação da Lei nº 11.079,⁶ é de suma importância uma breve interrupção para a análise da mudança na forma com a qual a administração pública passou a atuar para conseguir transferir suas funções. Fala-se aqui da mudança de paradigma na forma como a administração pública passou a se relacionar com o setor privado, tornando-se uma administração paritária.

A administração pública paritária atua com o uso de maior flexibilidade ao desempenhar suas relações negociais com particulares, isto é, a paridade nas relações entre o setor privado e a administração pública consiste na maior aproximação entre as mesmas em suas relações. É indiscutível que, para o árduo cumprimento da governabilidade, tanto almejada na Reforma Gerencial, o Estado moderno tivesse que criar mecanismos de negociação, tendo em vista que, sem os mesmos, seria impossível o atendimento do interesse público.

Como dito, o Estado atual já não consegue assimilar a prestação de todas as necessidades que a população apresenta, e, diante disso, para atendê-las e custeá-las, precisa se valer de mecanismos capazes de cumprir tais funções, mesmo que não seja de forma direta, quer dizer, precisa contratar, negociar para alcançar uma eficiente prestação de serviços públicos. Neste novo modelo de gerência, busca-se modernizar o modo com o qual a administração relaciona-se com o setor privado, tendo esta percebido que para cumprir suas funções, de forma minimamente satisfatória, precisa negociar e, como se sabe, para isso é imperioso que as partes interessadas no acordo façam concessões recíprocas para que tenham seus interesses atendidos. Tal fenômeno estimulou um processo de horizontalização das relações contratuais entre a administração pública e particulares. De fato, com a paridade, ficou reduzido o abismo de vantagens que a administração possuía, por atuar em nome do interesse público, em face do contratante privado.

⁶ Id. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

Todavia, destaque-se que essa horizontalização nunca seria capaz de igualar completamente a administração pública ao particular. A relação entre estes apenas será amenizada para atrair o investidor privado. Não se pode perder de vista que, para os contratantes públicos e particulares, vigoram regimes jurídicos distintos, nos quais o público sempre se sobressai ao particular, só que, agora, de forma mais amena.

Certamente que estes fenômenos devem ser interpretados sob a égide do regime de direito público-normativo, a que encontra-se vinculada a Administração Pública, de um dado país. No entanto, o que vem recebendo constantes influxos dessa nova realidade é justamente a disciplina normativa a que são submetidas as relações negociais em que a administração é parte, implicando, além de intensos câmbios na legislação preexistente, a criação de aparatos legislativos mais adequados ao desenvolvimento dessas relações preferencialmente paritárias.⁷

Um exemplo do resultado desta nova forma de contratação é o surgimento dos contratos de concessão administrativa, nos quais se vê, claramente, um Estado negocial, paritário e interessado em oferecer vantagens mútuas em troca de prestação e financiamento de obras e serviços.

3. As parcerias público-privadas

3.1 Noções iniciais e cenário político

Ainda no viés da Reforma Gerencial,⁸ o ano de 2004 foi marcado pela elaboração da Lei nº 11.079,⁹ que por sua vez inseriu no direito brasileiro um contrato de concessão pública especial, chamado de parceria público-privada. Sua inserção no quadro legislativo nacional buscava tirar das mãos do Estado

⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 4, n. 12, p. 29-58, jan./mar. 2007.

⁸ Note-se que o art. 4º da Lei nº 11.079/2004 faz questão de legitimar a parceria público-privada instituindo como diretriz para sua celebração a busca pela “eficiência no cumprimento das missões de Estado”, traço claro dos objetivos da Reforma Gerencial.

⁹ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

a prestação exclusiva de serviços muito onerosos e, para tanto, criou os contratos de parceria público-privada.

No entanto, a aludida lei não criou um novo modelo contratual, na verdade, apenas desenvolveu modelo especial de concessão pública, que diversamente do criado pela Lei nº 8.987,¹⁰ reguladora do modelo comum de concessões, ofereceu mais atrativos e vantagens aos investidores privados.

A grande inovação da lei em comento foi oferecer ao parceiro privado um retorno mínimo do seu investimento, que é a “contraprestação” paga pela própria administração pública. Esse aporte do dinheiro público existe nos dois tipos de parceria que prevê a lei, e em um deles ainda se somam as tarifas pagas pelo usuário, gerando para o parceiro privado não uma, mas duas fontes de capital.

Com o atrativo da contraprestação feita pelo setor público, pretendeu-se criar mais uma alternativa no escopo de atrair investimentos dos grandes capitais privados para o custeio e realização de demoradas e onerosas obras de infraestrutura, com valores superiores a R\$ 20 milhões, para as quais o Estado não tinha mais como se responsabilizar.

Para viabilizar o alcance desse objetivo, a lei em estudo criou duas novas modalidades de concessão: a concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas devendo observar os princípios jurídicos indispensáveis à prestação do serviço público, como a eficiência, a transparência, o respeito aos destinatários do serviço, a responsabilidade fiscal, entre outros.

3.2 Inovações e críticas pertinentes

A Lei nº 11.079¹¹ instituiu normas gerais para licitação e contratação das parcerias público-privadas, alcançando a administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundos especiais e ainda todas as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

Contudo, devemos ressaltar que nem todos os artigos da lei são de caráter nacional. As normas elencadas dos arts. 14 ao 22 direcionam-se apenas à União, de forma que, sobre os temas tratados nesses artigos, é possível que outros entes da federação possam editar leis próprias, de caráter especial.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

Nesse ponto reside a primeira crítica ao modelo de concessão gerado pelas parcerias público-privadas: ele gera dívidas um tanto quanto imprevisíveis, por terem prazos muito estendidos, de até 35 anos, o que poderia resultar em sérios desequilíbrios fiscais.

Ao tentar evitar esse tipo de problema, o art. 22 cria um limite global que impede a realização de novas parcerias caso a soma das despesas de caráter continuado derivadas das parcerias já contratadas no ano anterior tiverem excedido 1% da receita corrente líquida do exercício e, também, quando as despesas anuais dos contratos já vigentes excederem, nos 10 anos subsequentes, a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Outro ponto relevante diz respeito aos princípios administrativos aplicáveis à Lei nº 11.079/2004. Tais princípios foram previstos no art. 4º da lei sob a nomenclatura de diretrizes contratuais e, não obstante a presença dos princípios ordinariamente aplicados nos contratos administrativos, o artigo traz a diretriz da repartição objetiva dos riscos entre as partes.

Essa diretriz, que também vem elencada como uma cláusula contratual essencial, merece especial destaque por ser outra novidade com relação ao modelo de concessão comum. Aqui, novamente, cria-se um estímulo ao parceiro privado.

Além da prestação pecuniária paga diretamente pelo poder público, ainda se poderia contar com sua participação financeira nas responsabilidades geradas pela obra ou serviço, mesmo que os danos dela decorrentes tenham sido gerados por apenas um dos parceiros, por caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea contratual econômica extraordinária.

Este é um dos aspectos mais criticados acerca das parcerias público-privadas, uma vez que, ao proporcionar um cenário extremamente atraente para os investidores privados, o legislador acaba gerando para o Estado um elevado risco financeiro, por envolver a prestação pecuniária do poder público.¹² Caso o investimento dê errado, por ser mal planejado, ou mesmo por qualquer infortúnio imprevisível, é também do poder público, já carente de recursos, a responsabilidade por cobrir parte do prejuízo ocorrido.

Como dito, na Lei nº 11.079/2004, há previsão de duas modalidades de parceria: concessão patrocinada e concessão administrativa. Na modalidade de concessão patrocinada, enquadram-se os serviços ou obras que são

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 406.

diretamente utilizados pela coletividade. Nesse tipo de concessão, o parceiro privado recebe a remuneração de seu serviço ou obra por duas fontes distintas, a primeira paga diretamente pelo usuário na forma de tarifa, e a segunda que é provida pelo poder concedente — ente público.

Essa modalidade muito se parecia com o modelo de concessão comum, regulado pela Lei nº 8.987/1995; contudo, conforme explicitado, na parceria público-privada o concessionário recebe dois tipos de remunerações, enquanto na concessão comum a remuneração é apenas uma, recebida por meio das tarifas pagas pelo usuário. Não há complementação financeira da administração pública ao parceiro-privado.

Nesse ponto, pode-se apontar uma contradição entre a lei em estudo e seu objetivo: se ela pretendia ajudar o Estado financeiramente, desonerando-o dos gastos com a prestação de serviços com os quais ele não podia mais arcar, criar uma participação do ente público, que pode chegar a 70% do custo do serviço, ou até mais, caso haja autorização legislativa específica, é incongruente e não parece ser forma de socorrer as finanças públicas.

Aparentemente, a tentativa do legislador de criar chamarizes para o capital particular acabou tornando impossível que a parceria alcançasse plenamente seus objetivos: fornecer à população obras e serviços indispensáveis, sem empregar nelas o capital público, ou, ao menos, tanto capital. Esta constatação coloca em xeque toda a veracidade de toda a fundamentação apresentada pelo poder público para legitimar a inserção do instituto das parcerias público-privadas na ordem jurídica brasileira e suscita questionamentos éticos e jurídicos acerca da constitucionalidade dos benefícios gerados para as grandes empresas a serem contratadas pelo Estado neste sistema.

O outro modelo de parceria, o de concessão administrativa, presta-se ao fornecimento de serviços, ainda que estes envolvam a execução de obras e fornecimento ou instalação de bens e equipamentos, que são utilizados direta ou indiretamente pela administração pública, e os quais ela não possui o subsídio necessário para realizar.

Nesse modelo de concessão o pagamento é realizado exclusivamente pelo poder público. Ele é o único responsável por arcar com as expensas do concessionário, tendo em vista que ele próprio será beneficiado com o uso dos serviços prestados pelo parceiro privado.

Na implementação desse modelo de parceria, diferentemente do que ocorre no modelo patrocinado, existe uma justificativa que vai além do esgotamento dos recursos públicos; nessa concessão, existe também a preocupação com a eficiência com que as obras e serviços públicos são realizados.

O modelo administrativo de concessão é ainda mais criticado do que o modelo patrocinado, uma vez que, se observado de perto, se percebe que ele se aproxima demais de uma simples remuneração contratual. Não se pode esperar que apenas o uso do nome parceria público-privada possa fazer que um contrato de prestação de serviços assuma as características daquele instituto jurídico. Parece que se trata de um mero contrato de prestação de serviços, mas que oferece muito mais vantagens ao parceiro-privado do que seria possível no regime comum de contratação pública.

Neste modelo especial de concessão, foram criados outros atrativos para investimento do capital privado. Tais atrativos vão desde o compartilhamento de riscos, já analisado anteriormente, até a concessão de prazos enormes para a duração do contrato. Destacam-se os vários tipos de vantagens econômicas, que servem de garantias para que as obrigações pecuniárias assumidas pela administração sejam adimplidas. Dentro dessas garantias previstas no art. 8º da lei, estão a vinculação de receitas, instituição de fundos especiais, prestação de garantia através de fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, contratação de seguro através de empresa que não seja controlada pelo poder público, entre outros.

Traço também importante do contrato de parceria público-privada é que, antes da sua celebração, a lei exige a constituição de sociedade de propósito específico que deverá ser responsável por implantar e gerir o objeto da parceria público-privada.

Necessário lembrar que a concessão especial, como as demais concessões, deve ser precedida por licitação, especificamente na modalidade concorrência, e que depende, ainda, de autorização específica da autoridade competente, fundada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação. Ademais, as despesas criadas ou aumentadas não deverão afetar as metas de resultados fiscais.

Marcante também a inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004 no inciso III do seu art. 11, sendo esta a previsão da possibilidade do uso da arbitragem para solucionar conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de parceria, desde que esta seja realizada no Brasil, em língua portuguesa e de acordo com o previsto pela Lei nº 9.307,¹³ conhecida como Lei da Arbitragem.

¹³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1996.

Ambas as Leis nº 9.307/1996 e nº 11.079/2004 foram editadas durante o período de Reforma Gerencial, e por isso demonstram claramente o intuito da administração pública de esvaziar cada vez mais suas funções prestacionais.

Foi com a justificativa da falta de capacidade estatal de solucionar, ou ao menos tentar amenizar o problema da ineficiência e, sobretudo, o problema da escassez financeira, que a lei das parcerias público-privadas tentou criar a possibilidade de utilização do juízo arbitral para as controvérsias oriundas desses contratos. Esse intuito não foi inédito no ordenamento. A Lei nº 8.987/1995 já havia previsto, no inciso XV, do art. 23 de seu texto, a essencialidade da existência de cláusula que prevísse a existência de foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais nos contratos de concessão administrativa. É bem verdade que, nesse caso, trata-se de uma previsão genérica, mas nem por isso a sua presença deixou de explicitar a clara tendência de utilização de modos pacíficos de solução de controvérsias também no setor público.

Muito foi discutido a esse respeito, tendo, inclusive, o Tribunal de Contas da União (TCU) no TC nº 8.217/93-9, de relatoria do ministro Homero Santos, apresentado posição em que declarou a impossibilidade de utilização da arbitralidade nos contratos administrativos, por entender que tal previsão poderia ser contrária aos princípios de direito público, mas, principalmente, por não haver previsão legislativa para tanto.¹⁴

Não obstante tal posicionamento, a tendência por inovação e modernização do direito público continuou com a previsão da possibilidade de uso da arbitragem nas Leis nº 9.472,¹⁵ nº 9.478,¹⁶ 11.079/2004, entre outras. Para que tal possibilidade seja viável e constitucional, ela precisa atender vários requisitos e estar sempre adequada ao atendimento do interesse público.

Como se sabe, a Justiça, bem como várias outras áreas de prestação estatal, enfrenta uma crise de ineficiência. Atravancada com uma imensa massa de processos, um número incompatível de servidores e uma obsoleta infraestrutura, não consegue prestar com celeridade, e até mesmo qualidade a

¹⁴ Decisão prolatada no TCU pelo ministro Homero Santos no TC nº 8.217/93-9.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997a.

¹⁶ Ibid. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago. 1997b.

função jurisdicional, o que é um ponto negativo para que haja interesse do ente privado em celebrar o contrato de parceria. Isso leva à ilação de que a previsão do uso da arbitragem nada mais é que outro atrativo para investimento de verba privada nas parcerias público-privadas.

3.3 Entendimento e emprego atual do instituto

Como se percebe, são muitas as vantagens oferecidas para o parceiro privado. A justificativa apresentada pelo poder público para tanto consiste na grande necessidade de criação de incentivos para que o capital privado se interesse em investir nos serviços públicos. Trata-se de uma tentativa de diminuir a posição de vantagem da administração pública no momento de celebrar contratos com o particular.

Não obstante as críticas ao modelo, alguns autores consideram inegável que o Estado não tem mais como arcar com a prestação dos serviços e obras que a parceria público-privada se dispõe a realizar, sob o argumento de que o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, combinado ao exaurimento progressivo dos serviços públicos economicamente autossustentáveis, não permite que o mesmo possa investir em obras de infraestrutura, e nem mesmo na prestação de serviços.¹⁷ Isso justificaria a existência de tantos atrativos para o setor privado: para compensar sua inferioridade econômica, ele relativiza sua superioridade contratual.

Contudo, não se pode olvidar que também podem existir vantagens para o poder público na celebração de tais parcerias. A mais relevante é o atendimento ao interesse público, que é de sua responsabilidade, e que pode se dar pela prestação de serviços que são imprescindíveis à população, com maior eficiência. De mais a mais, a dificuldade da administração para realizar as obras de infraestrutura que ficariam a cargo da parceria público-privada vem fazendo com que este instituto seja cada vez mais usado no Brasil.

A parceria público-privada já é uma realidade consolidada nos países dos quais o Brasil importou a Reforma Gerencial e o modelo de estado social, como a Inglaterra e a Austrália, e até mesmo em países em desenvolvimento, como os da Europa Central, Chile e México. Também aqui, mesmo com tantos

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 5, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 16 jul. 2013.

pontos passíveis de melhora, o contrato da parceria público-privada tem sido usado no país em larga escala.

Um exemplo de destaque no Brasil desse tipo de contrato foi a realização da construção da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, um empreendimento resultante de uma parceria público-privada que ilustra muito bem o tipo de obra de infraestrutura que esse tipo de contrato se presta a realizar, tendo em vista que, quando terminada, a aludida parceria representará um enorme benefício para os cidadãos da cidade de São Paulo.

Já em análise de casos mais atuais de emprego deste instituto, pode-se citar a parceria firmada entre o Governo do Estado da Bahia e o consórcio OAS/Odebrecht para a construção, operação e manutenção da Arena Fonte Nova, bem como a parceria do Governo de Minas Gerais com a Minas Arena para a reforma e a modernização do Mineirão.

A recente vinda de grandes eventos mundiais da área esportiva para o Brasil intensificou o uso do instituto da parceria público-privada por ser um instrumento que pode ser interessante no manejo de obras e serviços gigantescos e muito custosos, e, com isso, as falhas e benesses no instituto certamente ficarão mais aparentes.

4. Conclusão

Após todo o estudo apresentado, entende-se que foi possível, com base em todos os pontos abordados e na pesquisa realizada, alcançar o objetivo de demonstrar os riscos e os possíveis benefícios gerados pelo uso das parcerias público-privadas. De fato, parecem ter se destacado suas possíveis vantagens e a grande necessidade de sua implementação para o alcance do interesse público.

O emprego da parceria público-privada pode incrementar o desenvolvimento do Estado, especialmente no ponto de vista de infraestrutura, pois o maior número de parcerias geraria um maior número de obras e serviços a serem realizados em prol da sociedade.

No entanto, é preciso observar que ainda existe muito espaço para debate e pesquisa sobre o tema abordado. A parceria público-privada ainda é um instituto novo no ordenamento brasileiro e que lida com investimentos muito elevados. Por isso, é necessário ser acompanhado de perto para evitar seu uso de forma ímproba pelos nossos administradores.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <www.direito.doestado.com.br>. Acesso em: 16 jul. 2013.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de julho de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Dá nova redação ao art. 37 da Constituição Federal alterando e inserindo parágrafos e incisos. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 jun. 1998.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1996.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997a.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago. 1997b.

____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-8 — Reino da Espanha. Agravante: MVB Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 set. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013401&base=baseAcordaos>. Acesso em: 1º out. 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial de 1995. In: D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (Org.). *Democracia, crise e reforma: estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem Lei nº 9.307/96*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GLEBLER, Eduardo. A Solução de Controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, n. 2, p. 61-72, maio/ago. 2004.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 14-20, 2000.

____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 405-411.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 4, n. 12, p. 29-58, jan./mar. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnaldo. A infraestrutura, as parcerias público-privadas e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun. 2005.