

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – A CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS

BERNARDINO, Laerty Morelin¹

RESUMO: O presente artigo vislumbra conceituar o instituto das parcerias público-privadas que foram criadas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2014, instituindo assim uma concessão especial de serviços públicos. Tal modalidade se destina à captação de recursos privados para o desenvolvimento de atividades em relação às quais a atuação isolada do Estado tem se revelado insuficiente. Sendo assim, justifica-se em razão da falta de disponibilidade de recursos financeiros do Estado, bem como em razão da suposta eficiência da gestão do setor privado. Por sua vez, a inovação no âmbito da elaboração de normais gerais de licitações através da lei supracitada trouxeram aspectos polêmicos que causaram grande repercussão, especialmente levando em consideração o montante de recursos públicos direcionados às obras de infraestrutura realizadas sob o pálio das parcerias público-privadas.

Palavras-chave: parcerias público-privadas. concessão de serviços públicos. concessão especial. licitação.

RESUMEN: Este artículo prevé la conceptualización del instituto de asociaciones público-privadas que fueron creados por la Ley nº 11.079, de 30 de diciembre de 2014, lo cual instituyó una concesión especial de los servicios públicos. Este modo está pensado para la recaudación de fondos privados para el desarrollo de actividades para las que la acción aislada del Estado no ha sido suficiente. Por lo tanto, se justifica debido a la falta de disponibilidad de los recursos financieros del Estado, así como a causa de la supuesta eficiencia de la gestión del sector privado. A su vez, la innovación en la preparación de una oferta general normal a través de la citada ley trajo aspectos polémicos que causaron gran repercusión, sobre todo teniendo en cuenta la cantidad de fondos públicos asignados a las obras de infraestructura realizadas bajo el dosel de las asociaciones público privadas.

Palabras-claves: asociaciones público-privadas. prestación de servicios públicos. concesión especial. licitación.

1. INTRODUÇÃO

É consabido a fragilização financeira pela qual atravessam os municípios, estados e até mesmo a própria União, resultando em escassez de recursos públicos destinados às obras de infraestrutura, como construção e manutenção de rodovias, ferrovias, aeroportos, presídios e mais recentemente, os suntuosos estádios destinados aos jogos da Copa do Mundo no Brasil.

Nesse contexto, a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas publicada em 31 de dezembro de 2004 sob o nº 11.079 fora de inegável importância para injetar recursos privados na consecução dos serviços públicos, especificamente em obras de duvidosa viabilidade econômica para o Estado.

Supracitada Lei define as normais gerais para a celebração desse novo tipo de contrato administrativo, delimitando seu âmbito de aplicação, conceituando este novo instituto bem como enumerando os princípios a que está subordinado.

Dessa forma, nas obras em que predominava a atuação do Poder Público, o Estado se vê obrigado a catalisar recursos no setor privado, mediante oferecimento de garantias acerca da

¹ Possui Graduação em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) de Jacarezinho - Paraná, conclusão em 2010. É Pós-graduando em Direito do Estado junto às Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO) em parceria com o Projuris Estudos Jurídicos. Advogado inscrito na OAB/PR com inscrição suplementar na OAB/SP. Atua como advogado efetivo da Câmara Municipal de Quatiguá - PR bem como advogado militante na Comarca de Joaquim Távora - PR.

possibilidade de retorno de tais investimentos, possibilidade até então não prevista na legislação atinente às concessões.

Assim, o objetivo central do presente artigo é analisar o instituto da nova modalidade de concessão, visando apontar suas inovações, suas vantagens e supostos riscos, bem como seus aspectos polêmicos que, mesmo após 10 anos da edição normativa, merecem ainda a atenção de doutrinadores e foram objetos de importantes decisões nos tribunais pátrios.

1.1. Conceito, natureza jurídica e modalidades.

A Lei nº 11.079/2004, em seu art. 2º, define de forma sucinta as parcerias público-privadas como contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa. Assim, o festejado José dos Santos Carvalho Filho² conceitua o instituto como:

[...] acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Convém enaltecer que referida concessão especial está atrelada à empreendimentos públicos de grande vulto, mesmo porque tal modalidade é vedada em contratos inferiores à R\$20.000,00 (vinte milhões de reais), conforme preconizado pelo §4º do artigo em comento.

Por sua vez, é preciso lembrar que a natureza jurídica de tal ajuste é a de contrato administrativo de concessão de serviço público, como se denota do supracitado art. 2º. Além disso, levando em consideração que a própria Lei se refere à concessão comum regulada pela Lei nº 8.897/1995, há que se considerar a nova modalidade como concessão especial, haja vista a interpretação à *contrario sensu* do próprio art. 3º, veja-se, pois:

§3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Por sua vez, é inconteste a predominância das chamadas cláusulas exorbitantes para tal modalidade especial de concessão, estas que são originariamente previstas nas Leis nº 8.866/1993 e 8.897/1995. Assim sendo, é perfeitamente possível a alteração e rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, bem como a possibilidade de sanções administrativas no caso de eventual descumprimento de contrato pelo parceiro privado.

As parcerias público-privadas podem constituir-se através de duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A concessão patrocinada, mais usual entre as experimentadas na gestão pública, é aquela definida no §1º do artigo 2º da Lei em questão, esta que envolve não só a tarifa cobrada dos

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26º ed. (revista, ampliada e atualizada até 31-12-2012). São Paulo: Atlas, 2013. p. 428

usuários do serviço público mas também uma contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário.

Acerca de tal modalidade de concessão especial, Maria Di Pietro ³assevera que o objeto da concessão patrocinada, assim como na concessão comum, pode ser a execução de um serviço público ou de uma obra pública, alertando tão somente que na concessão patrocinada a contraprestação do Poder Público é obrigatória, ao passo que na concessão comum esta é excepcional.

Ao revés, a concessão administrativa, conforme preconizado pelo §2º do supracitado artigo da Lei das Parcerias Público-Privadas, é o contrato de prestação de serviços dos quais a Administração é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Assim, diversamente do que ocorre na concessão patrocinada, nesta não há pagamento de tarifa pelo suposto usuário, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo “parceiro público”. Tal modalidade vem sendo adotado na construção de presídios em diversos estados brasileiros.

Não obstante entendimentos que contestem a remuneração exclusiva do Poder Público ao parceiro privado, domina o pensamento de que, tratando-se de modalidade especial de concessão, inexistente qualquer vedação constitucional para sua instituição.⁴

1.2. Objeto, Limites e vedações das PPPs

Inicialmente, é preciso ressaltar que as PPPs já estão definidas na própria lei como modalidade de concessão de serviço público, não sendo despendendo o ensinamento do festejado Celso Antonio Bandeira de Mello que assim assevera:

“Obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público, (ainda que para isto necessite englobar outras atividades). (...) o objeto das PPPs será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados”⁵

A asséptica lei despertou maiores objeções quanto à concessão administrativa, uma vez que a concessão patrocinada é facilmente entendida, pois muito se assemelha à concessão comum, desta se diferenciando tão somente em virtude do concessionário também receber recursos do “parceiro público”.

Por outro lado, na concessão administrativa, há autores que buscam correlacionar o novo instituto de concessão administrativa de serviços com o contrato de serviços regulado pela Lei nº 8.666/1993.⁶

Nessa vereda, é importante frisar que a Lei das PPPs vedou a divisão do objeto a ser concedido, não admitindo portanto, a contratação direcionada apenas ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública, casos tais que seriam regidos normalmente pelo estatuto dos contratos e licitações.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-55.

⁴ FERREIRA, Luiz Tarcisio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas*. Aspectos constitucionais, Belo Horizonte, Fórum 2006, p. 72.

⁵ MELLO, Celso A Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 728-729.

⁶ MELLO, ob. cit. 20. ed. p. 732.

Por tais motivos é que Carvalho Filho⁷ rechaça a identificação da concessão administrativa com o contrato de prestação de serviços da Lei de Licitações, veja-se, pois:

Por tais elementos é que, com a devida vênia, dissentimos daqueles doutrinadores que identificam a concessão administrativa com o contrato de prestação de serviços. Pode-se admitir que haja semelhanças entre e até mesmo suspeitar que esse novo tipo de contratação venha a fracassar, mas inexiste total identidade no que tange à fisionomia jurídica de tais negócios.

Em consequência, vale ressaltar que a concessão especial em questão destina-se tão somente a obras de grande vulto, quando o valor for igual ou superior a vinte milhões de reais, conforme §4º do art. 2º da Lei das PPPs, não podendo o contrato ter vigência inferior a 5 anos, assim como não podendo superar 35 (trinta e cinco) anos, devendo estar consignado objeto único conforme já delineado alhures.

Ressalvado as possibilidades de uso da concessão especial, o inciso I do art. 4º proibiu o contrato de PPP quando o objeto envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Por fim, não obstante outras limitações, há que se observar a responsabilidade fiscal do Poder Público na iminência de contratar parceria público-privada. No âmbito da União, o art. 22 autoriza a União a celebrar contratos de PPPs somente quando “a soma das despesas de caráter continuado derivados do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1º (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios”.

2. PROCEDIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

Despiciendo lembrar que no ramo do Direito Público, tal qual o Direito Administrativo, vige princípios basilares como o da legalidade, moralidade e publicidade. Assim, a asséptica Lei nº 11.079/2004 surge para regulamentar o procedimento a ser adotado no âmbito da concessão especial de serviços públicos, diploma normativo que deve ser seguido pelos Estados, Municípios e Distrito Federal para a eventual implantação de seus projetos de PPPs. Portanto, editada a lei geral, cabe a cada ente elaborar sua própria legislação.

2.1. Garantias ao parceiro privado

Umas das mais relevantes preocupações da referida lei fora estabelecer garantias ao parceiro privado para que possa ser devidamente ressarcido dos investimentos realizados em proveito do Poder Público. Por tais motivos, em seu art. 8º está consignado as garantias que podem ser contratadas relativamente às obrigações contraídas pela Administração Pública.

As garantias são prestadas das mais variadas formas, entre as quais podem ser citadas a vinculação de receitas; criação ou utilização de fundos especiais; contratação de seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p. 432.

controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; bem como outros mecanismos admitidos em lei.

Alguns autores divergem acerca da constitucionalidade de algumas formas de garantia, matéria que veremos adiante no tópico referente aos temas polêmicos acerca das PPPs.

2.2.Licitação

A parceria público-privada deve ser estabelecida por licitação na modalidade concorrência, haja vista a complexidade do procedimento bem como em razão do valor mínimo, este que não se encaixa em outra modalidade mais simples de licitação.

Mas isso não é tudo, mesmo porque o procedimento deve obedecer à algumas formalidades que estão elencadas na Lei em comento.

O art. 13 da Lei das PPPs prevê a possibilidade de inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento prevista na Lei nº 8.666/93, pratica esta que já fora adotada no Regime de Contratações Diferenciadas – RDC, tudo isso em prol de uma maior celeridade.

Outra condição essencial para a implementação das PPPs é a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão, dando ênfase à transparência pública e maior controle social pelos administrados, especialmente em razão das obras e serviços serem de grande vulto.

Outro mecanismo inovador na Lei nº 11.079/2004 está consignada no inciso IV do artigo 12, no qual está permitido a saneamento de falhas, complementação de insuficiências ou ainda correções de caráter formal no curso do procedimento, possibilidade de vem ao encontro com o princípio da supremacia do poder público e da ampla participação.

Faz-se necessário ainda que o objeto do contrato esteja previsto no plano plurianual relativo ao período de execução do ajuste, haja vista a vigência mínima de 5 anos para o contrato a ser firmado.

Por fim, merece destaque a faculdade da adoção, entre outros instrumentos privados, da arbitragem como instrumento de solução de controvérsias relacionadas à execução do contrato. Tal expansão de um instrumento nitidamente de direito privado é resultado do princípio do consensualismo na Administração Pública.⁸

Ao revés, respeitável doutrina advoga ser inconstitucional a possibilidade da arbitragem ser aplicada em um instituto nitidamente de direito público, haja vista o interesse público em jogo, bem como pelo fato de que se trataria de bens indisponíveis⁹, o que será abordado ao final do presente artigo.

3. ASPECTOS POLÊMICOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Como já fora ressaltado, a asséptica Lei recebeu diversas críticas de renomados autores, sobretudo dando conta de supostas inconstitucionalidades no bojo da inédita forma de concessão especial, não obstante o não ingresso até o presente momento de qualquer Ação de Direta de Inconstitucionalidade perante o STF.

⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas, RDA nº 241, 2005, p. 241-271.

⁹ MELLO, ob. cit. 20. ed., p. 733.

3.1.Limite mínimo para celebração de contratos de PPP

Conforme já consignado no estudo do capítulo acima, a Lei nº 11.079/2004, em seu art. 2º, §4º, inciso I, vedou a celebração de parceria público-privada em contratos cujo valor seja inferior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). A crítica reside no fato de que tal regra não possui natureza de norma geral, não podendo ser aplicada tal vedação a outros entes federados, tais como os Estados e Municípios.

Nessa vereda, encontra-se importante posicionamento de Gustavo Binenbojm¹⁰, este que defende a interpretação da regra como conteúdo específico, argumentando que:

[...] a ordem de grandeza dos projetos e empreendimentos levados a efeito no âmbito federal é consideravelmente maior que a da maioria dos demais entes federativos. [...] entendo que cada ente federativo deve fixar seus próprios limites mínimos, compatíveis com a realidade sócio-econômica, mas sem descuidar do fato de que as PPPs se destinam a situações excepcionais e que requeiram investimentos vultosos do parceiro privado.

Toshio Mukai¹¹ já vai além, insistindo na inconstitucionalidade dessa regra, mesmo pretendendo-se constituir-se em norma geral, alegando para tanto que a regra “se imiscui na autonomia e administrativa dos Estados e Municípios”.

Ao revés, o Professor Carlos Ari Sundfeld¹² defende tal valor mínimo, haja vista que a própria lei fixou o critério identificador para o cabimento da parceria público-privada.

Fernando Vernalha Guimarães¹³, por sua vez, enaltece que em 2005 foi editada a Lei de Consórcios Públicos nº 11.107, podendo esta ser usada por Municípios que não possuem condições financeiras de realizar uma contratação via PPP e, desta forma, ter acesso à engenharia financeira, conseguindo os investimentos necessários às obras de infraestrutura.

Dessa forma, o autor acredita que o consórcio público seja uma forma dos Municípios realizarem PPPs, haja vista que de forma individualizada não reúnem condições financeiras para tanto.

Para Vera Monteiro¹⁴, a contratação através de PPPs deve ser viabilizada de forma subsidiária em detrimento de outras modalidades convencionais, veja-se, pois:

Uma mesma idéia negocial pode ser viabilizada por variados instrumentos jurídicos. A opção por uma PPP demanda a comprovação de que não existem

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINE%20BOJ%20M.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

¹¹ MUKAI, Toshio. Parcerias público-privadas. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 6.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros; 2005. p. 27. Citado em Castro, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Beneddi. (Org.) Estudo sobre parcerias público-privadas. 1. ed. São Paulo: IOB Thonsom, 2006.

¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. p. 295. Parceria Público-Privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico. Curitiba, 2008. 615 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 295.

¹⁴ MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. In: SUNDFELD, Carlos Ar (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95-96.

outros mecanismos úteis para a exploração de um dado negócio. Considerando que o modelo de PPP onera financeiramente o Estado e compromete suas contas por um longo período, é salutar que as leis digam expressamente os casos em que não serão considerados contratos de PPP.

Por fim, há autores que conclamam a buscar a natureza jurídica do referido artigo, como é o caso de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira¹⁵. Para este, tal cláusula não tem natureza contratual, não sendo norma geral de contratação, porque impõe um valor único a todos os entes da federação, sem respeitar o princípio da igualdade federativa. Se assim fosse, o autor assevera que deveria prever uma proporção entre o valor mínimo exigido ou financiamento e, o vulto orçamentário da pessoa jurídica, como uma percentagem de seu lucro líquido.

Denota-se, portanto, grande controvérsia acerca do valor mínimo a ser contratado nas concessões especial através de PPPs, devendo ser ressaltado, entretanto, que o prazo da vigência mínima para referido negócio jurídico é de 5 (cinco) anos, o que diminui sensivelmente o impacto financeiro do negócio a ser entabulado.

3.2. Polêmica quanto ao prazo do contrato nas PPPs.

O art. 5º, inciso I, preconiza que a vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não será inferior a 5 (cinco), tampouco superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

Ocorre que a questão da recuperação dos investimentos pelo parceiro privado é de suma importância na questão do prazo da vigência do referido contrato. Tal ênfase é dada por Carlos Ari Sundfeld¹⁶:

Trata-se de um período mínimo de exposição do contrato ao risco de prejuízo econômico sem decorrência da má execução da infraestrutura. Ademais, como a remuneração será paga pelos serviços – e não diretamente pelas obras ou fornecimentos –, a exigência de que estes durem ao menos cinco anos dá à Administração esse prazo mínimo para a amortização dos investimentos. É um modo de diluir no tempo a pressão financeira.

Marcos Barbosa Pinto¹⁷ constata que o prazo máximo de 35 anos visa garantir que o parceiro privado possa recuperar os investimentos que foram aplicados para a realização da parceria público-privada.

Posição divergente é consignada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual assevera que ao estabelecer o prazo de 35 anos e, mesmo assim não for suficiente para a amortização dos investimentos pelo parceiro privado, esta acredita que deverá ocorrer a prorrogação de prazo suficiente para que ocorra tal recuperação. E que se assim não entender a Administração Pública, o parceiro privado tem o direito de “pleitear indenização por perdas e danos”

3.3. Quanto ao objeto do contrato

¹⁵ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Op. cit., 36.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 35.

¹⁷ PINTO, Marcos Barbosa. III – Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina Legislativa. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.). Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 34.

Convém enaltecer que a Lei das PPPs veda a contratação apenas de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, sob o pálio do art. 2º, §4º, inciso III. Tal regra tem por desiderato buscar uma maior vantagem econômica.

Por essa razão, Marcos Barbosa Pinto¹⁸ enfatiza que realizar PPP para construção de uma obra pública é uma forma de adquirir dívida disfarçadamente, trazendo prejuízo para o Brasil, e demonstrando a tentativa de ludibriar a Lei de Responsabilidade Fiscal. Por isso, este tipo de contrato é proibido pela lei. Dessa forma, havendo necessidade tão somente de uma obra pública, tal contratação deverá ser regida pela Lei de Licitações, não havendo que se falar em concessão especial.

Nessa vereda, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹⁹ asseveram que a simples contratação de pessoas é de igual forma vedada, quando visa resolver a falta de pessoal. Assim, a contratação a ser feita através de PPP só poderá ser realizada quando abarcar “capacidade operacional empresarial, que se traduz na organização de conjunto de bens, direitos e de pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço. Não cabe, por exemplo, PPP para contratação de serviço de limpeza de um condomínio, ou para mesa assistência a usuários de software de rede”.

Assim, com tais vedações ao objeto das PPPs, vislumbra-se que a remuneração do parceiro privado esteja diretamente ligada a fruição dos serviços pela Administração Pública, assim como pelos administrados na condição de usuários. Com isso, busca-se garantir uma boa execução do que fora estabelecido em contrato, haja vista que este possui vigência mínima de 5 (cinco) anos.

3.4. O adimplemento diretamente ligado à disponibilização do serviço executado pelo Parceiro Privado.

Cuida-se de analisar que o artigo 7º da supracitada Lei prevê que o pagamento ao parceiro privado se dará tão somente após o termino da execução e disponibilidade das obras e dos serviços e, ao longo do prazo estabelecido no contrato. Por tal razão, o particular realiza investimentos vultosos e, só depois, passará a ser receber a remuneração da Administração Pública em decorrência do contrato entabulado através de PPP.²⁰

Impende sobrelevar que nas licitações de obra pública, a Administração Pública é obrigada a pagar praticamente à vista. Por sua vez, conforme assevera José Virgílio Lopes Enei²¹, nas PPPs o Poder Público repassa o pagamento ao parceiro privado no decorrer do prazo estipulado no contrato, assim que os serviços são sendo prestados. Opera a obra e a disponibiliza para sua fruição e utilidade.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 7º preconiza a possibilidade do repasse da remuneração pelos cofres públicos de maneira parcial, quando parcela fruível do serviço for disponibilizado.

3.5. A faculdade de utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

¹⁸ PINTO, Marcos Barbosa, Op. cit., p. 34.

¹⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. cit., p. 81.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 648.

²¹ ENEI, José Virgílio Lopes. Capítulo 13: Financiamento de Projetos e a Parceria Público-Privada. In: _____. Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e outras Figuras Afins. São Paulo> Saraiva, 2007. p. 49.

Como fora ressaltado no introito do presente artigo, a Lei das PPPs faculta a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos decorrentes do contrato de concessão especial, regra esta que estabeleceu intensa divergência entre doutrinadores. Entre os doutrinadores contrários ao uso da arbitragem destaca-se Celso Antônio Bandeira de Mello, este que ressalta o caráter da indisponibilidade dos bens no que diz respeito ao serviço público, não podendo tais bens estarem no âmbito decisório de particulares. A esse respeito, é o ensinamento do ilustre administrativista:

Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele umbricada, ofenderia o papel constitucional de serviço público e a própria dignidade que o envolve.²²

Ao revés, a posição majoritária é no sentido de compreender a arbitragem como possibilidade de resolução de tais conflitos. Para tanto, Helly Lopes Meirelles enfatiza que a própria Lei da Arbitragem, em seu art. 25, dispõe que, sobrevivendo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo-se o procedimento arbitral. O saudoso autor explica a distinção entre interesse público primário e secundário da seguinte forma:

[...] é importante distinguir o interesse público primário do interesse público secundário. O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração Pública no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público primário está na implantação daquela unidade, sendo a locação um interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele. A satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do Direito Privado e se resolve em relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da administração, são direitos disponíveis.²³

Depreende-se, portanto, que para o renomado autor, não há qualquer dúvida que nos contratos entabulados pela Administração Pública, há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, este que pode ser objeto de arbitragem.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, as Parcerias Público-Privadas tornaram-se uma solução emergencial para o País enfrentar a falta de recursos públicos para obras de infraestrutura, mais especificamente obras de grande vulto. Por sua vez, tal procedimento irremediavelmente ocasiona um maior dispêndio de recursos públicos, haja vista que o parceiro privado vislumbra angariar lucro nessa concessão especial firmada através das PPPs.

Nada obstante aos resultados obtidos, constata-se que os próprios estados aprimoraram o instituto da concessão especial, visando à ampliação e recuperação de infraestruturas, podendo ser remunerada por tarifa, mas obrigatoriamente com a contraprestação do ente público.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ob. cit, p. 743.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251.

Viceja grande discussão a viabilidade da presente modalidade, esta que fora adotada inclusive na reforma e/ou construção das modernas arenas destinadas à Copa do Mundo de 2014.

Por fim, cabe ressaltar que o instituto merece a atenção devida, devendo ser ressaltados os questionamentos sobre sua constitucionalidade e de sua receptividade pelo ordenamento pátrio, devendo ser sopesado com os princípios da administração pública, mormente os princípios da moralidade e eficiência.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINE%20BOJ%20M.pdf)

>. Acesso em: 11 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26º ed. (revista, ampliada e atualizada até 31-12-2012). São Paulo: Atlas, 2013.

ENEI, José Virgílio Lopes. Capítulo 13: *Financiamento de Projetos e a Parceria Público-Privada*. In: _____. Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e outras Figuras Afins. São Paulo> Saraiva, 2007

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Luiz Tarcisio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas*. Aspectos constitucionais, Belo Horizonte, Fórum 2006.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. p. 295. *Parceria Público-Privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. Curitiba, 2008. 615 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2006,

MELLO, Celso A Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. revista e atual. até a EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Vera. *Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos fiscais desse novo modelo de contratação*. In: SUNDFELD, Carlos Ar (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, RDA nº 241, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros; 2005. p. 27. Citado em Castro, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Beneddi. (Org.) *Estudo sobre parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: IOB Thonsom, 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. III – *Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina Legislativa*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.). *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.