



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CENÁRIO DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA
GESTÃO PÚBLICA

Gustavo de Almeida Carlos de Carvalho Pontes

Rio de Janeiro
2020

GUSTAVO DE ALMEIDA CARLOS DE CARVALHO PONTES

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CENÁRIO DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA
GESTÃO PÚBLICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Lucas Tramontano

Ubirajara da F. Neto

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CENÁRIO DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA GESTÃO PÚBLICA

Gustavo de Almeida Carlos de Carvalho Pontes

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo - a execução dos planos emanados dos setores políticos é um desafio cada dia mais complexo devido à intensa integração mundial, que requer acelerada troca de informações, e à crescente evolução tecnológica, que incrementa exponencialmente as demandas sociais. Para que os direitos da população, previstos no ordenamento jurídico como um todo, sejam prontamente efetivados, é preciso que a atividade administrativa do Estado esteja organizada de forma objetiva e, ao mesmo tempo, eficiente. Nesse sentido, a partir da década de 1990, a Administração Pública brasileira passou a adotar práticas mais sofisticadas de gestão do seus recursos, buscando inspiração, principalmente, nas estratégias do setor empresarial. Em decorrência dessa nova abordagem, esse trabalho propõe uma análise dos novos métodos que permeiam a atual atividade administrativa do Estado em relação à sua finalidade mais preponderante, a persecução do bem comum.

Palavras-chave - Administrativo. Contrato. Parceria.

Sumário - Introdução. 1. O modelo Gerencial aplicado à Administração Pública brasileira. 2. Descentralização organizacional e flexibilização da gestão. 3. As Parcerias Público-Privadas sob a égide da Administração Gerencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a contribuição do regime jurídico das parcerias público-privadas para a implementação de um modelo gerencial no âmbito da Administração Pública brasileira. Procura-se demonstrar como as parcerias público-privadas contribuem para satisfação do interesse público e do privado sem perder de vista a promoção dos princípios norteadores da Administração Pública e a garantia dos direitos fundamentais constantes da ordem constitucional.

Na década de 90, no decorrer do mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, foi constatada uma premente necessidade de o Estado brasileiro empreender uma reforma ampla no modo de gerir os recursos públicos. Diante do fenômeno da globalização, para permitir o desenvolvimento econômico-social do país em um cenário de intensa integração mundial, era evidente que a Administração Pública não poderia comportar práticas retrógradas e ineficientes.

Assim, para permitir o ingresso do Brasil na nova ordem mundial, o Governo criou, em 1995, o Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, que ficaria

responsável pela implementação do modelo gerencial na Administração Pública brasileira. Apesar de o órgão ter sido extinto, o esforço de modernização culminou na edição da Lei nº 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, abrindo espaço para a implementação de instrumentos de integração do setor público com o setor privado, entre eles a formalização dos contratos de parceria público-privada.

Apesar de o Estado brasileiro encontrar-se inserido em um cenário globalizado, exigindo um modelo estatal enxuto, a Constituição Federal elenca uma série de direitos e garantias fundamentais que vinculam a atuação dos representantes políticos. Assim, a discussão sobre a implementação de meios e processos mais eficientes na Administração Pública ganha extrema relevância diante de um cenário de contínua escassez de recursos públicos.

O primeiro capítulo questiona a diferença entre o modelo de administração gerencial e as outras formas de gerência dos recursos públicos. Realiza-se, então, uma análise dos princípios norteadores do regime jurídico administrativo a fim de compatibilizar o sistema normativo ao modelo de gestão mais adequado ao atendimento das necessidades sociais.

O segundo capítulo ocupa-se dos instrumentos previstos na lei para implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais. Assim, busca analisar os instrumentos normativos que representam uma flexibilização da prestação de serviços públicos, alçando o particular à condição de protagonista no âmbito do setor público.

O terceiro capítulo aborda especificamente o regime das parcerias público-privadas, discutindo até que ponto representa uma opção à implementação do modelo gerencial na Administração Pública. Nesse sentido, procura identificar as especificidades do regime de contratação da lei de parcerias público-privada como forma de atender ao preceito mais moderno da Administração Pública, o princípio da eficiência.

A pesquisa é realizada por meio de uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório do conteúdo bibliográfico. Desta forma, serão utilizadas obras científicas que se ocupam do fenômeno da desestatização para demonstrar a implementação de políticas públicas no âmbito de um modelo de administração gerencial.

1. O MODELO GERENCIAL APLICADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Administração Pública não surgiu de um modelo teórico pronto. Como toda ciência, evoluiu no decorrer do tempo, acompanhando as mudanças realizadas gradativamente

no seio da sociedade. Conforme prescreve Idalberto Chiavenato¹, do ponto de vista histórico, os pesquisadores identificam três abordagens distintas: o modelo patrimonialista, o burocrático e o gerencial. Apesar de representarem cada qual um estágio de evolução na gestão do patrimônio público, tais modelos não são totalmente excludentes entre si. É perfeitamente viável a coexistência de características de abordagens diversas na prática da função administrativa.

A administração patrimonialista é marcada pela ausência da distinção entre o patrimônio público e o privado. Por ser um modelo identificado com as monarquias absolutistas, o Estado era tratado como propriedade do Rei. Havia uma nítida confusão entre os bens públicos e particulares, de modo que os assuntos estatais eram tratados como extensão da vida pessoal do governante.

Assim, de acordo com Chiavenato², a estrutura administrativa não era utilizada para o atendimento das necessidades sociais, mas para a realização dos interesses do soberano, de modo que os cargos eram distribuídos livremente, de acordo com o arbítrio do Rei. Além da prática de nepotismo, o modelo patrimonialista contava ainda com uma extrema racionalidade subjetiva, em que as decisões advinham unilateralmente da vontade do soberano.

É nesse contexto que surgem os ideais burocráticos, cujo principal expoente é Max Weber. Segundo Chiavenato³, “a administração pública burocrática surgiu na segunda metade do XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista”. Na teoria, a burocracia exprime uma ideia de racionalidade, que decorre da intensa regulação legal. Por conseguinte, o patrimônio público e o privado ganham tratamento distinto, não sendo mais possível serem confundidos.

O modelo burocrático procurou estabelecer regras claras e decisões lógicas, adotando como características a formalidade dos processos de produção, a impessoalidade das relações, a profissionalização dos funcionários e a hierarquia da autoridade. Nesse cenário, os cargos são ocupados por pessoal com qualificação técnica e com remuneração fixa e em dinheiro. Já as atividades administrativas estão estritamente positivadas e delimitadas em complexos documentos legais.

Ocorre que a burocracia é orientada para a reprodução dos próprios meios, e não para o alcance de resultados. Com efeito, por conta do fenômeno da globalização, a abordagem burocrática passou a ser vista apenas por suas disfunções: o excesso de formalidade, acúmulo

¹ CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2016, p. 109.

² *Ibidem*, p. 109.

³ *Ibidem*.

de papel, resistência à mudança, falta de flexibilidade, ineficiência e assim por diante. Não por acaso, também a administração pública tinha que se modernizar, e a solução foi adaptar os fundamentos e as práticas dos processos de produção do setor privado para o setor público.

Nesse sentido, o modelo gerencial desloca o foco da atividade administrativa no interesse de garantir o poder do próprio Estado para o atendimento do interesse da coletividade. As principais características da administração gerencial são a ênfase no controle de resultados (*a potesriori*), orientação da ação estatal para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente, descentralização organizacional através da separação das atividades de formulação e execução das políticas públicas e autonomia aos gestores públicos.

Os cidadãos passam a ser vistos como contribuintes de impostos e clientes dos serviços prestados pelo Estado. A gestão pública ganha notoriedade enquanto atende satisfatoriamente as necessidades do cidadão-cliente, não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, conforme orienta a administração burocrática.

De acordo com Chiavenato⁴, o paradigma gerencial está fundado sobre os princípios da confiança e da descentralização. Exige formas flexíveis de gestão por meio da horizontalização das estruturas organizacionais, com a redução dos níveis hierárquicos e incentivo à criatividade. Acrescenta ainda que a administração gerencial prosperou com a definição precisa dos objetivos de cada unidade administrativa e a introdução de valores e comportamentos modernos no interior dos Estados, tornando possível, assim, o aumento da qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo setor público.

No Brasil, o movimento de modernização da estrutura administrativa do Estado teve início em 1995, quando Fernando Henrique Cardoso assumiu a chefia do Poder Executivo. O maior desafio do presidente era redefinir a atuação do Estado e da Administração Pública com a finalidade de integrar definitivamente o país na economia mundial. Por conseguinte, a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE e a nomeação do ministro Bresser-Pereira inauguraram uma fase de ampla reforma, cujos parâmetros restaram expressamente definidos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE⁵.

O fato é que a maior parte dos objetivos da reforma foram alcançados no âmbito jurídico, por meio da ação do legislador ordinário. Ao lado dos princípios norteadores originários - legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, que garantem a persecução do interesse público no expediente administrativo do Estado, a edição da EC

⁴ Ibidem, p.110.

⁵ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

19/98⁶, permitiu a inserção do princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública nacional. Segundo Di Pietro⁷:

[...] O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público [...].

A introdução do preceito no exercício da função administrativa foi uma ideia ventilada pelo Plano Diretor, elaborado em 1995, e concretizada pela referida Emenda Constitucional. Segundo Alexandre de Moraes⁸, “a Emenda Constitucional nº 19/98 não só introduziu expressamente na Constituição Federal o princípio da eficiência, como também trouxe alterações no sentido de garantir-lhe plena aplicabilidade e efetividade”, entre as quais cita-se a celebração de contratos de gestão, a previsão de um estatuto próprio das empresas estatais e a disciplina dos direitos dos usuários de serviço público.

Em que pese o intuito de ampliar o acesso da sociedade aos serviços disponibilizados pelo Estado, não se pode esquecer que o legislador constituinte de 1988 fundou a nova ordem sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, cuja juridicidade emerge como valor mais elementar. Assim, acaba concluindo Di Pietro⁹ que “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

No plano infraconstitucional, a reforma incentivou a busca por maior descentralização às atividades estatais, promovendo uma verdadeira flexibilização na gestão dos recursos públicos. Nesse impulso, foi editada a Lei nº 9.491/97¹⁰, delineando o Programa Nacional de Desestatização - PND, que, entre os objetivos fundamentais, destacam-se os esforços de reordenar a posição estratégica do estado na economia e de concentrar a Administração Pública nas atividades de maior interesse coletivo.

Enfim, não há dúvida que a reforma administrativa iniciada em 1995 permitiu a introdução de elementos indispensáveis para implantação de um modelo administrativo mais

⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

⁹ DI PIETRO, op. cit., [e-book].

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.491*, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

eficiente e competitivo no âmbito estatal. Contudo, o paradigma gerencial não vige de forma absoluta. O Estado brasileiro comporta as características dos três modelos.

É evidente que a administração gerencial prevalece no exercício da função administrativa, colaborando com preceitos revolucionários, como planejamento, descentralização e flexibilidade. Entretanto, a burocracia deixou fortes resquícios de sua tese quanto à impessoalidade das relações, profissionalização dos serviços e organização dos cargos em carreira. A Administração Pública brasileira conserva traços até mesmo do modelo patrimonialista, quando permite o livre provimento dos cargos de chefia, direção e assessoramento.

2. DESCENTRALIZAÇÃO ORGANIZACIONAL E FLEXIBILIZAÇÃO DA GESTÃO

Com o advento da nova ordem constitucional, a capacidade de o Estado prover satisfatoriamente as necessidades sociais por meio da disponibilização de serviços de utilidade pública restou prejudicada pela excessiva burocracia do Estado Social, pela dificuldade de adoção de novas tecnologias e, principalmente, pela restrição dos recursos orçamentários. No intuito de revitalizar os ativos públicos e conferir maior eficiência à gestão dos recursos, o Estado procurou estabelecer novas conexões com o setor privado, promovendo uma autêntica descentralização das atribuições que o legislador constituinte resguardou ao Estado.

No setor privado, a descentralização organizacional pressupõe a distribuição de responsabilidades entre os diversos níveis operacionais com objetivo de obter maior eficiência produtiva. No âmbito da Administração Pública, a descentralização consiste na transferência de atribuições públicas entre sujeitos de direitos diversos. Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, “diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida por pessoa ou pessoas distintas do Estado”.

Nesse sentido, a descentralização é uma estratégia típica do Estado moderno, que necessitou adequar as técnicas de gestão do ambiente empresarial para atribuir maior eficiência ao processo produtivo da Administração Pública. As atividades descentralizadas representam um avanço na medida em que conferem maior especialidade na gestão do patrimônio público, possibilitando o alcance de resultados mais satisfatórios em relação aos que seriam obtidos pela administração centralizada, em que a tomada de decisões passaria por diversos níveis hierárquicos e não disporia do mesmo tratamento técnico.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149.

Conforme exposto anteriormente, por meio do Plano Diretor¹² de 1995 e do Programa Nacional de Desestatização - PND¹³, o primeiro passo para implementação do princípio da eficiência na Administração Pública brasileira foi incentivar o provimento das necessidades sociais através da livre iniciativa, exercendo restrita função de regulação e fiscalização. Por outro lado, para as atividades que entendia serem incompatíveis com a lógica do mercado, o Estado assumiu o dever de prestá-las, lançando mão de técnicas mais sofisticadas para adequada disponibilização, das quais a descentralização adquiriu papel fundamental.

No Brasil, a descentralização ocorre sob duas perspectivas distintas. Tanto o Estado pode criar uma entidade personalizada, caso em que o ente criado estará vinculado ao poder instituidor, compondo a Administração Pública Indireta, como também pode transferir a execução do serviço público ao setor privado. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

[...] quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a delegação legal, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a delegação negocial [...].

Por seu turno, Di Pietro¹⁵, ao tratar do vínculo entre os setores público e privado, reconhece a constituição de um relacionamento colaborativo. Conforme leciona a autora, a administração por colaboração requer a transferência da execução do serviço público à iniciativa privada. Ou seja, o Estado mantém a titularidade do serviço, mas concede sua prestação à pessoa jurídica de direito privado previamente constituída por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, desonerando o poder público dos gastos referentes a prestação direta, que respondem pela maior parte dos recursos a serem investidos. Com isso, o Estado assume apenas as funções menos dispendiosas de regulação e controle.

No âmbito dessa colaboração, outra vantagem que decorre da adoção dos fundamentos da administração gerencial é a flexibilização dos métodos de gestão do serviço delegado. Se, de um lado, a Administração deve garantir que o serviço público seja prestado no interesse geral, para suprimimento das demandas sociais; por outro, o interesse privado faz com que o particular procure sempre extrair o máximo de proveito econômico da atividade

¹² BRASIL, op. cit., nota 3.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.49.

executada. É do equilíbrio dessa oposição de interesses que toda a relação é construída, implicando direitos e deveres para todos os envolvidos, o que torna o instituto atrativo.

Por conta desse duplo aspecto, os delegatários de serviço público submetem-se a um regime jurídico híbrido. Enquanto empresa privada, operam sob as normas de direito privado no que se refere à organização, ao relacionamento com terceiros e ao regime trabalhista de seus empregados, submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶. Como prestadoras de serviço público, regem-se inteiramente pelas normas de direito público por força da incidência dos princípios da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado e da continuidade do serviço público.

Em outras palavras, a vantagem da administração gerencial está na possibilidade de adotar procedimentos mais flexíveis na gestão do serviço delegado. Segundo Di Pietro¹⁷:

[...] a empresa, ao mesmo tempo em que atua como empresa privada, sem as amarras do regime jurídico administrativo, tem que respeitar, por outro lado, no que diz respeito ao serviço público, certas regras que são impostas pelo poder concedente na regulamentação do serviço concedido. Concilia-se a necessidade de impor-se o regime jurídico de direito público quanto aos aspectos em que ele é indispensável para assegurar a continuidade, a igualdade dos usuários e a mutabilidade, e, de outro lado, respeitar-se a forma de atuação das empresas privadas, nos relacionamentos com seus empregados e com terceiros, na organização, estrutura etc [...].

O fato é que, desde o surgimento da ideia de reforma administrativa do Estado, a celebração de ajustes vinculando o setor público ao privado cresce exponencialmente, influenciada principalmente pela ação do legislador ordinário, que ampliou as possibilidades de atuação conjunta por meio de instrumentos normativos diversificados. Além do tradicional regime de concessão e permissão de serviço público (Lei nº 8.987/95¹⁸), segundo Carvalho Filho¹⁹, deve-se incluir nesse processo de descentralização para iniciativa privada o regime das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04²⁰), assim como os acordos firmados com organizações sociais (Lei nº 9.637/98²¹), organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99²²) e organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/14²³).

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁷ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 52.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., [e-book].

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²¹ BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²² BRASIL. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Desta maneira, é notável que a descentralização administrativa possibilitou a introdução de métodos mais eficientes no âmbito da Administração Pública, conferindo maior especialidade e permitindo a poupança de recursos. No âmbito da colaboração público-privada, o particular procura sempre extrair o máximo de proveito da exploração comercial do serviço, contudo não se pode negar a natureza pública da atividade exercida, cuja titularidade continua sob a tutela do Estado, sendo necessário a aplicação de um regime jurídico híbrido. Com efeito, não só o interesse da população na continuidade do serviço permanece resguardado, mas também resta garantida a eficiência da prestação, contornando as formalidades burocráticas do aparelhamento estatal, em nítido prestígio da administração gerencial.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS SOB A ÉGIDE DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Com o objetivo de cumprir o mais recente princípio constitucional, qual seja, o da eficiência, a Administração Pública brasileira passou a atuar com maior proximidade do setor privado, estabelecendo vínculos jurídicos diversos para consecução de finalidades públicas. Entre tais vínculos sobressaiu-se o ajuste de contratos, que, na concepção do direito público, passou a ser denominado de contrato administrativo, possuindo toda uma regulação normativa própria por conta de sua característica mais relevante, o alcance do interesse geral.

Segundo as lições de Flávio Tartuce²⁴, em um entendimento clássico, contrato é o acordo de vontades com a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir direitos e obrigações de natureza patrimonial. Contudo, a relação jurídica decorrente do ajuste de vontades não é restrita ao regime de direito privado. O pacto contratual também existe no âmbito do direito público, instituído sob a denominação de contrato administrativo, que designa os ajustes firmados pela entidade estatal para consecução de finalidades públicas.

A diferença essencial entre os contratos privados e os contratos administrativos está na previsão de prerrogativas especiais. Nos contratos administrativos, pactuados sob a égide do direito público, a Administração, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado, exerce o poder de império, adquirindo a prerrogativa de impor

²³ BRASIL. *Lei n° 13.019*, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13019.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 12. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

unilateralmente obrigações a terceiros. Nesse sentido, segundo Bandeira de Mello²⁵, “as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença”.

No âmbito do direito público, o instrumento de parceria mais antigo previsto no ordenamento jurídico brasileiro é o contrato de concessão de serviço público, regido pela Lei nº 8.987/95²⁶. Contudo, posteriormente, com a promulgação da Lei nº 11.079/04²⁷, surge a denominada parceria público-privada (PPP), contendo a previsão de duas novas modalidades de contrato administrativo, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Assim, uma vez que a Lei nº 11.079/04²⁸, no *caput* de seu art. 2º, tenha lhe atribuído a natureza de contrato administrativo de concessão, as parcerias público-privadas devem ser consumadas por meio de negócios jurídicos entre o poder público e o particular para consecução de finalidades públicas, seja para o atendimento dos interesses coletivos, seja para os interesses do próprio Estado.

Em síntese, a atual tendência de conjugação de esforços e recursos entre as entidades estatais e a iniciativa privada com o intuito de ampliar os investimentos em ativos públicos e prestar serviços mais eficientes consiste na prática da delegação de serviço público. Segundo Marçal Justen Filho²⁹:

[...] dentre as formas de delegação de serviço público, a mais conhecida é a concessão de serviço público, que compreende três espécies segundo uma determinação imposta pela Lei 11.079/04: a concessão comum, a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...].

No regime da Lei nº 11.079/04³⁰, o §1º do art. 2º determina que a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos que envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por conseguinte, assim como a concessão tradicional, a parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada compreende a delegação de serviço público a terceiro para que o execute em nome próprio mediante tarifa paga diretamente pelo usuário. Contudo, adicionalmente, a lei das PPPs prevê uma contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 616.

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 16.

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 18.

²⁸ Ibidem.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, [e-book].

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 18.

No que tange a concessão administrativa, o §2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04³¹ a define como um contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, sendo permitido ainda execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Assim, nessa modalidade, o objetivo é atender ao interesse da própria Administração, que pode figurar no ajuste tanto como usuária direta quanto como usuária indireta.

Ao prever que ela possa ser também usuária indireta, a lei sugere que os beneficiários diretos sejam o público em geral, para o qual o poder público pretende disponibilizar o serviço. Entretanto, diferente da modalidade patrocinada, a concessão administrativa é remunerada integralmente mediante contraprestação do parceiro público por conta da natureza deficitária do serviço prestado, que impossibilita a concessionária auferir rendimentos diretamente do público. Ou seja, o serviço delegado tem natureza gratuita e deve ser remunerado pelo próprio parceiro público, que possui a incumbência legal de disponibilizar o benefício à população em geral, fazendo com que o contrato, mesmo que indiretamente, atenda ao interesse da Administração.

O fato é que todas essas marcas distintivas não decorrem meramente do acaso. Na verdade, o regime das PPPs foi elaborado para corrigir um enorme vácuo legislativo, cuja solução só pôde ser encontrada no exercício do direito comparado. A importância dos contratos de parceria público-privada para a Administração Pública brasileira remonta à sua origem no direito internacional, mesmo que incerta sua autoria intelectual.

De acordo com Diogo Rosenthal Coutinho³², “as PPPs são produto de construções político-institucionais variadas, e foram desenvolvidas em nível local, regional, nacional e supranacional, como na União Europeia”. Esclarece ainda o autor³³ que, embora seja difícil indicar onde exatamente surgiu, é cediço que o Reino Unido assumiu certo pioneirismo na institucionalização jurídica do instituto com a implementação do programa político-econômico denominado *Private Finance Initiative*, inaugurado no início da década de 1990 para permitir a realização da agenda liberal do governo de Margareth Thatcher, em função da escassez de recursos financeiros do Estado.

Nesse sentido, afirma Carlos Ari Sunfeld³⁴ que o modelo adotado pela legislação brasileira tem o objetivo de atrair para os serviços públicos os recursos disponíveis na esfera

³¹ Ibidem.

³² COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas Experiências Internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

³³ Ibidem, p. 51.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

privada via contratos estáveis e de longa duração sem a necessidade de transferir a titularidade do serviço ao investidor privado. Segundo o autor³⁵:

[...] as parcerias público-privadas são 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 [...].

Ou seja, em 2002, quando se cogitou da necessidade de editar uma legislação aos moldes das bem-sucedidas parcerias público-privadas em vigor no cenário europeu, o Brasil já contava com o regime jurídico das concessões tradicionais de serviço público, disciplinada pela Lei nº 8.987/95³⁶. A partir disso, conforme prescreve Sundfeld³⁷, o desafio era bem menor, uma vez que era necessário apenas complementar a legislação vigente para permitir a realização de contratos específicos, que até então eram inadmissíveis seja por lacuna normativa, seja por proibição expressa.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, três características fundamentais diferenciam as novas modalidades do regime das parcerias público-privadas da concessão comum, são elas: a) o compartilhamento de riscos, que configura um reforço da solidariedade para os contratos em geral, principalmente para aqueles de grandes investimentos e longa duração; b) o estabelecimento de garantias das obrigações pecuniárias do parceiro público ao privado, devendo ser compatíveis aos riscos assumidos; e c) a pré-constituição de sociedade de propósito específico para gerir o objeto do contrato.

Tendo em vista sua natureza de contrato de concessão especial de serviço público, as parcerias público-privadas vieram suprir as necessidades da legislação até então vigente. Como a remuneração das concessões tradicionais advém da exploração comercial do objeto do contrato, os serviços cuja prestação não oferecia um retorno financeiro certo e imediato ficaram prejudicados. Então, para atrair a iniciativa privada, o legislador ordinário propôs a criação de uma figura contratual mais estável, assegurando os investimentos de grande vulto por meio de contraprestação pecuniária do poder público, acordos de longa duração temporal e, principalmente, repartição dos riscos referentes ao financiamento do projeto.

Enfim, com a redução dos recursos orçamentários devido ao crescente endividamento, o Estado teve que recorrer a métodos mais eficientes para garantir a consecução das prestações sociais contidas na ordem constitucional. Assim, inspirada nos

³⁵ Ibidem, p. 25.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 16.

³⁷ SUNDFELD, op. cit., p. 23.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

preceitos da gestão empresarial, surgiram, no âmbito da atividade estatal, as práticas da administração gerencial. As parcerias público-privadas representam um recurso à administração gerencial na medida em que expressam com maior vigor dois de seus fundamentos, a descentralização organizacional e a adoção de métodos flexíveis de gestão.

CONCLUSÃO

Inspirada nos preceitos garantistas do Estado Social, a Constituição Federal de 1988³⁹ resguardou em seu texto diversos direitos à população, entre eles, conforme dispõe o *caput* do art. 175, a incumbência de o ente estatal prestar serviços públicos para o atendimento das necessidades sociais. Nesse cenário, é preciso não só o investimento massivo, mas também a fundação de um aparato técnico diversificado para evitar o desperdício de recursos públicos.

No decorrer deste trabalho, foi demonstrado que os fundamentos da administração patrimonial e da administração burocrática estão ultrapassados. Para alcançar resultados mais satisfatórios na prestação dos serviços públicos, o Estado deve adotar práticas mais desconcentradas, atraindo para a Administração Pública os mandamentos e os recursos disponíveis da iniciativa privada. Tal ideal deriva de uma concepção mais moderna da gestão dos recursos públicos, constituindo a denominada administração gerencial.

No Brasil, a adoção da administração gerencial no âmbito da Administração Pública deteve um caráter fortemente colaborativo. Para atrair o investimento da iniciativa privada, o poder público passou a estabelecer vínculos jurídicos com agentes privados por meio de acordo de vontades, fazendo surgir, com isso, os contratos administrativos para delegação da execução de serviços públicos.

Entres esses ajustes, a instituição dos contratos de parceria público-privada representou um importante instrumento de associação. As PPPs foram criadas para suprir uma necessidade superveniente, uma vez que as concessões comuns não deram conta de atrair a iniciativa privada para aqueles serviços de natureza acentuadamente deficitária, cuja margem de lucro não justificaria o investimento requerido. Assim, com o advento das PPPs, o parceiro público pôde compartilhar os riscos do empreendimento com o parceiro privado.

Conforme exposto anteriormente, as parcerias público-privadas têm natureza de contrato de concessão, devendo prever direitos e obrigações recíprocas no âmbito da relação

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 jan. 2020.

jurídica. Nesse sentido, o termo “parceria” parece ser tecnicamente inadequado. Entretanto, não se pode negar a existência de uma pretensão associativa, isso porque a prestação de serviço público adequado e satisfatório é considerado um objetivo comum entre o Estado, a sociedade civil e o concessionário. Ou seja, mais do que um ajuste recíproco de vontades, o contrato de concessão visa obter a colaboração dos particulares para consecução do bem-comum.

Enfim, com a implantação de um modelo administrativo gerencial, o Estado procurou não só delimitar precisamente seus objetivos, mas também adotar métodos mais flexíveis de gestão, voltados para o alcance de resultados favoráveis. A Administração Pública passou, então, a atuar de forma mais descentralizada, de modo que o setor privado pudesse colaborar com a missão do poder público.

A celebração dos contratos de parceria público-privada conta com a vantagem de proporcionar a redução dos gastos públicos e a flexibilização dos processos administrativos, visto que a prestação do serviço por pessoa jurídica de direito privado não se submete às formalidades que frequentemente dificultam o exercício regular das atividades da Administração Pública, atendendo prontamente ao preceito administrativo mais moderno, o princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 9.491*, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 13.019*, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2016.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas Experiências Internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, [e-book].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 12. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].