

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO RESULTADO DO DECLÍNIO DAS
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AS A RESULT OF THE PUBLIC ENTERPRISES
DOWNSIZING***

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie,

Reinaldo Moreira Bruno

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito, Professor Titular de Direito Administrativo do Centro Universitário Monte Serrat – Santos/SP, Professor do curso de Pós-Graduação em Administração da Álvares Penteado/SP, Procurador Municipal.

Sumário:1-Introdução; 2. O papel do Estado: Prestação de Serviços Públicos e Intervenção na Atividade econômica;2.1. A concessão de serviços públicos;2.2. As sociedades de economia mista;2.3.A sociedade de economia mista no Brasil;2.4.Os problemas das sociedades de economia mista;3. O surgimento das Parcerias Público-Privadas;3.1. A parceria público privada no Brasil; 3.2. Características das PPPs que motivam o investidor privado; 3.2.1. O contrato; 2.2. O parceiro privado; 4. Conclusão

Resumo:

A evolução do Estado propulsiona o surgimento de novas necessidades estatais que se manifestam pelas mais variadas formas criando uma atmosfera capaz de inaugurar, extinguir ou transformar os mais variados institutos a serviço do Estado.

A substituição das concessões pelas sociedades de economia mista, especificamente diante de sua delicada feição de possuir as atividades industriais, a prestação de serviços de infraestrutura e a concretização de obras, seria um fenômeno semelhante à recente instituição das Parcerias Público-Privadas? Em outras palavras: seriam as Parcerias Público-Privadas resultantes do processo de evolução de outros institutos outrora disponibilizados ao Estado?

A partir de um complexo contexto o presente artigo analisará criticamente o surgimento das Parcerias Público-Privadas e sua adoção no Brasil, abordando pormenorizadamente as características que motivam e identificam a importante figura do investidor privado.

Abstract:

The evolution of the state enables the forthcoming of new state necessities that manifest themselves through many ways, recreating public institutions.

Would the substitution of public contracting by Government Controlled Companies be similar to PPP? In other words, would the PPP an outcome of the evolution of other government institutions?

This essay intends to analyze, critically, the birth of the PPP's and its adoption in Brazil, in which the private agent plays an important role.

Palavras-chave: Parceria público privada; sociedades de economia mista; intervenção no domínio econômico; serviços públicos.

Key Words: Public Contracting, PPP, Government Controlled Companies, State Intervention, Public Policies.

1- INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho surgiu do diálogo que demorou décadas para acontecer, nos referimos ao diálogo entre os textos de Olavo Bilac Pinto por ocasião da palestra proferida no auditório da Fundação Getúlio Vargas em 28 de agosto de 1952 e o texto *A construção do nacional-desenvolvimentismo e a dinâmica de interação entre Estado e mercado nos setores de base* de Paulo Zahluth Bastos.

Esse diálogo surgiu em ambiente acadêmico mediante as provocações científicas dos professores José Francisco Siqueira Neto e Gilberto Bercovici, durante as aulas da disciplina Estado e Desenvolvimento, do Programa de Pós Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Os dois textos de forma sintética discutem as sociedades de economia mista no Estado brasileiro no Governo Vargas a partir da década de 30, identificando-as como instrumento para implantação das bases do crescimento nacional após a crise de 29 e após as duas Guerras Mundiais.

Evidencia desse diálogo a evolução dos instrumentos utilizados pelo Estado para atividades básicas de infraestrutura, iniciando-se a partir da concessão de serviços públicos,

inclusive de obra pública, aperfeiçoada pelo instituto da sociedade de economia mista, a fim de permitir a intervenção estatal na atividade econômica de forma direta.

Daqui urge diversos questionamentos envolvendo a prestação de atividades econômicas e industriais pelo Estado, a constatação do declínio das sociedades economia mista a partir da edição da Constituição brasileira em 1988 e o surgimento entre nós das Parcerias Público-Privadas.

Seria a adoção dessas Parcerias Público-Privadas, resultante do processo de evolução dos institutos disponibilizados ao Estado, em moldes semelhantes ao ocorrido na substituição das concessões pelas sociedades de economia mista, pretendendo a assunção de atividades industriais e de realização de obras e prestação de serviços de infraestrutura?

A resposta a este questionamento é o que move este estudo que parte da verificação dos problemas que ensejaram o abandono das sociedades de economia mista em cotejo com dispositivos da Lei nº 11.079/04 que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

2- O PAPEL DO ESTADO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E INTERVENÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

O desenvolvimento do tema proposto impõe breve digressão acerca da evolução do Estado tendo como adotando como parâmetro o período compreendido pela Revolução Francesa e a atualidade, isso se justifica por força da íntima relação entre a forma de atuação estatal e a evolução do papel do próprio Estado.

O tamanho e as funções atribuídas ao Estado, tem substancial reflexo em seu modelo de atuação, quer na prestação de serviços como também no exercício de atividades econômicas quando necessária ou conveniente sob a ótica política e ideológica dominante naquele determinado momento histórico.

Tomando o século XVII logo após as revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, assiste-se a separação entre Estado e sociedade, dando origem ao Estado Liberal.

Este modelo fundado em um conceito de Estado Mínimo e uma sociedade civil máxima, ou seja, um Estado que somente interviria nas questões essenciais da sociedade, apenas restringindo os direitos individuais na medida do necessário para assegurar a ordem pública.

Desta forma o Estado não interviria na economia, pois entendia que a liberdade e igualdade, formalmente existentes no meio social, seriam capazes de regular o mercado. Esta opção enfraqueceu o papel do Estado por representar uma ameaça para a liberdade do indivíduo.

Apesar deste objetivo, em meados do século XIX surgem reações contra esse modelo de Estado Liberal, em razão das consequências danosas no meio econômico e social que o mesmo trouxe. Estes aspectos restaram evidenciados por duas situações, a primeira com o surgimento de grandes empresários que aniquilaram o pequeno empresariado, a segunda, o surgimento de nova classe social - o proletariado - classe esta que vivia em condições de extrema pobreza e exploração por parte dos detentores do capital. Enfim, os princípios da liberdade e da igualdade, grandes marcos do liberalismo, foram insuficientes para acabar com a grave desigualdade social que geraram.

Nova missão é atribuída ao Estado, que deveria criar mecanismos de intervenção mais efetivos, tanto no campo social como no econômico, pretendendo erradicar essas tormentosas desigualdades criadas. Amplia-se a presença do Estado, intervindo no domínio econômico, não em decorrência de planejamento ou preparação doutrinária, e sim como resultado de exigências sociais e de forma fragmentada.

Para a concretização dessa atuação estatal é imprescindível a escolha do instrumento adequado para realizá-la, ressaltando a execução das atividades pelos próprios órgãos do Estado, como também aqueles prestados por empresas privadas de forma consensual através delegação a empresas privadas mediante concessão.

2.1. A concessão de serviços públicos

A opção inicial dá-se pelo instituto da concessão de serviços públicos, enquanto processo de execução dos serviços de natureza industrial ou comercial, ante a necessidade de recursos para promover os investimentos necessários e a indisponibilidade destes pelo Estado.

Este instituto surge enquanto instrumento de execução de serviços públicos que permite sua implantação efetiva contando com a participação da iniciativa privada, caracterizando-se, notadamente pela assunção dos riscos da atividade pelo agente privado.

Como exemplos iniciais de serviços que tiveram sua prestação efetivada a partir deste instituto, tem-se o transporte coletivo urbano movido por tração animal, o serviço de iluminação a gás e o de estrada de ferro a vapor, tendo êxito considerável tendo sido este modelo adotado pela grande maioria dos países civilizados, cuja aplicação foi sendo ampliada

conforme cresciam as necessidades sociais clamando por novos serviços públicos notadamente os industriais.

A concessão de serviços públicos constituiu-se em instrumento extremamente vantajoso para o Estado Liberal por proporcionar a prestação do serviço essencial sem que tivesse que investir recursos do tesouro e sem correr os riscos econômicos da atividade industrial.

Foi na França a partir do século XVII que começou a ser desenvolvido o modelo de concessão que até hoje prevalece, com investidores particulares financiando a construção e implantação do serviço e durante substancial lapso temporal explorando comercialmente a atividade. São seus exemplos mais característicos a construção do canal de Midi à época de Luís XIV e a drenagem de pântanos por Henri IV.

Ainda na França, o auge do modelo dá-se no século XIX, mais precisamente na segunda metade, com as grandes obras de infraestrutura sendo realizadas através o regime de concessões, dentre elas estradas de ferro, o metrô parisiense, redes de energia elétrica, abastecimento de água e coleta de esgotos, coleta de lixo entre outras atividades.

As características originárias foram sendo alteradas ante as necessidades, tanto da sociedade como do próprio Estado, ensejando a inserção das denominadas cláusulas de juros e mais tarde a teoria da imprevisão, que acabou tornando o ajuste lesivo ao Poder Público por beneficiar o particular pela atividade e pelos lucros, mas, na ocorrência de perdas essas seriam socializadas com o Estado, que era levado a suportá-las em auxílio ao empresário.

Aqui surge um declínio inevitável, além da criação de um ambiente favorável para intervenção estatal no domínio econômico, fazendo com que a concessão perdesse prestígio e nova modalidade de exploração viesse a surgir enquanto alternativa: a sociedade de economia mista.

2.2. As sociedades de economia mista

Durante o século XX, os conflitos mundiais e a crise econômica que assolou o mundo em 1929, servem para promover substancial mudança no papel do Estado, notadamente no que tange sua atuação enquanto agente indutor da atividade econômica, mediante sua efetiva participação no processo.

Após a Primeira Guerra Mundial, para evitar o colapso da economia de Estado, como também, objetivando atender a demanda da população por bens de consumo básicos, as

sociedades de economia mista constituíram-se em importante instrumento estatal de intervenção na atividade econômica.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, com a mudança do papel do Estado, agora sob a roupagem de Estado Social, as sociedades de economia mista foram utilizadas com o objetivo de evitar que o interesse coletivo sofresse lesão ante o desempenho de determinadas atividades exclusivamente pelos interesses particulares.

Ampliando a atuação estatal, agora iluminada pelos ideais do “*Welfare State*”, o Estado assume uma postura mais ativa ainda, promovendo a implementação de prestações positivas de interesse do cidadão, aspecto que amplia ainda mais, o tamanho do aparato estatal já que participa de forma ativa na promoção de políticas públicas.

Ao final do século XX, com maior ênfase nos anos 90, assiste-se o declínio do Estado Social de Direito, fundado numa ideologia liberal e, constrói-se todo um ideário teórico na busca de modificar o papel do Estado, no sentido de promover uma redução de seu tamanho, sob a justificativa de ineficiência e burocracia.

Assim, sob a justificativa de modernização e garantia da eficiência em relação as atividades até então desenvolvidas pelo Estado, esta corrente econômica passa a defender a privatização das empresas estatais, notadamente as sociedades de economia mista rentáveis.

Neste contexto de privatizações vale observar a constatação de Daniel Sarmiento “*as prestações estatais voltadas para o atendimento das carências dos excluídos deveriam deixar de ser encaradas como deveres do Estado, voltando à esfera da caridade privada à qual pertenciam até o advento do Estado do Bem-Estar.*”¹

A ideologia que está por trás desta nova proposta de atuação estatal também reflete no modo de como o Estado intervirá na Economia. Considerando que as sociedades de economia mista tiveram sua criação como o reflexo de um sistema mercantilista, quanto mais intervencionista for um Estado, maior a utilização desse tipo de sociedade, e vice versa, ou seja, quanto mais liberal for o governo, menor a prevalência de sociedades de economia mista. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao desempenho perquirido pelo controlador da companhia, vez que a opção ideológica também é refletida na forma como se dará a busca e consecução da finalidade da sociedade de economia mista. Poderá, ainda, atingir a finalidade para qual foi criada admitindo-se também a lucratividade, ou apenas se limitar, a manter resultados socialmente adequados para o desempenho de suas atividades.

¹Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público pág. 44

Em razão da ideologia norteadora deste novo papel do Estado, o conceito de sociedade de economia mista foi se transformando, pois além dos objetivos de realização de serviços públicos de natureza comercial e ou industrial (desde que dotados de relevância social) a sociedade de economia mista também atuou como investidora de capital de risco junto ao empresariado, tomando decisões de cunho eminentemente empresarial, ainda que o intuito de sua criação não fosse este.

De uma forma ou de outra, não restam dúvidas de que a sociedade de economia mista consolidou-se como verdadeiro instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico.

2.3. *A sociedade de economia mista no Brasil*

O Brasil não ficou imune aos efeitos do processo político e econômico verificado na Europa e Estados Unidos e - pelas mesmas razões que ensejaram o declínio das concessões - novas alternativas pretendendo a busca de recursos para investimentos em atividades econômicas de interesse da sociedade, notadamente aqueles de natureza econômica e industrial.

Neste contexto, com a edição Decreto-Lei 200/67, mais precisamente em seu artigo 4º, a sociedade de economia mista constitui-se em entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, devendo ser criada por lei especial, e objetivar a exploração de atividade econômica, necessariamente sob a forma de sociedade anônima e cuja maioria das ações com direito a voto pertença à União ou à entidade da Administração Indireta.

A Constituição de 1988, além de recepcionar o já referido Decreto-Lei nº 200/67, expressamente reafirma a necessidade de autorização legal, realçando ainda, que ela seja específica, qual seja, tenha por objeto apenas autorizar e estabelecer os limites relativos a constituição de uma sociedade de economia mista², reservando ainda, a iniciativa ao Chefe do Poder Executivo³.

A teoria adotada foi a legalista já que para a caracterização de uma entidade como sociedade de economia mista não basta apenas que o Estado seja o acionista controlador, deve-se ainda ser acrescida a necessidade de lei autorizadora que estabeleça a área de sua atuação. Assim, não se deve confundir sociedade de economia mista com empresa sob o controle acionário do poder público, vez que esta não foi criada por lei.

²Art. 37, XIX, CF

³Art. 61, § 1º, II, “e”, CF

Esta assertiva decorre de expressa previsão constitucional a partir da qual, a sociedade de economia mista, não nasce da lei sendo esta apenas autorizadora de sua criação, exigindo ainda o registro para adquirir sua personalidade jurídica. A sociedade de economia mista somente ingressa no mundo jurídico, adquirindo personalidade jurídica, com o registro de seus atos constitutivos no registro mercantil de pessoas jurídicas, no termos do que dispõe o artigo 985 do Código Civil, devendo adotar a forma de sociedade anônima, sujeitando-se, portanto, à Lei nº 6.404/76 (A Lei das Sociedades Anônimas).

Apesar da previsão constitucional para criação de empresas estatais, cabe salientar que a atuação do Poder Público em atividades privadas por expressa previsão da Constituição, fica condicionada apenas às hipóteses da norma, quais sejam: “relevante interesse coletivo ou imperativos da segurança nacional”.⁴ Mesmo assim, esta atuação dar-se-á somente quando não interessar ao particular, por força do princípio da livre iniciativa⁵, que impõe caráter subsidiário à exploração de atividade econômica pelo Estado.

Segundo Modesto Carvalhosa, “o que outorga às sociedades de economia mista a sua funcionalidade privada é o fato de, necessariamente, os contratos e negócios jurídicos em que envolve com terceiros serem de natureza privada”.⁶ Avança o estudioso em suas conclusões ressaltando que os fins empresariais do contrato serão públicos, apesar do contrato comutativo, restando aí, a instrumentalidade privada de uma sociedade de economia mista.

Relembre-se que a sociedade de economia mista integra a Administração Indireta mesmo que, no desempenho de sua atividade fim, o seu relacionamento externo vincula-se ao contrato privado, no âmbito de sua organização interna incidem normas de direito público.

2.4. Os problemas das sociedades de economia mista

Em uma empresa sob a forma sociedade anônima qualquer que seja ela, é natural que haja conflitos de interesses entre acionistas minoritários e majoritários. Em uma sociedade de economia mista esses conflitos ganham maior destaque, ante a existência de um fator suplementar, qual seja, o interesse primário do Estado não é a obtenção de lucro na empreitada.

Verifica-se o antagonismo de interesses dos partícipes da sociedade, um buscando atender a finalidade inerente à sua própria existência, ou seja, o atendimento ao interesse

⁴ Art. 173, CF

⁵ Art. 1º, IV CF

⁶ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, p. 354

público no caso do Estado; e o outro, o particular individualmente ou mesmo em grupo, tem como finalidade ao investir recursos na atividade, o retorno com sensível e substancial margem de lucro.

A finalidade pública na atuação da sociedade de economia mista será sempre o principal objetivo de sua atividade, até mesmo porque ela só se legitima enquanto atender ao interesse que autorizou a sua formação, qual seja, o interesse público.

Apesar de a finalidade primária constituir-se aspecto inarredável, sob pena de grave violação aos interesses da sociedade, há de considerar-se que o interesse privado, representado pelos acionistas minoritários, como também por encontrar-se revestida sob a forma empresarial, é admissível e perfeitamente lícito que o lucro possa ser buscado, e até mesmo alcançado, no exercício da atividade desenvolvida pela entidade de capital misto.

Note-se que, em uma atividade empresarial desenvolvida em uma economia capitalista, a obtenção do lucro, enquanto decorrência da atividade desenvolvida, é absolutamente justificável, vez que o interesse do particular não é, e tampouco deverá ter, natureza filantrópica.

Apesar desta constatação pode-se afirmar que, mesmo ante o antagonismo de interesses presentes no quadro societário de uma sociedade de economia mista, não há óbice no sentido de que caso haja uma forma de se atingir a finalidade pública, gerando excedente econômico, esta maneira pode e deve ser buscada. Para alguns estudiosos, esta tentativa restaria infrutífera vez que nos colocaria diante de um paradoxo, pois, estar-se-ia tentando conciliar o inconciliável.

Não há como desconsiderar outro aspecto relevante ressaltado por Eros Roberto Grau⁷, vez que, quando o Estado atua em uma sociedade de economia mista, mantém uma relação assimétrica em relação ao acionista privado, pois não está apenas na condição de acionista, mas também na condição de Estado.

Haveria isonomia entre as partes e, portanto uma relação simétrica, na hipótese de que o Estado fosse apenas e tão somente mero acionista da empresa, e não seu constituidor e, por conseguinte, seu acionista majoritário.

Corroborando estas conclusões, note-se que a própria Lei das Sociedades Anônimas, que tem como objetivo fundamental regular a atividade privada, quando envolvida a associação de capital, abre em seu Capítulo XIX tratamento específico para as sociedades de

⁷Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. RDA . v. 222, p. 349-356

economia mista. Estas disposições legais deixam expresso que este conflito de interesses poderá ocorrer e, vai além, reconhecendo licitude na atuação do sócio controlador, ou seja do Estado, ao buscar em primeiro plano atuar no sentido de atender ao interesse comum.⁸

Quando o particular ingressa na condição de acionista de uma sociedade de economia mista, não há como negar que tenha ou deveria ter, conhecimento da finalidade pública do empreendimento e que, a prioridade não será simplesmente, buscar auferir lucros e sim, alcançar o interesse público que norteou sua constituição.

Outro aspecto que deve ser ressaltado e, que serve de óbice para a instituição e mesmo a continuidade do funcionamento das sociedades de economia mista, é que estas, nos termos do que estabelece a Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado, não podendo, portanto, se valer de qualquer prerrogativa pública que implique em vantagem competitiva em relação as demais empresas do mercado.⁹Note-se que referida disposição encontra-se em plena harmonia com a reserva à iniciativa privada das atividades empresariais e econômica vez que, a sociedade de economia mista, ao atuar no mercado, deverá competir em regime de igualdade com o particular.

Ante o direcionamento das sociedades de economia mista, enquanto associação de capitais, tanto público como privado, para atuação precípua na atividade econômica e industrial, justifica-se sua tributação enquanto forma de sustentação do mercado, mesmo com todos os encargos e tributos incidentes, pois como qualquer empresa privada, esta deveria almejar o lucro como forma de auto-sustentação.

Porém, de forma anômala a sociedade de economia mista, enquanto longa “*manus*” do Estado, acabou entre nós sendo destinada também para a constituição de empresas prestadoras de serviços públicos.

A partir da década de 70, verifica-se a tendência de descentralizar atividades públicas por meio de sociedades de economia mista, abrangendo inclusive atividades destituídas de caráter industrial e econômico, com o objetivo preponderante de subtrair essas atividades dos controles rígidos do poder hierárquico e dos Tribunais de Contas.

Inúmeros abusos foram então cometidos, especialmente na área de despesas, de investimentos e de pessoal. A reação em face deste autêntico descalabro dá-se com a instalação de controles diretos e restrições cada vez mais rígidos, inclusive a nível

⁸Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

⁹Art. 173,§ 1º, II, CF

constitucional com a Carta de 1988, quando passaram a ser impostos às sociedades de economia mista, restrições constitucionais às relativas licitações¹⁰, a política de pessoal¹¹, o controle e fiscalização diretos e externos¹², o orçamento e a gestão financeira e patrimonial¹³.

A simples verificação da natureza da atividade realizada, permite constatar que esta não está inserida no mercado concorrencial, sendo muitas vezes dependente exclusivamente do repasse de verba governamental, inexistindo atividade lucrativa que justificasse a tributação e os demais encargos incidentes sobre a atividade.

Há assim, incongruência inicial dos entes públicos em se adotar uma sociedade de economia mista como prestadora de serviço público, eis que existiam outras espécies de entidades públicas que poderiam assumir tal atividade, como as autarquias também integrantes à Administração Pública Indireta.

Neste cenário, cabe um questionamento bastante relevante: qual o interesse na manutenção da participação do capital privado em uma sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos?

A resposta a esta questão leva a constatação do declínio desta modalidade de associação de capital público e privado entre nós. Também cabe ressaltar, agravando o quadro de conflito de interesses, que para atender a finalidade para a qual foi constituída, a empresa poderá decidir pela redução da margem de lucro de forma a beneficiar os destinatários da atividade explorada, desde que isso propicie uma maior implementação do serviço prestado.

3. O SURGIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O surgimento das parcerias público-privadas no âmbito mundial, tal como ocorreu no Brasil, não foi um evento repentino ou casuístico, e sim fruto de uma longa evolução do Estado, desde a Revolução Francesa até a contemporaneidade.

Originaram-se de uma necessidade imperativa de se criar mecanismos por meio dos quais o ente público, por intermédio de parcerias celebradas com a iniciativa privada, pudesse reestruturar a infraestrutura básica e os serviços prestados a população, objetivando promover ao máximo o bem-estar social.

¹⁰Art. 22, XXVII, CF

¹¹Arts. 37, II, XVII, e 169, parágrafo único CF

¹²Art. 49, X, e 71, II, CF

¹³Art. 165, § 5º, I e II, e § 9º, II CF

Como já ressaltado na seção 2, assiste-se a partir da década de 80 o declínio do Estado “*Welfare State*”, associado ainda, à perda da capacidade de investimento estatal, constituindo-se em campo fértil para o surgimento das ideias que acabaram embasando o pensamento neoliberal, cuja base constitui-se em reconstruir um Estado mínimo.

Neste contexto, graves prejuízos foram impostos ao cidadão e à sociedade vez que, uma série de obras de infraestrutura e de serviços públicos foram paralisados, ou ainda, apesar da necessidade, não foram ampliados e tão pouco aperfeiçoados.

Estes serviços passaram a ser realizados por empresa privadas, através do processo de desestatização, ou seja, de privatização da atividade, levando-as a auferir ganhos substanciais, a partir do discurso político econômico vigente à época quanto a ineficiência estatal.

Apesar da privatização com “*ingresso de recursos*” que permitiria o direcionamento da atuação estatal objetivando atender as necessidades sociais, a crise fiscal permaneceu, ensejando enormes dívidas internas, com elevadas taxas de juros.

Neste cenário os recursos permaneceram escassos, associando-se ainda, a necessidade de ampliar e reformar a infraestrutura do Estado, levando ao seguinte paradoxo: *havia necessidade de crescer e sair da crise financeira e para tanto, deveria investir em infraestrutura, porém, não havia recursos para realizar os investimentos necessários.* A solução foi a busca de parceiros na iniciativa privada, interessados em participar do esforço, com a proposta de divisão de custos para implantação de infraestrutura, vez que tanto o Estado como os particulares isoladamente não dispunham de recursos para arcar isoladamente com o investimento necessário.

Ante a necessidade de enormes volumes de recursos para os investimentos, surge outro agravante, a simples cobrança de tarifa seria insuficiente para cobrir os custos, ressarcir o investimento e permitir a obtenção de lucro à iniciativa privada. Este aspecto, por si só, afasta a retomada do tradicional instituto da concessão, tampouco motiva a iniciativa privada associar-se ao Poder Público para realizar este esforço em prol do desenvolvimento, através das sociedades de economia mista, considerando os problemas referidos na *subseção 2.4* deste trabalho.

Para fazer frente a este quadro constrói-se interessante modelo de financiamento do custo de obras de infraestrutura, não amortizada exclusivamente por tarifas, como o modelo convencional das concessões, esta modelagem foi criada pela Inglaterra em meados dos anos 90 do século passado, sendo inicialmente denominada de “*Project finance initiative*”, e posteriormente chamado de “*public-private partnerships*.”

A Comissão Europeia elaborou documento intitulado "*Guidelines for Successful Public-Private Partnership*", no qual ressalta os modelos passíveis de adoção, desde aquele em que o Estado assume a maior parte dos riscos do empreendimento, figurando o parceiro privado na condição de mero executor material ("*Tradicional Public Sector Procurement: Contracting*"), até aquele em que é o parceiro privado quem assume todas as responsabilidades ("*Build-Own-Operate: Concession*").

Basicamente, esta forma de associação de capitais visa oferecer alternativa ao atendimento de investimentos em áreas relevantes no que tange ao interesse social e que permita superar as dificuldades dos institutos até então vigentes: as concessões de serviço público e sociedades de economia mista.

Ao invés de realizar uma operação de crédito para obter os recursos necessários, o Estado contrata uma empresa privada, que vai realizar uma operação de crédito para efetuar as obras e prestar os serviços. Como a tarifa é insuficiente para ressarcimento do capital, o Estado também participa do esforço, remunerando o particular pelos recursos despendidos previamente pela empresa privada.

O novo instituto vem alcançando significativo sucesso em vários países, tais como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, enquanto modalidade de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros pela Administração Pública e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.

Verifica-se que é uma maneira do Estado contornar sua falta de caixa para investimentos e o esgotamento da sua capacidade de contrair novas dívidas, em face da crise fiscal e a implantação de leis de responsabilidade fiscal, que no caso brasileiro, tem-se a Lei Complementar nº 101/00.

As parcerias público-privadas de uma forma geral admitem amplo leque de investimentos, permitindo suprir demandas da sociedade, abrangendo diversas áreas dentre as quais: segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Este rol meramente exemplificativo permite verificar que boa parte dos serviços e obras indicados, não configura atrativos à iniciativa privada ante o elevado custo de implantação, bem como, a remuneração mediante tarifa torna-se pouco convidativa ao empresário, ante o caráter político atribuído ao reajustamento das mesmas.

3.1. A parceria público-privada no Brasil

O Brasil não ficou imune a esta transformação ocorrida na economia mundial e em relação ao papel do Estado. As necessidades do Estado brasileiro eram a mesmas do restante

do mundo, principalmente no que se refere a obras de infraestrutura que permitiriam a retomada do crescimento, como também a da prestação de serviços públicos, notadamente aqueles que demandariam maior volume de recursos.

Assiste-se a busca por recursos, inclusive os de origem interna para promover os investimentos necessários, porém, cabe salientar que aqui também, verifica-se a ineficiência da concessão comum, enquanto instrumento delegatório da execução de serviço público como também, os problemas enfrentados pela outra modalidade de associação de capital público e privado, nas sociedades de economia mista, aspecto já ressaltado na seção 2.

Seguindo a receita adotada pelos organismos internacionais de crédito, as privatizações ocorreram sob o argumento de captação de recursos para estas necessidades, porém, acabaram sendo corroídos pela enorme taxa de juros da dívida externa e interna, permanecendo ainda a necessidade de recursos para investimentos na infraestrutura básica.

Impõe-se recorrer ao cenário econômico internacional, na busca de novas soluções, que acaba reafirmando constituir-se a Parceria Público-Privada, um instituto adequado para atendimento tanto às necessidades da sociedade, bem como, atrativa à classe empresarial ante as características menos rígidas estabelecidas do novo modelo.

Referindo-se a este modelo Carlos Ari Sundfeld, afirma constituir-se em alternativa à sistemática geral de concessões, regidas pela Lei n. 8.987/95, cuja remuneração do parceiro privado encontra-se exclusivamente vinculada à cobrança de tarifas do usuário do equipamento ou do serviço. Ressalta ainda, que a Lei de Concessões e Permissões, não atende situações em que não há caráter econômico, tais como, presídios e equipamentos de educação e de saúde.

Antes mesmo da União, assiste-se iniciativas regionalizadas na busca de resolver este grave problema de falta de recursos para as obras e serviços mais caros e que os Estados membros não dispunham de recursos e, tampouco os instrumentos legislativos encontravam-se superados pelos aspectos já elencados.

O Estado pioneiro a legislar sobre o tema foi Minas Gerais, editando a Lei nº. 14.686 de 16 de dezembro de 2003, seguido por Santa Catarina - Lei nº. 12.930 de 04 de fevereiro de 2004-, São Paulo - Lei nº. 11.688 de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº. 14.910 de 11 de agosto de 2004- e Bahia -Lei nº. 9.290 de 27 de dezembro de 2004.

Neste contexto de fomentação da iniciativa privada, bem como, na busca de concretização de parcerias entre o setor público e o privado, que houve a criação no Brasil das Parcerias Público Privadas, inseridas no país pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

A exposição de motivos do projeto de lei elaborado pelos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, deixa bastante evidente as razões que levaram o Estado brasileiro a adotar o modelo de parceria com a iniciativa privada, a partir do modelo inglês:

“3. *A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.*

“4. *No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.*

“5. *As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.*

“6. *A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado.*

“7. *Assim, o projeto é dividido em cinco capítulos, fixando (I) o objeto e âmbito de aplicação da Lei, (II) o contrato de parceria*

público-privada, (III) a licitação, (IV) disposições gerais e (V) e disposições finais. Em relação a cada um dos capítulos que compõem a proposta, destaco o que segue. [...]

*“10. Merecem igual destaque, no âmbito do projeto e do capítulo segundo, os **instrumentos de remuneração e garantia** previstos, como a precedência das obrigações originárias de contratos de parceria público-privada na **liberação de recursos orçamentária se pagamentos em relação às demais obrigações contratadas pelo Poder Público** (§ 3º do art. 5º); a autorização para **liquidação do empenho em favor da instituição financeira que financiou a parceria, como garantia do empréstimo** feito pelo parceiro privado (art. 7º); a admissão da **vinculação de receitas e instituição de fundos especiais**, desde que previsto em Lei específica (art. 8º); e, na forma a ser regulamentada pelo Poder Executivo, a **autorização para integralização de Fundo Fiduciário de Incentivo às Parcerias Público-Privadas** a ser instituído por Instituições Financeiras (art. 9º). Tais instrumentos visam **fortalecer a confiança do particular** que assume a responsabilidade integral pelo investimento no projeto objeto da parceria.*

“11. Por outro lado, a administração pública poderá estabelecer metas de desempenho como condição para liberação da remuneração do parceiro privado, elemento este essencial na relação da parceria (§ 2º do art. 5º).”¹⁴(grifos nossos)

Após a aprovação pelo Legislativo, entra em vigor o texto legal abrangendo tanto a Administração direta como indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

São princípios regentes desta nova modalidade os consagrados no artigo 4º da Lei n. 11.079 de 31 de dezembro de 2.004 a saber: a eficiência; respeito aos interesses privados tanto do destinatário do serviço como do parceiro privado; indelegabilidade do controle; observância da responsabilidade fiscal; transparência; repartição dos riscos e manutenção do equilíbrio financeiro da parceria.

3.2. Características das Parcerias Público Privadas que motivam o investir do privado

¹⁴EM nº 355/2003/MP/MF, Brasília, 10 de novembro de 2003.

Estabelece o artigo 2º, em seus parágrafos, as "*modalidades*" de parceria público-privada:

- a. *concessão patrocinada*, que é a concessão que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e
- b. *concessão administrativa*, que é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Segundo Alexandre Aragão¹⁵, a única diferença em relação às concessões comuns é que nessas a amortização dos investimentos privados é feita, ao menos a princípio, integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários, enquanto na concessão patrocinada a amortização é feita ao mesmo tempo com tarifas e verbas do próprio Erário.

Cumprido salientar que para alguns, as denominadas "*concessões administrativas*" nada mais são que pura prestação de serviços à Administração Pública, não se instaurando, por intermédio delas, a relação jurídica triangular ínsita às concessões.

3.2.1. O contrato

A partir das disposições da Lei n. 11.079, de 31 de dezembro de 2005, pode-se afirmar que a parceria público-privada procura *relativizar o contrato administrativo*, colocando o parceiro e a Administração Pública em *condição de igualdade*, tornando-se mais claros e seguros os critérios para remuneração e estabelecimento de garantias.

Observe-se que o contrato administrativo, cujo tratamento encontra-se previsto na Lei n. 8.666/93 e suas alterações posteriores, possui cláusulas exorbitantes, conferindo privilégios e colocando o Poder Público em posição de supremacia em relação ao contratado.

A norma instituidora das parcerias público-privadas entre nós, diversamente do tratamento que dispensa nos contratos administrativos em geral tratados pela Lei nº 8.666/93 e nos contratos de concessões de serviços públicos regidos pela lei nº 8.987/95, promove substancial abrandamento no que tange a elaboração dos contratos e em especial, em relação à repartição dos riscos entre os parceiros.

No tocante às cláusulas dos contratos de parceria público-privada, deve-se ressaltar que, além de atender ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, acrescidas das disposições do art. 5º da Lei n. 11.079/2004, estabelece um extenso rol, o qual

¹⁵ As parcerias público-privadas – PPP'S no Direito Positivo Brasileiro, p. 6

se deixa de reproduzir integralmente, somente fazendo-o em relação àqueles aspectos que envolvem a análise objeto do presente:

a. as obrigações financeiras da Administração poderão ser satisfeitas pelas formas estabelecidas no art. 6º, a saber: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. Verifica-se que este é um rol meramente exemplificativo ante a redação do inc. V, que autoriza outros meios admitidos em lei, salientando-se que a modalidade deverá ser eleita no edital de concorrência;

b. A repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

c. Forma de atualização e sua periodicidade dos valores contratuais, admitida a inserção de cláusula de atualização automática de valores;

d. Os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia.

A lei nº 11.079/04, não estabelece como dar-se-á a divisão dos riscos, não estabelecendo um modelo legal, concedendo substancial parcela de discricionariedade na fixação, vez que encontra-se autorizada a Administração a tratar da possibilidade de forma contratual, admitindo-se concluir que cada parceria público privada terá um tratamento específico.

Sob a ótica de alguns estudiosos esta possibilidade é assim tratada:

*...., essa plasticidade é assegurada pela definição abrangente dos conceitos de concessão nas duas modalidades regidas pela Lei nº 11.079. É possível formatar a parceria de acordo com as especificidades de cada caso concreto, implementando divisão de tarefas, responsabilidades e riscos para otimizar os resultados.*¹⁶

Ainda segundo Paula A. Forgiani,¹⁷ “o texto legislativo brasileiro reflete essa necessidade de outorga de garantias ao setor privado, a ponto de muitos sustentarem que seu investimento será realizado “com risco zero”.

Além destes aspectos elencados acima, que possuem natureza obrigatória, poderão ainda integrar o instrumento contratual, *cláusulas facultativas*, ou seja, a Administração poderá a seu critério, inseri-las no contrato, quando da elaboração do edital da concorrência:

¹⁶ Paula A. Forgiani, in “As parcerias público-privadas no direito Brasileiro”

¹⁷ Idem nota anterior

a. se a remuneração do parceiro privado for realizada em percentual superior a 70% pela Administração¹⁸, é necessário a edição de lei específica, tanto em atendimento ao que dispõe a própria Lei n. 11.079/2004 como também em relação aos artigos 26 e 27 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000;

b. os requisitos e as condições em que a Administração Pública autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inc. I do parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

c. A possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

d. Fixação da legitimidade aos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas;

e. Em relação a obrigações pecuniárias, haver a emissão de notas de empenho em favor do financiador privado como garantia adicional ou suplementar;

f. No contrato poderá a Administração oferecer garantias em relação ao cumprimento de suas obrigações;

g. A previsão de solução dos conflitos decorrentes do ajuste mediante utilização de instrumentos de solução de conflitos admitida inclusive a arbitragem.¹⁹

Em relação ao estabelecido na alínea “ a “, cumpre salientar que o texto legal, apesar de assegurar direitos ao “ *financiador*”, deste não trata e tampouco esclarece a relação jurídica entre eles e a Administração, a justificar este pagamento direto. E ainda, será o financiador, que assumirá, na prática. A parceria não necessitará atender a qualquer exigência de capacidade técnica ou financeira necessária à assunção do serviço, sequer regularidade jurídica ou mesmo fiscal.

No tocante às obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, referidas na alínea “ f”, deve-se ressaltar as cautelas impostas ao gestor momento da oferta de garantias, que poderão ser prestadas, mediante vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal:

f.1.instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

¹⁸Art. 10, §3º , da Lei nº 11.079/04

¹⁹ Art. 11, III da Lei n º 11.079/2004

f.2.contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

f.3.garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e

f.4.garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, dentre outros mecanismos admitidos em lei.

Referindo-se a esta possibilidade, o hoje governador das Minas Gerais, Antonio Augusto Anastásia justifica a inserção de permissão para oferta de garantias aos parceiros privados, a partir do retrospecto negativo do Estado brasileiro em honrar seus compromissos financeiros, aspecto que afugentava até a edição da Lei n. 11.079, de 31 de dezembro de 2004, possíveis investidores interessados em parcerias com o Poder Público.

Chama atenção a possibilidade prevista na alínea “*f.4*”, qual seja a autorização para que as garantias sejam prestadas por fundo garantidor, ou mesmo empresa estatal criada para esta finalidade, é evidente que tal norma, notadamente quanto a criação de empresa estatal, tem por finalidade afastar a incidência do artigo 100 da Constituição Federal, ou seja, ante eventual inadimplemento da Administração, não estará sujeito o parceiro privado ao regime de precatórios, que tantos problemas têm causado aos credores do Estado em seus três níveis.

Quanto a possibilidade de adoção da arbitragem para solução de conflito referidas na alínea “*g*” , impõe rememorar que tradicionalmente o poder público brasileiro, em decorrência de reiteradas crises, não constitui-se em “bom pagador” levando o credor a socorrer-se de um Poder Judiciário que seria incapaz de produzir decisões “em tempo econômico”.

Assim para superar esse obstáculo e, mais uma vez, atrair capitais privados, além da concessão das garantias a Lei nº 11.079 *admite a adoção da arbitragem* para a solução de conflitos entre o parceiro público e o privado, propiciando ao investidor escapar da sempre alegada atuação morosa do Poder Judiciário.²⁰

Essas previsões de flexibilização dos contratos não é aceita pacificamente, ocasionando, interessante debate entre as correntes que defendem e as que negam tal possibilidade. Os defensores desta previsão repetem manifestações de empresários tanto nacionais como estrangeiros de que, nas relações com a Administração Pública as soluções de eventuais conflitos de interesse tornam-se extremamente onerosas e lentas, ocasionando,

²⁰Paula A. Forgioni, in “ As parcerias público-privadas no direito Brasileiro”

inclusive, certa insegurança para os investidores interessados em contratar com o Poder Público.

De outra parte, as críticas são erigidas a partir de flagrante violação a dois princípios fundamentais da atividade administrativa, ou seja, o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como também em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ao inserir tal previsão, estaria a Administração despojando-se das prerrogativas asseguradas pelo Direito, como também, a cura e zelo em relação ao interesse público configuraria desídia.

3.2.2. O parceiro privado

Nos termos do *caput* do artigo 9º da Lei n. 11.079, de 31 de dezembro de 2004, a associação de capitais impõe necessariamente a constituição de uma empresa nova, via de regra, resultante de participação de consórcio, denominada sociedade de propósito específico, que incumbir-se-á da execução do objeto do contrato, ressaltando-se que, não há forma de sociedade empresarial estabelecida, admitindo-se inclusive as sociedades abertas. A norma instituidora das parcerias público privadas entre nós, diversamente do tratamento que dispensa nos contratos administrativos em geral tratados pela Lei nº 8.666/93 e nos contratos de concessões de serviços públicos regidos pela lei nº 8.987/95, promove substancial abrandamento no que tange a elaboração dos contratos e em especial, em relação à repartição dos riscos entre os parceiros.

A exigência legal de constituir uma empresa exclusivamente para a execução do contrato permite concluir que objetivou o legislador, facilitar o controle e a verificação contábil da atividade e dos recursos de origem pública na associação decorrente da parceria.

Como a execução de serviço público por particulares só pode dar-se mediante permissão ou concessão, por força de ditame constitucional²¹, a real executora dos serviços concedidos será uma sociedade que conta com a mera participação financeira do Estado, uma quase-estatal, que não celebrou contrato com a Administração Pública e que não participou do necessário prévio certame.

É possível a participação da Administração Pública como sócio do licitante vencedor na sociedade, propósito específico que será a concessionária, fato que seria um interessante e seguro mecanismo de divisão de riscos entre os partícipes do investimento.

²¹ Art. 175 da CF

Objetivando afastar as situações verificadas nas sociedades de economia mista, a Administração Pública não poderá ser titular da maior parte do capital votante de uma sociedade de propósito específico, por força de expressa vedação legal, a não ser que a aquisição da maioria se dê como corolário do inadimplemento de compromissos mantidos com instituição financeira controlada pelo Poder Público²².

Alguns estudiosos em razão desta possibilidade, tecem críticas sob o argumento de constituir-se em forma de criação de empresas estatais à falta de autorização constante de lei específica, violando expressa previsão ao que estabelece o artigo 37, inciso XIX da Constituição da República.

Quanto a uma eventual transferência voluntária de controle de sociedade de propósito específico, impõe-se a necessidade de expressa autorização da Administração, nos termos do que dispõe o art. 27, e seus parágrafos, da Lei n. 8.987/95.

4. CONCLUSÃO

A proposta inicial fora a de cotejar o cenário pós Constituição de 1988, ocasião em que ante expressas previsões constitucionais, o cenário anterior a edição da Carta Política, extremamente favorável a proliferação de sociedades de economia mista entre nós e as consequências deste novo tratamento restou efetivamente realizada.

O declínio do instituto ficou evidente, a partir dos permanentes conflitos de interesse havidos na diversas empresas, notadamente quando a Administração, adotando decisões políticas, em prol dos interesses da sociedade ou dos cidadãos, provocou prejuízos ao investidor privado, ou ainda, reduziu a margem de lucro por este almejada.

Aliado a tal aspecto, acresça-se a incidência de tributos e contribuições sobre a atividade das mesmas, que acabou promovendo maior desencanto dos agentes privados em participarem de empresas mistas, cujo controle acionário e de votos seria do Poder Público.

Este quadro aliado a necessidade de capital para permitir a realização de investimentos capazes de embasarem e promoverem o desenvolvimento econômico e por conseguinte social, impôs ao Governo, afastar os aspectos mais relevantes e que justificavam o desinteresse do capital privado em ações e atividades econômicas estatais.

²² Art. 9º, §§ 4º e 5º da Lei nº 11.079/2004

A partir do modelo já testado em países como Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Chile entre outros, construiu-se nova forma de contratação de obras e serviços de infraestrutura, agora escoimados das questões que afastavam o capital privado.

A associação com o capital privado passa a se dar em outras condições com o Poder Público, com a percepção de que esse não mais estará à frente da gestão da atividade, não ostentando posição de superioridade vez que, passou a oferecer garantias de retorno e lucro ao investidor e mesmo ao financiador deste, e ainda, quando integrante da empresa destinada a dar cumprimento ao contrato de Parceria Público-Privada celebrado, não podendo ter a maioria do capital votante, além de ter afastado a necessidade de buscar o Judiciário para solução de conflitos vez que, a norma instituidora, expressamente autoriza a utilização da arbitragem na solução de conflitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir da afirmada relativização do contrato de Parceria Público-Privada, promove interessante observação acerca das características privatistas admitidas pelo novo texto legal regente de concessões afirmando:

*“Assim, parece **que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços** – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que regime geral dos contratos. Ou seja, quer (e isto para citar apenas alguns dos sonhos de qualquer contratado do Poder Público)²³” (grifos nossos)*

As questões que afastavam o interesse privado foram afastadas, permitindo ao Poder Público a busca no mercado de parceiros, que passaram a não ter mais o discurso de que a empreitada estaria inviabilizada por aspectos jurídicos intransponíveis que causavam prejuízos ao interesse privado.

Resta demonstrado que, o declínio das sociedades de economia mista entre nós serviu de fundamento para todo o desenvolvimento teórico e doutrinário das parcerias público-privadas, como também já restara comprovada a decadência das concessões comuns, como instrumento de captação de capital privado para atividades de interesse público, permitindo a evolução e consolidação das sociedades de economia mista para este papel, até a Constituição brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

²³Curso de direito administrativo, 18. ed., p. 721

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas- PPPs no Direito Positivo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio-jun-jul.2005. Disponível na Internet – <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 19/10/2011.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4v. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2v. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FORGIONI, Paula A. As parcerias público-privadas no direito brasileiro. Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 149-159, jul./set. 2006. Disponível

em:<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=37256>.

Acessado em 19 de novembro de 2011.

GRAU, Eros Roberto. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro o, v. 222, p. 349-356, out./dez. 2000.

PINTO, Olavo Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas, em RDA nº 32:9.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Parcerias Público-Privadas. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.