

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**LUÍS FERNANDO LIMA DE OLIVEIRA**

**GARANTIAS DAS CONTRAPRESTAÇÕES ESTATAIS  
OUTORGADAS AO PARCEIRO PRIVADO  
NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) BRASILEIRAS**

**Porto Alegre**

**2011**

**LUÍS FERNANDO LIMA DE OLIVEIRA**

**GARANTIAS DAS CONTRAPRESTAÇÕES ESTATAIS  
OUTORGADAS AO PARCEIRO PRIVADO  
NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) BRASILEIRAS**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

**Porto Alegre**

**2011**

**LUÍS FERNANDO LIMA DE OLIVEIRA**

**GARANTIAS DAS CONTRAPRESTAÇÕES ESTATAIS  
OUTORGADAS AO PARCEIRO PRIVADO  
NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) BRASILEIRAS**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Porto Alegre, abril de 2010

---

Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues  
Orientador

---

  

---

Para os meus pais,  
Maria Nélia e Carlos Fernando

## AGRADECIMENTOS

“Um galo sozinho não tece uma manhã: ele precisará sempre de outros galos”, assim o poeta João Cabral de Melo Neto nos ensinava a valorizar aqueles que nos apoiam. Para realizar um trabalho como esse, é imprescindível a participação de pessoas a quem devemos aproveitar esta oportunidade para agradecer.

Primeiramente, a Deus e aos guias espirituais que me permitiram chegar até aqui, iluminando meus caminhos.

Ao mestre e amigo Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, pela confiança depositada neste projeto e pela orientação segura em todos os momentos de sua elaboração.

Aos amigos da Faculdade de Direito do Recife, hoje também dedicados à docência jurídica, que muito me auxiliaram a regressar à vida acadêmica, neste programa de mestrado: Alexandre da Maia, Fabiano Pessoa e Virgínia Leal. Uma referência especial a Evandro Menezes de Carvalho, pelo estímulo decisivo para minha vinda ao Rio Grande do Sul.

Ao professor José Souto Maior Borges, pelo firme apoio no ingresso neste programa.

A todos os professores que tive na UFRGS, e que, com suas aulas, puderam proporcionar aprendizado e reflexão: Humberto Bergmann Ávila, Luis Afonso Heck, Cezar Saldanha Souza Júnior, Luis Felipe Difini, Cláudia Lima Marques, Fábio Costa Morosini, Bibiana Graeff Chagas Pinto, Cesar Viterbo Matos Santolim, Alfredo dal Molin Flores (Direito); Giacomino Balbinotto Neto (Economia); e Maria Izabel Noll (Ciência Política). E dentre eles, gostaria de manifestar especial estima ao professor Almiro Régis do Couto e Silva, pelos conhecimentos jurídicos e de vida compartilhados, com a elegância e humildade que caracterizam os grandes mestres.

Aos servidores da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, com menção especial a Rosmari de Azevedo e Denise Dias de Souza.

Aos servidores das bibliotecas da UFRGS consultadas (Direito, Economia, Administração, Nações Unidas e Ciências Sociais e Humanidades), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Aos Procuradores da Fazenda Nacional José Diogo Cyrillo da Silva, Tiago Pereira Lisboa, Luis Alberto Reichelt e Gustavo Caldas Guimarães de Campos, pelo suporte institucional fundamental para conclusão desta pesquisa. Estendo os agradecimentos aos demais colegas da PRFN/4, pela compreensão de minha ausência durante o período de licenciamento, em especial àqueles que sofreram o ônus da minha substituição, a minha amiga

Clarissa Schultz Bernardi e os membros da Procuradoria Seccional de Santa Maria reconhecidos na pessoa do seu Procurador-seccional Antônio Cândido de Azambuja Ribeiro. E, pelo incentivo de todas as horas, aos colegas Renata Valle de Vasconcellos, Ilana Bertagnolli, César Augusto Baldi Martinez, Maria Cláudia Taborda Masiero e José Rodrigo Dorneles Vieira.

Ao meu estimado irmão Renato Lima de Oliveira, pelo diálogo sempre reflexivo e fecundo, pelo apoio fraternal e pelo auxílio bibliográfico e com a língua inglesa, direto do campus de Urbana-Champaign da Universidade de Illinois (EUA).

Ao professor David Capitant, mestre do Panthéon Sorbonne (Université Paris I), que de sua cátedra demonstrou sincero apreço à presente pesquisa, pela troca de informações e indicação bibliográfica.

Ao amigo de longa data Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, advogado especializado em Direito dos Seguros, sempre generoso no suporte bibliográfico.

À amiga Carolina de Freitas e Silva, que, da Universidade de Coimbra, prestou-me orientação segura das fontes do direito administrativo português.

Ao mais germânico de todos os pernambucanos de ascendência alemã, Luís Bernardo Delgado Bieber, pela inestimável disponibilidade em revisar a adequação deste trabalho ao vernáculo pátrio.

A Paola Felts Amaro, querida professora de francês, pela revisão do *résumé*.

A Celina Leite Miranda, pela imprescindível ajuda na correção desta dissertação às normas dos trabalhos científicos.

Aos colegas do curso de mestrado e doutorado da UFRGS, pelo convívio rico em troca de ideias, destacando os amigos do grupo de estudos em Direito Administrativo, Matheus Rocha Faganello, Mauro Hiane de Moura, Gustavo Martins Bains e Carlos Ernesto Maranhão Busatto.

Aos amigos Regis da Silva Conrado, com quem compartilhei o mesmo orientador, e Elena de Lemos Pinto Aydos, pelo apoio ao longo do curso e leitura da versão final.

Ao povo gaúcho, que me acolheu como um dos seus. É assim que me sinto agora.

À sociedade brasileira, por acreditar na universidade pública e possibilitar estes estudos, cujos resultados devem ser a ela voltados.

A Luciana Weber Guilloux, pelo amor e companheirismo.

O Direito pode e deve regular a economia,  
orientá-la e até ser agente regulador dos fenômenos sociais,  
mas, sozinho,  
não possui poderes mágicos de por o mercado em funcionamento.  
O Direito não pode resolver uma situação  
que depende de mecanismos econômicos  
e não das regras que tentam regulamentá-la<sup>1</sup>.

Clóvis do Couto e Silva.

*Pero esta noche, hermana duda,  
Hermana duda, dame un respiro.*

Jorge Drexler

<sup>1</sup> Tradução livre, do original: “*Law can and should regulate economy, orient it and even play the role of regulating the social phenomena, but it does not have itself the magic virtue of putting the market into operation. Law cannot solve a situation which does not depend on it because this situation is related to economy itself and not to the rule which possibly regulates it*”.

## RESUMO

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) foram instituídas internacionalmente para viabilizar projetos de grande porte em infraestrutura econômica e social, como forma de conjugar a expertise da gestão privada com um menor dispêndio de recursos orçamentários públicos. No Brasil, esta forma de contratação administrativa ingressa de forma mais restrita, como nova modalidade de concessão pública, em que o risco é partilhado entre os contratantes e a operação como um todo é paga pela cobrança de tarifas dos usuários e contraprestação pública, ou somente pela contrapartida estatal. A considerar o ambiente institucional brasileiro, contudo, o parceiro privado tem fundadas razões para desconfiar que estas contrapartidas podem não ser pagas pontualmente no decorrer de um contrato de longa duração e que envolve um volume de recursos mínimo de R\$ 20 milhões. Em reconhecimento a esta situação, o legislador previu um modelo único na experiência internacional de prestação de garantias econômico-financeiras de pagamento das contraprestações estatais. O presente trabalho busca verificar a constitucionalidade destas garantias. Para tanto, utiliza-se a metodologia da interpretação sistemático-teleológica, para conferir uma interpretação conforme à Constituição que viabilize a realização de contratos nesta modalidade. Ainda na primeira parte, examina os contratos de PPP no direito estrangeiro, em cotejo com o direito brasileiro, comparando-os também com as concessões tradicionais. A segunda parte é dedicada ao estudo da constitucionalidade de cada uma das garantias ofertadas em lei, estabelecendo conceitos e apurando as críticas da doutrina especializada. Das garantias tidas por constitucionais, apura-se a conveniência de se adotar cada uma delas, em relação a ambos parceiros. Ao final, são expostas as conclusões obtidas ao longo da pesquisa.

**Palavras-chave:** Parcerias Público-Privadas. Garantias. Constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

*The Public-Private Partnerships (PPPs) were introduced internationally as a new form of contract to enable and encourage large-scale economic and social infrastructure projects. These arrangements sought to benefit from the management expertise of private sector firms and to reduce the contribution required from the public sector. In Brazil, this model was adopted in a restricted manner as a new form of public concession contract. More specifically, these types of concession contracts in Brazil are structured so that the risk is shared by the contracting parties. In some cases the operation is paid entirely from public resources, and in other cases the operation is paid by a combination of public resources and tariffs levied on the users. However, considering the institutional reality in Brazil, the private partner often does not trust that the public partner will fulfill its part of the agreement and make timely payment. Many of these contracts are long-term contracts that require the public sector to pay R\$ 20 million or more over an extended period of time. Therefore, Brazilian lawmakers have created a unique legal mechanism to guarantee that the public partner will pay its part of the agreement. This paper analyzes whether those guarantees are in accordance with the Brazilian Constitution and therefore legally enforceable. This paper first compares the Brazilian PPP's law with the international experience and with the traditional Brazilian concession system. The various types of guarantees are then described and the constitutionality of each type of guarantee is considered. Then the convenience of the various guarantees to both the private sector and public sector parties is evaluated using theories of law and economics and certain conclusions about the new guarantee mechanism are provided.*

**Key words:** *Public-Private Partnerships. Guarantees. Constitutionality.*

**Title:** *Guarantees of Payment of State Obligations to the Private Partner in the Brazilian Public-Private Partnerships (PPP).*

## **RÉSUMÉ**

*Les contrats de Partenariat Public-Privé, selon la définition utilisée au Royaume-Uni et transposée dans de nombreux pays (États-Unis, France, Portugal, Chili, Afrique du Sud), forment une nouvelle technique de financement de projets issus du secteur privé tout en se distinguant de l'ancienne délégation de service public français à cause du partage des risques. Ils sont nées dans le contexte des difficultés budgétaire et de l'utilisation préférentielle de la gestion privée. Au Brésil, les PPP sont introduits par la Loi 11.079/2004 qui fournit un système de rémunération du concessionnaire privé par ses usagers et par l'État (ou seulement par l'État). Néanmoins, le gouvernement n'offre pas d'atmosphère de confiance permettant l'achat des contrats à long terme ni de grandes ressources financières. À propos des difficultés, le modèle brésilien prévoit un système de garanties assez intéressant où l'agent privé peut recevoir directement les fonds si l'État ne les lui paie pas. Le sujet de cette recherche s'inscrit dans le domaine de l'analyse de la constitutionnalité de ce modèle de garanties qui entraîne des discussions controversées dans le cadre du Droit administratif brésilien. D'abord, ce mémoire mettra en parallèle les PPP au Brésil et dans d'autres pays, notamment dans les pays en voie de développement. Ensuite, il présentera une méthode d'interprétation. Finalement, il étudiera chacune des formes des garanties, leurs compatibilités avec la Constitution et le meilleur choix pour le gouvernement tout en se servant des approches des théories du droit et de l'économie.*

**Mots-clés:** *Partenariat Public-Privé. Garanties. Constitutionnalité.*

**Titre:** *Les garanties des contre-prestations de l'État octroyées aux partenaires privés dans les Partenariats Public-Privé (le PPP) brésilien.*

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANA – Agência Nacional das Águas

*BGB – Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)

BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (ou Banco Mundial)

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CBM – Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código de Contratação Pública (em Portugal)

CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CF – Constituição Federal

CODEMIG – Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais

CODEVASF – Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba

CTN – Código Tributário Nacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

Dec.-Lei – Decreto-Lei

DJ – Diário da Justiça

DJF – Diário da Justiça Federal

DJU – Diário da Justiça da União

EUA – Estados Unidos da América

ERS – Estadual - Rio Grande do Sul

*FAO – Food and Agriculture Organization of the United Nations* (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação)

FGP – Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas

FMI – Fundo Monetário Internacional

FPE – Fundo de Participação dos Estados

FSE – Fundo Social de Emergência

*GATT – General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio)

IATA – Associação Internacional de Transporte Aéreo

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

IR – Imposto de Renda

*JV – joint venture*

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MC – Medida Cautelar

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

p. ex. – por exemplo

*PFI – Private Finance Initiative*

PIB – Produto Interno Bruto

PPP – Parceria Público-Privada

PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

SCUT – Sem Custo para os Utilizadores

STF – Supremo Tribunal Federal

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TRF – Tribunal Regional Federal

UE – União Europeia

*UNESCO - United Nations Education Science and Culture Organization* (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)

*US – United States* (Estados Unidos)

*VfM – Value for Money*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>16</b>
<b>PARTE I – O REGIME GERAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO 1 – AS PPPs NO DIREITO COMPARADO</b>	<b>20</b>
1.1 Considerações preliminares	20
1.1.1 Origens do instituto	20
1.1.2 PPPs em sentido amplo e em sentido estrito	21
1.1.3 Tipos de PPPs	22
1.1.4 Características gerais das PPPs	23
1.1.5 Características específicas das PPPs	24
1.2 Regimes jurídicos específicos	25
1.2.1 Reino Unido	26
1.2.1.1 Histórico	26
1.2.1.2 Configuração jurídica	28
1.2.1.3 Modalidades	28
1.2.2 Estados Unidos	29
1.2.2.1 Histórico	29
1.2.2.2 Configuração jurídica	30
1.2.2.3 Modalidades	31
1.2.3 França	32
1.2.3.1 Histórico	32
1.2.3.2 Configuração jurídica	33
1.2.3.3 Modalidades	35
1.2.4 Portugal	35
1.2.4.1 Histórico	35
1.2.4.2 Configuração jurídica	36
1.2.4.3 Modalidades	38
1.2.5 União Europeia	39
1.2.5.1 Histórico	39
1.2.5.2 Configuração jurídica	40
1.2.5.3 Modalidades	40
1.2.6 África do Sul	41
1.2.6.1 Histórico	41
1.2.6.2 Configuração jurídica	42
1.2.6.3 Modalidades	42
1.2.7 Chile	43
1.2.7.1 Histórico	43
1.2.7.2 Configuração jurídica	44
1.2.7.3 Garantia de receita mínima	45
1.2.7.3 Modalidade	47

CAPÍTULO 2 – AS PPPs NO DIREITO BRASILEIRO	47
2.1 O regime tradicional dos contratos de concessão	48
2.1.1 A posição do Supremo Tribunal Federal	48
2.1.2 As posições da doutrina brasileira	49
2.1.2.1 Teorias unilaterais	50
2.1.2.2 Teorias contratualistas	50
2.1.2.3 Teoria mista	51
2.1.3 A posição adotada pela Lei n° 8.987/1995	52
2.1.4 A posição seguida neste trabalho	53
2.2. O regime instituído pela Lei n° 11.079/2004	53
2.2.1 Conceito amplo e conceito restrito de PPP no Direito brasileiro	54
2.2.2 Conceito de PPP segundo a Lei n° 11.079/2004	54
2.2.3 As concessões patrocinadas	55
2.2.4 As concessões administrativas	56
2.2.5 Características próprias das PPPs brasileiras	56
2.2.6 O regime de contrapartida e compartilhamento de riscos	57
2.2.7 O regime de garantias oferecidas ao parceiro privado	58
2.3 Comparativo entre as concessões comuns e as PPPs de acordo com os respectivos regimes jurídicos	59
2.4 Especificidades das PPPs no Direito brasileiro	62
2.4.1 Semelhanças com o direito estrangeiro inspirador	62
2.4.2 Diferenças em relação ao direito estrangeiro inspirador	63
CAPÍTULO 3 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS APLICADOS NA ANÁLISE DAS PPPs	64
3.1 As PPPs e o ambiente institucional brasileiro	64
3.1.1 As instituições realmente importam	64
3.1.2 Os riscos das instituições brasileiras	66
3.1.3 O postulado da eficiência	67
3.2 A interpretação das cláusulas contratuais das PPPs	69
3.2.1 A questão do método interpretativo das cláusulas de PPP	69
3.2.1.1 Interpretação objetiva	69
3.2.1.2 Método interpretativo sistemático-teleológico	69
3.2.1.3 Argumentação consequencialista	70
3.2.2 Análise pela teoria econômica dos contratos	71
3.2.2.1 A visão clássica do contrato	71
3.2.2.2 A contribuição da corrente de Direito & Economia	71
3.2.2.3 Suporte econômico e interpretação sistemático-teleológica	73
3.2.3 As teorias econômicas do contrato	74
3.2.3.1 A teoria neoclássica	74
3.2.3.2 A teoria das agências	75
3.2.3.3 A Nova Economia Institucional	75
3.2.3.4 A solução pelo Poder Judiciário	76
3.2.3.5 A teoria normativa	76
3.2.3.6 Custos de transação	77
3.2.4 A questão dos riscos	78
3.2.4.1 Conceito de risco	78
3.2.4.2 Risco moral ( <i>moral hazard</i> )	78
3.2.4.3 Relação entre risco e duração dos contratos	79
3.2.4.4 Alocação de riscos como função econômica dos contratos	79

<b>PARTE II – ANÁLISE DAS GARANTIAS OUTORGADAS AO PARCEIRO PRIVADO NAS PPPs</b>	<b>81</b>
<b>CAPÍTULO 1 – NATUREZA JURÍDICA DAS GARANTIAS</b>	<b>81</b>
1.1 Conceito unitário de garantia	81
1.2 As garantias constantes dos contratos de PPP	83
1.3 As garantias econômico-financeiras outorgadas aos parceiros privados nas PPPs	84
1.4 Posição das garantias contraprestações na contabilidade pública	85
1.5 Natureza jurídica das garantias outorgadas aos parceiros privados nas PPPs	86
<b>CAPÍTULO 2 – PROPÓSITOS DAS GARANTIAS</b>	<b>87</b>
2.1 Racionalidade no cumprimento contratual	87
2.2 Previsão de incentivos	89
2.3 Princípio da confiança e dupla garantia	90
2.4 Objetivos da política garantidora	90
<b>CAPÍTULO 3 – CONCESSÃO DE GARANTIAS POR LEI ORDINÁRIA</b>	<b>92</b>
3.1 Lei complementar e lei ordinária	92
3.2 A natureza jurídica das leis das PPPs	93
3.3 Constitucionalidade de instituição de garantias prestadas pela Administração pela via de legislação ordinária	93
3.4 Constitucionalidade de instituição de garantias prestadas por agentes privados pela via de legislação ordinária	94
<b>CAPÍTULO 4 – VINCULAÇÃO DE RECEITAS</b>	<b>95</b>
4.1 Conceito de receita orçamentária	95
4.2 Classificação das receitas orçamentárias	96
4.3 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina	97
4.4 Exame da constitucionalidade desta garantia	99
4.5 Criação de tributo com receita vinculada à garantia da contraprestação outorgada ao parceiro privado na PPP	102
4.5.1 Vinculação de receita de imposto por exceção constitucional	103
4.5.2 Contribuição de intervenção no domínio econômico	103
4.5.3 Contribuição de melhoria	104
4.6 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia	105
<b>CAPÍTULO 5 – FUNDOS ESPECIAIS PREVISTOS EM LEI E FUNDO GARANTIDOR DAS PPPs (FGP)</b>	<b>108</b>
5.1 Conceito e disciplina jurídica dos fundos especiais	108
5.2 O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP)	109
5.3 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina	110
5.4 Exame da constitucionalidade desta garantia	112
5.5 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia	115

CAPÍTULO 6 – SEGURO-GARANTIA	116
6.1 Conceito de contrato de seguro	116
6.2 Classificações do contrato de seguro	117
6.3 O contrato de seguro-garantia	118
6.4 Exame da constitucionalidade desta garantia	119
6.5 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia	120
6.5.1 Análise da sinistralidade e dos custos do prêmio	120
6.5.2 Prazo	121
6.5.3 Uso parcial	122
CAPÍTULO 7 – GARANTIA PRESTADA POR ORGANISMO INTERNACIONAL OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO CONTROLADAS PELO PODER PÚBLICO	122
7.1 Organismo internacional	123
7.2 Instituições financeiras	124
7.3 Modalidades de garantias prestadas por estes entes	125
7.4 Constitucionalidade e conveniência de adotar esta modalidade de garantia	125
CAPÍTULO 8 – EMPRESA ESTATAL	126
8.1 Empresa estatal como gênero	126
8.2 Empresa pública	127
8.3 Sociedade de economia mista	128
8.4 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina	129
8.5 Exame da constitucionalidade desta garantia	129
8.6 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia	131
8.6.1 Dificuldades de criação e operação de uma empresa estatal garantidora	131
8.6.2 Empresa estatal garantindo PPPs de outros entes federativos	132
8.6.3 Execução de garantias contra as empresas estatais	132
CAPÍTULO 9 – OUTRAS FORMAS DE GARANTIA ADMITIDAS EM LEI	133
9.1 Cláusula genérica	133
9.2 Garantias prestadas por outras formas além de dinheiro	133
9.3 Encargos de faturamento e cobrança de crédito perante terceiros	134
9.3.1 Faturamento e encargos na Dívida Ativa	134
9.3.2 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina	135
9.3.3 Exame da constitucionalidade desta garantia	136
9.3.4 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia	138
CAPÍTULO 10 – EFICIÊNCIA DAS GARANTIAS EM ESTUDO DE CASOS	139
10.1 Projeto Público de Irrigação “Pontal” de Petrolina-PE (União/CODEVASF)	140
10.2 Linha 4 (Amarela) do metrô (Estado de São Paulo)	141
10.3 Rodovia MG-050 (Estado de Minas Gerais)	142
10.4 Ponte e Acesso à Praia do Paiva e Cidade da Copa (Estado de Pernambuco)	143
10.5 ERS-101 Rodovia do Progresso (Estado do Rio Grande do Sul)	144
10.6 Estádio da Fonte Nova e Hospital do Subúrbio de Salvador (Estado da Bahia)	144
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>153</b>
<b>SÍNTESE BIOBIBLIOGRÁFICA</b>	<b>162</b>

## INTRODUÇÃO

Em um país que iniciou sua ocupação territorial pela outorga de títulos de domínio a particulares – as capitânicas hereditárias –, parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada não são nenhuma novidade<sup>1</sup>. Em termos de investimento em infraestrutura, porém, o primeiro modelo de compartilhamento entre estas duas forças se deu por meio de uma farsa: a alegoria do *boi voador*.

Durante sua ocupação no Brasil (1630-1654), os holandeses estabeleceram sua capital na então vila do Recife – à semelhança das terras batavas, uma cidade conquistada das águas. Em seu plano urbanístico, o governador Maurício de Nassau projetou a construção de uma ponte, que interligaria o bairro portuário à cidade Maurícia. Mas como convencer os cidadãos a bancar os custos desta construção, associando-se ao seu empreendimento? A solução encontrada foi arrecadar recursos sob a promessa de que, entregue a obra, o governador faria um boi voar sobre o rio Capibaribe.

Na data de inauguração da obra, Nassau cumpriu o prometido. Ordenou uma festa e mandou esfolar um boi inteiro, enchendo-lhe a pele de erva seca. Tomou emprestado um boi manso que fez subir pelas escadarias do palácio, deixando-o num aposento. O bovino foi trocado pelo exemplar empalhado, que depois foi visto a voar, na verdade amarrado por cordas não percebidas pela multidão admirada<sup>2</sup>.

Nos tempos atuais, guardadas as devidas proporções, o país ainda vivencia carências de infraestrutura e oferecimento de serviços públicos de qualidade, problema reconhecido pelo Poder Público, o qual, por outro lado, resente-se da falta de recursos suficientes para o dirimir, necessitando de capital e *know-how* privados. Entretanto, é difícil conquistar a confiança de investidores de grandes somas de recursos com promessas de bois voadores, embora não falte entre as gentes quem ainda possa acreditar neles.

---

<sup>1</sup> As capitânicas hereditárias constituem, a seu modo, uma representação colonial do instituto existente no direito medieval (os “privilégios reais”), já então uma modalidade de concessão de uso de bem público.

<sup>2</sup> Sobre a construção da ponte, cf. MELLO, José Antônio Gonsalves de. **Tempo dos Flamengos: Influência da Ocupação Holandesa na Vida e na Cultura do Norte do Brasil**. São Paulo: Topbooks, 2002. No que pese a originalidade desta cena, costuma-se apontar o início da utilização de concessões no Brasil no séc. XIX, como forma de captar recursos privados para implantação, sobretudo, de ferrovias. No início do século XX, foi adotada em outros setores, como a energia elétrica. No entanto, o Estado não conseguiu assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da maior parte destes contratos, o que contribuiu para o fracasso do modelo, que não mais era atrativo à iniciativa privada. Houve, assim, um movimento de estatização, inclusive com encampação de serviços concedidos, tendência que só veio a ser revertida a partir dos anos 1990, com a reforma do aparelho do Estado (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 52).

Delimitando a visão do fenômeno, foi editada a Lei Geral das Parcerias Público-Privadas no Brasil, a Lei Federal nº 11.079/2004, que dispôs sobre as PPPs sob o regime jurídico de concessões públicas, que se distinguem e se viabilizam pela previsão em contrato de contrapartidas pagas pelo Poder Público, de forma integral ou parcial.

Pelos diversos riscos envolvidos quando se contrata com a Administração, a Lei nº 11.079/2004, assim como os demais diplomas estaduais, municipais e distrital, que tratam da mesma matéria, previu como salvaguarda um sistema que garantisse ao parceiro particular que as contraprestações devidas pelo Poder Público seriam pagas.

O sistema de garantias econômico-financeiras das contraprestações estatais outorgadas aos parceiros privados é ponto chave das PPP formuladas segundo a legislação brasileira. Considerando que se tratam de investimentos de elevada monta (valor contratual mínimo de R\$ 20 milhões), de longo prazo (de 5 a 35 anos) e que não podem ser amortizados unicamente com a exploração de tarifas pelo usuário, ainda que com acréscimo de meios alternativos, é fundamental estabelecer um regime de segurança no recebimento das contrapartidas públicas, que não submeta o particular às delongas e ao risco de uma demanda judicial.

No entanto, a posição adotada por parcela respeitável da doutrina brasileira é contrária à constitucionalidade destas cláusulas garantidoras. Autores como Celso Antonio Bandeira de Mello e Kiyoshi Harada, dentre outros, enxergam afronta à CF/1988 em dispositivos como a possibilidade de vinculação de receita, a formação de fundos garantidores ou a criação de empresas públicas para garantir contraprestações públicas em PPP. Em sua pena sempre enfática, Celso Antônio Bandeira de Mello chega a admitir que “a Lei 11.079 padece de insalváveis inconstitucionalidades<sup>3</sup>” e que não se recorda “de alguma outra lei que conseguisse reunir uma tal quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos”<sup>4</sup>. E, dentre estas supostas inconstitucionalidades, encontra-se o regime de garantias e favorecimentos ao parceiro privado e seus financiadores.

O Poder Judiciário até agora não foi chamado a se pronunciar sobre o tema por demandas referentes a casos concretos. Tampouco houve o ajuizamento de qualquer ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Porém, a prevalecer o entendimento acima mencionado, o modelo brasileiro de PPP corre o risco de se tornar inviável; inviabilizando, por tabela, o desenvolvimento econômico e social que pode ser obtido a partir de sua implementação.

---

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 785.

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Curso...**, 2010, p. 785.

A proposta do presente trabalho é investigar a constitucionalidade e a funcionalidade destas garantias outorgadas aos parceiros privados nas PPPs brasileiras, como forma de assegurar as contraprestações devidas pelo Poder Público.

Para tanto, acolhe-se uma interpretação sistemática, aqui compreendida como uma unidade interna coerente e voltada para valores fins. Esta base teleológica vai ser investigada com amparo da teoria econômica dos contratos. Os subsídios das ciências econômicas, com sua análise dos riscos compartilhados, dos custos de transação envolvidos, do oportunismo das partes contratantes e da possibilidade de descumprimento racional dos termos avençados, dentre outros fatores, serão imprescindíveis para conferir se o sistema garantidor delineado na lei em exame atende, de fato, os propósitos objetivamente traçados pelo legislador.

A pesquisa foi realizada pelo exame dogmático da legislação brasileira sobre o tema (tanto no plano federal como de outros entes federativos) e da análise crítica da doutrina estrangeira e nacional, em manuais, obras especializadas, artigos e trabalhos defendidos em bancas de mestrado e doutorado no país. Deve-se considerar não apenas a recente publicação da lei, mas também sua ainda relativamente baixa utilização (sobretudo quando se compara com a experiência secular das concessões públicas comuns), o que deve ter impedido que se incorresse ao Judiciário para tratar de qualquer problema envolvendo o modelo garantidor e justifica a impossibilidade de pesquisa do posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

A dissertação foi dividida em duas partes.

Na parte I, busca-se analisar o regime geral das Parcerias Público-Privadas. No capítulo inaugural, ficam expostas as origens do instituto na experiência internacional. Estudam-se os regimes jurídicos específicos do Reino Unido, dos EUA, da União Europeia, da França e de Portugal, estes dois últimos de realidades jurídicas mais próximas da nossa. O estudo completa-se com a análise dos regimes de PPP no Chile e na África do Sul, sociedades de maior proximidade política e econômica da brasileira.

No segundo capítulo, examinam-se os contratos de PPP no direito brasileiro, em face da sua assimilação de contratos administrativos especiais, naquilo que teriam de inovador em cotejo com o regime comum de concessão pública, demonstrando os traços característicos do regime tradicional e aquele das concessões patrocinadas e administrativas, bem como as semelhanças e distinções em relação ao modelo estrangeiro.

No terceiro capítulo, o foco será o sedimentar os fundamentos teóricos utilizados no presente estudo. Define-se o método interpretativo, a base constitucional e legal para sua aplicação e justifica-se o recurso à análise econômica dos contratos como meio para averiguar a viabilidade das PPPs em face deste aparato garantidor, de acordo com o ambiente

institucional econômico e jurídico. Especial atenção será reservada à análise dos riscos, obrigatoriamente partilhados neste instrumento contratual.

A segunda parte é reservada à análise das garantias de pagamento das contraprestações estatais nas PPPs. Inicialmente, pela própria investigação do conceito jurídico de garantia, inclusive delimitando as diversas espécies deste gênero, e dos propósitos de sua previsão. Nos capítulos seguintes, a investigação se detém sobre os aspectos constitucionais do modelo. De início, questiona-se se estas garantias podem ser previstas em lei ordinária ou se dependem de promulgação em lei complementar. Em seguida, os demais capítulos serão destinados a analisar cada uma das garantias previstas, em sua natureza jurídica e sua compatibilidade com a Constituição Federal. Nestes últimos capítulos, parte-se também para apreciar a conveniência, oportunidade e viabilidade da adoção de cada uma das garantias dentre as que tiverem sido tidas por constitucionais. Ao final, conclui-se a análise da eficiência deste mecanismo garantidor com estudo de casos.

## PARTE I – O REGIME GERAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

### CAPÍTULO 1 – AS PPPs NO DIREITO COMPARADO

#### 1.1 Considerações preliminares

##### 1.1.1 Origens do instituto

A história é rica em exemplos que demonstram a aproximação entre a Administração Pública e entidades privadas para construção e gerenciamento de obras de infraestrutura. Há registro desde a Antiguidade clássica de estradas do Império Romano administradas por particulares, remunerados mediante recebimento de pedágios para sua manutenção. Na Idade Média, a construção da ponte de Londres, em 1286, foi também apoiada pela cobrança de pedágios. Ainda na Inglaterra, a partir do ano de 1663, anota-se a primeira operação de construção, operação e transferência para a iniciativa privada de estradas integralmente geridas pelo pagamento de pedágios (*British Turnpikes*<sup>5</sup>).

Este modelo se popularizou nos anos seguintes, atravessando o Atlântico para encontrar terreno fértil de desenvolvimento nos Estados Unidos do pós Guerra da Revolução. Em 1785, um ato do governo do Estado da Virgínia autorizou a cessão a uma corporação privada para construção e operação da estrada Philadelphia-Lancaster, dando início a um movimento acentuado de parcerias. Em meados do século XIX, cerca de 1.600 companhias voltadas para *US Turnpikes* estavam em funcionamento. A marcha para o Oeste, que representa o auge da construção de estradas de ferro no território norte-americano, foi fortemente custeada pelo capital de investidores privados.

No mesmo período, a França dinamizava seu sistema de parcerias, por meio de delegação de serviços públicos sob a forma da criação de sociedades de economia mista ou pela instituição de concessões públicas, em obras como estradas, transportes públicos e

---

<sup>5</sup> *Turnpikes* são estradas com barreiras ou portagens, precursoras das rodovias pedagiadas. O nome deriva das barreiras em sistema de dobradiça (*pikes*) colocadas nas rotas para obstar a passagem, somente liberadas com o pagamento de tarifa.

fornecimento de água e saneamento. Foi este o modelo consagrado e adotado, com as devidas adaptações, por países de tradição jurídica romano-germânica, como a Itália, Espanha, Portugal e o Brasil.

A partir da primeira metade do século XX, contudo, este modelo geral de parcerias inicia um declínio, abrindo espaço para a intervenção direta do Estado na economia, por meio de empresas públicas. O seu retorno só é observado nas duas décadas finais do século, em movimento iniciado novamente no Reino Unido e nos Estados Unidos.

Duas razões principais apoiam esta revalorização das parcerias. Por um lado, do ponto de vista financeiro, os orçamentos fiscais dos Estados nacionais, assim como dos governos locais, apresentam-se deficitários, com baixa capacidade de investimento para dinamizar novas obras ou renovar as já existentes. Cogita-se, assim, de um sistema de apropriação de capital privado para viabilizar aquilo para que a Administração se mostra impossibilitada.

De outro lado, sob o aspecto ideológico, assiste-se à vitória nas urnas de governos de tendência liberalizante, nos quais predominava o entendimento de que a iniciativa privada carregaria maior eficiência gerencial e poderia explorar determinados serviços de forma mais transparente e com melhor relação de custo-benefício. Este ideário, caracterizado pelos princípios do *new public management*, compõe um conjunto mais amplo de medidas, visando a abstrair a atividade estatal não somente da economia como até mesmo da prestação de serviços, por meio de privatizações, da adoção de novas práticas de gestão e, enfim, da formulação de parcerias entre o Poder Público e os particulares por meio de programas desenvolvidos especificamente para tanto.

Estas novas Parcerias Público-Privadas passaram a ser aplicadas nos mais variados objetos, para planejamento, construção e operação de projetos em áreas de transporte, energia, água e saneamento, serviço penitenciário, saúde, educação, assistência social e reaproveitamento urbano.

### 1.1.2 PPPs em sentido amplo e em sentido estrito

A concepção de parcerias entre a Administração Pública e os particulares recebe, originalmente, uma maior amplitude em seu significado e corresponde a todo acordo formulado entre estas partes visando a benefícios em comum. Neste sentido, engloba tanto a delegação de serviço público, a delegação de execução de obra pública, com ou sem

exploração, a prestação de serviços diretos à Administração, como também a utilização de bem público por particulares, com ou sem exploração econômica.

Numa modalidade estrita, as PPPs são aqueles ajustes mais específicos, baseados num programa previamente determinado, estipulados a longo prazo e com custo relevante, tendo como celebrantes o setor público e o privado. Cabe ao setor privado a elaboração do projeto de uma infraestrutura pública, seu financiamento, sua construção e sua operação. A remuneração por este empreendimento é devido por todo o curso do contrato, tanto de parte do usuário como do setor público, ou exclusivamente por este. Ao término da parceria, o bem reverte ao Poder Público ou permanece sob seu domínio<sup>6</sup>.

### 1.1.3 Tipos de PPPs

Na experiência internacional, os contratos de PPP em sentido estrito podem assumir diferentes formas, de acordo com o papel desempenhado pelas partes, sobretudo no que tange às obrigações assumidas pelo parceiro privado.

A maioria destes tipos é identificada por meio de siglas que representam as atividades desempenhadas, dentre as quais o financiamento, o planejamento, a construção, o arrendamento, a operação, a gerência e a transferência do empreendimento, entre outras.

Os principais tipos respondem pela sigla *BOT/BOO*. O primeiro, *BOT (Build Operate Transfer)* ou ainda *DBOT (Design Build Operate Transfer)* diz respeito aos contratos em que o parceiro privado responsabiliza-se pelo financiamento, projeto, construção e posterior operação do bem público, cujo controle e titularidade permanecem nas mãos estatais. No segundo, *BOO (Build Own Operate)*, o ente particular financia, constroi e opera o bem. Além disso, o controle e a titularidade seguem sob seu domínio, no curso e também ao cabo do contrato<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> YESCOMBE, E. R. **Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance**. Oxford: Elsevier, 2007. p. 3.

<sup>7</sup> Além das abordadas, registram-se outros exemplos que designam operações efetuadas em forma de parceria público-privada, numa verdadeira sopa de letrinhas, identificadas pela sigla em Inglês: *BLT (Build, Lease, Transfer)*, *BLTM (Build, Lease, Transfer, Maintain)*, *BTO (Build, Transfer, Operate)*, *BOOR (Build, Own, Operate, Remove)*, *BOOT (Build, Own, Operate, Transfer)*, *LROT (Lease, Renovate, Operate, Transfer)*, *DBFO (Design, Build, Finance, Operate)*, *DCMF (Design, Construct, Manage, Finance)* e *DBFOM (Design, Build, Finance, Operate, Magage)*.

No *leasing* (ou *affermage*, no direito francês), apenas parte do risco é transferida para o setor privado, que em geral responde pela formulação do projeto, construção e operação, mas não trata do financiamento ou da elaboração do *project finance*.

*Joint ventures (JV)* ocorrem quando os setores público e privado atuam em conjunto no financiamento, formulação do projeto e operação de um empreendimento, sendo que ambos detêm o domínio do bem utilizado.

Contratos de gerenciamento ou operação (*operations or managements contracts*) são aqueles em que o agente privado é apenas parcialmente envolvido, em geral na gerência de uma atividade específica da operação ou de um setor específico de um dado serviço público por um determinado período de tempo.

Um último exemplo são os Acordos de Cooperação (*cooperative arrangements*) celebrados entre o Poder Público e um particular, em geral sem a formalidade de um acordo de parceria e que funciona por meio de garantias ou incentivos, em geral de natureza tributária, para que um particular atue conforme uma necessidade pública. É o caso dos produtores independentes de energia, que alienam sua produção para um operador ou distribuidor estatal, na Coreia do Sul. Esta é uma hipótese bem desenvolvida na Austrália onde a venda inclui até mesmo o excedente da produção de energia solar obtida em painéis residenciais. Na Costa Rica, o governo central cria e mantém parques ambientais, cabendo aos parceiros privados atrair e organizar turistas para este destino ecológico.

#### 1.1.4 Características gerais das PPPs

Considerando os diferentes tipos de PPPs, observam-se, na mesma medida, diversas aplicações, que variam conforme a experiência internacional analisada. Alguns países reservam um corpo técnico central para lidar com estes programas, como é o caso da Holanda. Outros preveem um órgão específico lidando com somente alguns contratos, como ocorre no Reino Unido. Os Estados Unidos e a Austrália preferem delegar aos poderes regionais ou locais a disciplina destas parcerias.

No que pese esta diversidade, é possível elencar características gerais, que permeiam os diferentes tipos de PPPs. As mais importantes estão a seguir relacionadas:

- *Participantes*: uma PPP é um acordo firmado sempre entre duas ou mais partes, em que interagem os setores público e privado. Pode haver pluralidade de

participantes estatais (Poderes nacionais ou locais, e entidades da Administração Indireta), assim como de agentes privados, em que ambos atuam na organização e desenvolvimento do contrato, quase sempre formando uma sociedade específica, apta a tal propósito;

- *Relacionamento*: uma parceria só ocorre quando há um liame de cooperação mútua entre as partes envolvidas, para atingir ao fim colimado no contrato;
- *Partilha de recursos e responsabilidades*: cada um dos participantes, seja do setor público ou do setor privado, deve incorporar ao acordo uma vantagem, que pode ser representada em recursos, expertise ou posição privilegiada no mercado. Na mesma linha, há uma divisão de responsabilidade e riscos de toda ordem, o que contrasta com a visão tradicional, de preponderância do comando do Estado na negociação;
- *Continuidade*: o contrato de PPP, por envolver dispêndio de grandes montantes financeiros no longo prazo, deve oferecer segurança jurídica aos parceiros, que se traduz em confiança no desenvolvimento do objeto contratado. Levando-se em conta que esses contratos são em geral incompletos e também suscetíveis a alterações no curso da avença, o sucesso da parceria depende de um entendimento institucional que garanta e estimule o cumprimento racional, de acordo com uma política definida de prioridades.

### 1.1.5 Características específicas das PPPs

A par dos elementos característicos acima identificados, comuns a todos as modalidades de PPPs, há também pontos especiais, que variam conforme a fórmula contratual e legal eleita para disciplinar o contrato. Essas outras características versam sobre pontos específicos, que são manejados conforme os objetivos traçados para cada um dos arranjos contratuais, tais como:

- *Tipo*: cada contrato de PPP é delineado considerando uma série de fatores, dentre eles as partes, a experiência e o conhecimento técnico dos envolvidos, o setor a ser atingido (infraestrutura, saúde, educação, sistema prisional) e os seus objetivos. Assim, cada contrato pode ser especificamente direcionado para melhor se adaptar a estas condições, conforme o tipo contratual;

- *Foco na prestação de serviço*: o diferencial da formulação de um contrato na modalidade PPP é o melhor aproveitamento da *expertise* privada na prestação de serviços. O acordo deve ser, portanto, pactuado de modo a privilegiar este fator;
- *Preocupação com a integralidade da vida contratual*: um contrato de PPP é uma oportunidade de integrar num só instrumento questões relativas ao desenvolvimento do projeto, operação e manutenção do serviço e sua contínua evolução;
- *Inovação*: na linha do item anterior, a PPP permite a aplicação de novas tecnologias mais apropriadas ao objeto contratado, o que repercute nos custos e também no pagamento de contraprestação por desempenho do contratante, inclusive com apropriação do excedente por uso de técnica mais eficiente;
- *Alocação de riscos*: a parceria pressupõe uma alocação de riscos para a parte que melhor puder lidar com eles, ao longo do contrato. A forma como esta partilha de riscos ocorre é determinada pelas circunstâncias particulares de cada um dos contratos.

## 1.2 Regimes jurídicos específicos

Os regimes jurídicos estrangeiros foram escolhidos para estudo comparado em face da influência direta que exerceram sobre a tecitura do modelo adotado no Brasil. As experiências legislativas do Reino Unido, Portugal e África do Sul foram especificamente salientadas como exemplos de sucesso de contratação por PPP, na Exposição de Motivos n° 355/2003, constante do Projeto de Lei n° 2.546/2003, que redundou na Lei n° 11.079/2004.

De fato, estes ordenamentos jurídicos tão diversos serviram de inspiração direta para o legislador brasileiro. Assim, elementos extraídos de países de *common law*, como o Reino Unido e os EUA, onde as parcerias entre a Administração Pública e os particulares adquirem um sentido mais amplo, foram adaptados à nossa cor local. Para tanto, utilizou-se como molde o regime jurídico das concessões públicas, a exemplo de como a França e Portugal fizeram. A União Europeia, ela mesma um fruto do amálgama de diversas experiências políticas e jurídicas, também construiu seu modelo a partir dessas junções.

Ao cabo são também analisadas as experiências de países de economias emergentes, como Chile e África do Sul, por apresentarem peculiaridades institucionais semelhantes às nossas, bem como terem previsto mecanismos de garantia de remuneração mínima ou de amortização dos investimentos aos parceiros privados.

Nos itens a seguir, vamos examinar cada uma destas experiências do direito comparado, expondo inicialmente o histórico da implantação do modelo, a configuração jurídica adotada e, por fim, as modalidades de vínculos firmados entre Poder Público e particulares.

### 1.2.1 Reino Unido

#### 1.2.1.1 Histórico

O fortalecimento de políticas de parceria entre a Administração Pública e os particulares ocorre a partir da ascensão do gabinete de Margaret Thatcher como primeira-ministra (1979) e, nos Estados Unidos, com a posse de Ronald Reagan na presidência (1981).

No Reino Unido, esse programa foi mais desenvolvido e obteve destaque, em face da maior inserção estatal na economia. No governo da dama de ferro inglesa, deu-se início a uma série de reformas de cunho privatizante, com a desestatização de companhias e a terceirização de atividades, sobre o fundamento, já abordado, segundo o qual os agentes privados teriam maior capacidade gerencial para administrar atividades antes desempenhadas pelo Estado, inclusive na prestação de serviços públicos.

Entretanto, o processo britânico de privatização não correu imune a críticas, dentre elas, o volume considerável de empresas que passaram para as mãos privadas em curto período de tempo. Os observadores do próprio governo apontam que esta celeridade acabou por não favorecer uma alienação de ativos públicos a preços mais vantajosos, ao mesmo tempo em que outorgou à iniciativa particular serviços públicos sem um marco regulatório ou com uma regulação que não condizia com as necessidades do setor<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> STATIONERY OFFICE. **Public Private Partnerships**: The Government's Approach. London: The Stationery Office, 2000. Disponível em: <<http://archive.treasury.gov.uk/docs/2000/ppp.html>>. Acesso em: 26 nov. 2010. p. 25-26.

Ao mesmo tempo, até a década de 1980, houve uma diretriz governamental para desencorajar a utilização de fundos públicos e endividamento estatal para financiar projetos de infraestrutura, que deveriam ser tocados por recursos privados. Cumpre recordar que questões relativas ao déficit fiscal foram um dos pilares do processo de privatização.

Porém, as evidências de que os investimentos em infraestrutura econômica e social não estavam correspondendo à demanda logo geraram a necessidade de flexibilização desta política. Com efeito, o gabinete liderado por John Major deu início ao processo de Parcerias Público-Privadas por meio do programa *PFI (Private Finance Initiative)*, inicialmente como um conjunto de ações visando a aumentar a presença do capital privado. Neste modelo, o risco de investir e operar infraestrutura de serviços e obras públicas deveria ser transferido, majoritariamente, para os gestores privados. Ressalvavam-se, apenas, as atividades expostas a risco de grande relevo, que deveriam permanecer sob a batuta estatal.

Ainda na gestão do partido conservador britânico, foram traçados aqueles que se consideram os princípios centrais das *PFI*: a) o setor privado assumiria integralmente o risco do projeto, sem garantia frente a prejuízos; e b) a eficiência na gestão, assegurando bom emprego dos recursos (*good value for money*)<sup>9</sup>. Ou seja, o parceiro privado deveria gerir o serviço assumido da forma mais eficiente possível, pois não lhe seriam asseguradas taxas de retorno tampouco garantidos pisos de lucratividade.

Com a vitória do partido trabalhista, em 1997, as PPPs qualificadas como *PFI* sofreram uma remodelagem. O gabinete de Tony Blair estabeleceu novas diretrizes para celebração destes contratos, por meio da publicação de *standards*, em boa parte formulados por indicação dos próprios agentes econômicos privados. A alteração de maior relevo deu-se em relação ao tratamento de riscos, no qual se passou a prever um compartilhamento mais efetivo entre os gestores públicos e privados. Ainda que admitindo a maior habilidade de gerenciamento do setor privado (em questões relativas à gestão por incentivos, foco no cliente e abertura para inovação), certos aspectos permaneceram vinculados ao Estado, como a manutenção do quadro pessoal em escolas e hospitais ou a administração de estações de metrô. Foi esta formatação consolidada de PPP que passou a servir de base para implantação de projetos similares em outros países, dentre os quais o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>9</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45-79. p. 52-53.

### 1.2.1.2 Configuração jurídica

A concepção britânica compreende os contratos de PPP de forma genérica, como qualquer negócio jurídico com vistas à prestação de serviço público ou de atividade de utilidade pública em que ocorra a conjugação de recursos e esforços do Poder Público e de particulares. Essa ótica decorre do emprego, na conformação normativa das PPPs, da tradição britânica de evitar a criação de um regime jurídico diferenciado para o Estado e para a sociedade civil, o que implicaria violação da *Rule of Law*, o que proporcionou a implantação deste modelo de forma menos problemática do que aquelas observadas em outros países<sup>10</sup>.

Uma preocupação corrente na montagem destes contratos diz respeito à necessidade de observância de *Value for Money* por parte do parceiro privado, que se traduz numa ponderação de custo-benefício para que o particular assumo o desenvolvimento e a operação de um determinado projeto. Trata-se de um requisito que vai além da simples observância do menor custo e que pressupõe uma maior complexidade de análise, levando-se em conta a transparência do contrato, a durabilidade da obra, o menor dispêndio de recursos e o atendimento a questões relativas aos direitos trabalhistas, do consumidor e relativos ao meio-ambiente. Esta relação de *VfM* é fundamental para que os contratos, sobretudo na modalidade *PFI*, possam obter financiamento público pela via orçamentária.

### 1.2.1.3 Modalidades

Em face do seu caráter genérico, as PPPs do Reino Unido desenvolvem-se em diversas modalidades. Seguindo a regra geral do *common law*, cada um dos contratos é tratado de forma isolada, aplicando o tipo contratual conforme as condições particulares do projeto a ser desenvolvido.

O modelo tradicional de concessões públicas foi utilizado de forma intensiva nos primeiros contratos de PPP firmados. No entanto, em razão da alocação praticamente integral

---

<sup>10</sup> HORBACH, Carlos Bastide. Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais. In: CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Estudo Sobre as Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 23-44. p. 30. Sobre a linha do *Rule of Law* no direito inglês, conferir: DICEY, A. V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10. ed. London: Macmillan, 1960.

de riscos para o parceiro privado, este mecanismo caiu em desuso, abrindo espaço para o padrão *PFI*, em que os riscos são compartilhados entre as partes<sup>11</sup>.

As principais modalidades de contratos no formato de *PFI* são os do tipo *free standing*, *joint ventures (JV)* e projetos envolvendo serviços vendidos ao setor público. Na primeira, os custos são recuperados integralmente por meio de cobrança de tarifas pelo usuário, o que em muito se assemelha às concessões públicas tradicionais também no Direito brasileiro. As *JVs* são projetos em que os dois setores, público e privado, participam em conjunto, mas cuja administração é sempre privada. No terceiro tipo, determinados serviços públicos, como tratamentos hospitalares e acompanhamento de idosos ou crianças, são transferidos pelo Poder Público aos setores privados, sobretudo a entidades do terceiro setor<sup>12</sup>.

## 1.2.2 Estados Unidos (EUA)

### 1.2.2.1 Histórico

Diferentemente do modelo britânico e também continental europeu, o Estado norte-americano sempre apresentou a característica de ser um modelo de cooperação entre os setores público e privado, com menor interferência daquele e maior participação deste. Os agentes privados costumam oferecer copiosa participação na infraestrutura e o país passou imune à tendência estatizante que vigorou até o fim do século XX.

Nessa linha, o Estado norte-americano assume um papel de ênfase reguladora, sobretudo por meio de suas agências, embora existam fundos públicos para financiamento da construção e da operação de serviços de utilidade pública. Os setores de distribuição de água e saneamento básico são os que apresentam maior participação de operadores privados. Nos anos 1980, iniciou-se um processo de crescimento da implantação de presídios administrados por gestores privados, por meio de contratos de construção e operação ou tão somente de operação de instituições correcionais. A instalação de infraestrutura de transportes, por meio de contratos entre o governo e agentes privados, é a atividade de parceria na qual se observa maior desenvolvimento recente. Uma das causas apontadas para este acréscimo de obras é a

---

<sup>11</sup> YESCOMBE, *Public-Private...*, 2007, p. 38.

<sup>12</sup> COUTINHO, *Parcerias...*, 2007, p. 55-56.

possibilidade de cobrança de pedágios para transcurso de rodovias, o que era vedado pelo governo central, que só admitia a cobrança para uso de pontes e túneis.

### 1.2.2.2 Configuração jurídica

Tradicionalmente no direito norte-americano, a concessão não é concebida como uma delegação do Poder Público e sim como uma autorização para atuar em certo tipo de atividade de interesse coletivo, motivo pelo qual se justifica a regulamentação e a fiscalização por parte das autoridades públicas. A terminologia utilizada revela esta posição, na medida em que trata estas autorizações por *license, franchise, consent e permit*<sup>13</sup>.

Por sua vez, e do mesmo modo já observado na modelagem britânica, os contratos de Parceria Público-Privada nos EUA são compreendidos de forma genérica, inexistindo, porém, um programa específico de parcerias, como é o caso da *PFI* do Reino Unido. Entretanto, esta lacuna institucional não impede a utilização de tipos contratuais como as tradicionais concessões, seguindo um modelo próprio, que prevê, p. ex., o uso de *franchising*.

Nesta linha, os contratos de PPP devem ser compreendidos como um acordo celebrado entre um agente privado e uma agência pública (de nível federal, regional ou local), no qual as habilidades e recursos de cada setor são partilhados para disponibilizar ao público um serviço ou um equipamento (*facility*)<sup>14</sup>.

O risco da atividade era preponderantemente transferido para o gestor privado. Esta linha foi modificada a partir dos anos 1990, pela edição de atos que incentivaram a participação de capitais privados em obras de infraestrutura de grande porte, por meio de criação de fundos públicos para concessão de empréstimos e garantias de parcela do

---

<sup>13</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**: (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121. Vale salientar que, na década de 1930, houve tentativa de transplantar para o direito brasileiro o modelo norte-americano de concessão e fixação de tarifas pelas Comissões de Serviços Públicos, com controle posterior pelo Poder Judiciário, o que inspirou o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934). No entanto, em que pese ter sido defendida por juristas como Francisco Campos e Bilac Pinto, esta medida não prosperou. Cf.: CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 125-238 e BILAC PINTO, Olavo. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 5-54.

<sup>14</sup> Cf. a página do Conselho Nacional de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <<http://www.ncppp.org>>.

empreendimento<sup>15</sup>. Assim, o risco e também as recompensas passaram a ser compartilhados entre os signatários dos contratos.

### 1.2.2.3 Modalidades

No campo da prestação de serviços sociais (*public utilities*), é tradicional uma forte presença de organizações não lucrativas, da sociedade civil, assumindo áreas como educação, saúde e assistência social, cuja remuneração vem tanto de donativos, fundos empresariais como também pelo governo, indiretamente, por isenções de tributos e dedutibilidade de doações e também, diretamente, por subvenções.

Por outro lado, também os investimentos em infraestrutura são desenvolvidos por meio de parcerias, que podem ocorrer de várias formas, abrangendo desde contratos em que o governo solicita um projeto e o parceiro privado o concebe e o implementa, como também aqueles em que o governo transfere à iniciativa privada o financiamento e a execução de um projeto por prazo determinado, durante o qual o agente particular vai buscar amortizar os investimentos, com reversão dos bens ao término do acordo.

As concessões públicas seguem modelo semelhante ao praticado tradicionalmente no direito francês, com delegação da exploração de serviços públicos a particulares com remuneração decorrente do uso. A ênfase da sua utilização encontra-se em projetos de construção de rodovias com cobrança de pedágios. No entanto, problemas similares também são observados, sobretudo no tocante à viabilidade financeira, exposta a riscos como a resistência ao pagamento de tarifas e a expectativa não confirmada de fluxo de usuários.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Parcerias Público-Privadas recomenda que estes empreendimentos devem ocorrer sob a forma de *JV* ou Acordos de Cooperação.

---

<sup>15</sup> *Intermodal Surface Transportation Act* (1991); *National Highway System Designation Act* (1995); *Transportation Infrastructure Finance and Innovation Act* (1998); e *Safe, Accountable, Flexible, Efficient Transportation Equity Act* (2005).

### 1.2.3 França

#### 1.2.3.1 Histórico

A França possui um arcabouço jurídico sedimentado em matéria de delegação de serviço público. Data do século XVII a formatação de contratos para construção do canal Mediterrâneo-Atlântico. No período que se inicia no século XIX e vai até o pós-guerra, os contratos de concessão atingiram o seu auge, com ampla utilização em operações para infraestrutura de transporte, energia e distribuição de água e saneamento básico.

Na sequência, o Estado tomou para si essa responsabilidade, realizando obras e oferecendo serviços diretamente ou por meio de empresas públicas criadas para tanto. O movimento de retorno às parcerias com a iniciativa privada ocorre a partir do final do século XX, em face do reconhecimento das restrições orçamentárias estatais.

Assim, mesmo com as reticências do direito francês em admitir contratos inspirados no modelo britânico de *PFI*, a montagem de parcerias multiplica-se pelo estabelecimento de legislação específica para cada setor abordado, como resposta às necessidades prementes de equipamentos públicos, em relação à segurança (construção de presídios) e à saúde (construção de hospitais)<sup>16</sup>.

O programa francês de PPP começa, efetivamente, pelo art. 6º da Lei nº 2003-591, de 2 de julho de 2003, que habilita o governo a adotar, por meio de normas próprias, as medidas necessárias a criar novas formas de contratação para concepção, realização, transformação, exploração e financiamento de equipamentos públicos ou pela gestão e financiamento de serviços, ou ainda uma combinação de todas estas diferentes missões.

A partir deste permissivo legal, dois ordenamentos foram editados:

- o ordenamento nº 2003-850, de 4 de setembro de 2003, que trata da simplificação das formas de organização e funcionamento dos serviços de saúde pública, assim como flexibiliza as formas de criação de estabelecimentos ou serviços sociais e sanitários submetidos à autorização estatal;
- o ordenamento nº 2004-559, de 17 de junho de 2004, que cria o *contrato de parceria*, também aplicável ao sistema de saúde.

---

<sup>16</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 477.

No entanto, por conta das restrições impostas pelo Conselho Constitucional, o programa de parcerias não conseguiu deslançar na França. O primeiro contrato sob este procedimento tratava da conclusão da rede de iluminação pública de *Auvers sur Oise*, pequena localidade com apenas 6 mil habitantes. Apesar do lançamento de outras iniciativas e da visão otimista do órgão ministerial designado para organizar o programa<sup>17</sup>, o alcance imaginado para este tipo de contratação não foi atingido, permanecendo a aversão, sobretudo dos administradores locais, a firmar parcerias.

### 1.2.3.2 Configuração jurídica

A definição de contrato de Parceria Público-Privada no direito francês encontra-se no art. 1º do Ordenamento nº 2004-559, na redação atualizada conforme modificação introduzida pela Lei nº 2009-179, de 17 de fevereiro de 2009:

I – O contrato de parceria é um contrato administrativo pelo qual o Estado ou um estabelecimento público estatal confia a um terceiro, por um período determinado face à amortização dos investimentos ou das modalidades de financiamento tomadas, uma missão global tendo por objeto a construção ou a transformação, a manutenção, a exploração ou a gestão de obras, de equipamentos ou de bens imateriais necessários ao serviço público, assim como toda ou parte de seu financiamento, ressalvada a participação integral no capital.

Ele pode igualmente ter por objeto toda ou parte da concepção das obras, equipamentos ou bens imateriais, contribuindo, assim, com a Administração Pública com a prestação do serviço público do qual esta é encarregada<sup>18</sup> [traduziu-se].

Trata-se, evidentemente, de um contrato administrativo, visto que submetido às regras excepcionais do direito e da jurisprudência administrativos, bem como às formas de controle

<sup>17</sup> *Les avantages de cette forme nouvelle de contrats sont multiples : l'accélération, par le préfinancement, de la réalisation des projets ; une innovation qui bénéficie à la collectivité par le dynamisme et la créativité du privé ; une approche en coût global ; une garantie de performance dans le temps ; une répartition du risque optimale entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux. À ce titre, le contrat de partenariat vient compléter et enrichir la panoplie des outils de la commande publique en France.* Disponível em: < <http://www.ppp.bercy.gouv.fr/> > Acesso em: 16 mar. 2011.

<sup>18</sup> Consta no original: “I. - *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.*

*Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée”.*

pertinentes; todavia, num sentido que o diferencia dos demais arranjos previstos na *commande publique*, como os contratos de *marché public* e de delegação de serviço público. A definição legal não delimita as atividades que podem ser prestadas por meio deste arranjo contratual, o que permite seu uso tanto para infraestrutura econômica de grande porte como para intervenções sociais nas áreas de saúde, educação e gestão de patrimônio cultural.

Uma das principais diferenças versa sobre o sistema remuneratório do parceiro privado, de caráter misto<sup>19</sup>, no qual pagamentos por parte da Administração convivem com verbas provenientes de tarifas pagas pelo usuário durante a exploração do serviço. Esta remuneração deve também seguir uma lógica de performance, como meio de estímulo ao cumprimento contratual. Ainda na linha de otimização gerencial, deve-se permitir ao parceiro que gere receitas alternativas, fora do serviço contratado, como aluguel de salas em horários fora da utilização regular<sup>20</sup>, desde que preservando a afetação prioritária ao serviço público<sup>21</sup>.

Esta forma diferenciada de remuneração, bem como a noção geral de incentivo à melhor performance contratual, são cláusulas obrigatórias do contrato de parceria, assim como a repartição de riscos entre os parceiros. Existem, ademais, cláusulas ligadas a um espírito de parceria, como a obrigatoriedade de recurso à arbitragem<sup>22</sup>.

A interpretação imposta pelo Conselho Constitucional, porém, limitou demasiadamente o recurso a esta modalidade contratual, ao considerar que, somente em casos excepcionais – ligados à continuidade do serviço público ou à proteção da ordem e da saúde públicas – é que se poderia confiar a uma mesma pessoa a concepção, construção e operação de um mesmo equipamento público. Restrições como esta, decorrentes da posição política dos membros do Conselho na ocasião, dificultaram a difusão do contrato de parceria e motivaram modificações na legislação de regência. Estas reformulações, se por um lado permitiram o maior desenvolvimento das parcerias, por outro reverteram sua natureza original, haja vista que alteraram a concepção de *missão global* a ser desenvolvida e ainda permitiram que o parceiro da Administração fosse também um ente de personalidade pública<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 6. ed. Paris: Lextenso, 2008. p. 680.

<sup>20</sup> BEZANÇON, Xavier; CUCCHIARINI, Christian; COSSALTER, Philippe. **Le Guide de la Commande Publique**. 2. ed. Paris: Le Moniteur, 2009.

<sup>21</sup> RICHER, **Droit...**, 2008, p. 680.

<sup>22</sup> RICHER, **Droit...**, 2008, p. 690-693.

<sup>23</sup> MORAND-DEVILLER, **Droit...**, 2009, p. 477.

### 1.2.3.3 Modalidades

Os contratos de parceria no direito francês recorrem a modalidades já consagradas na delegação de serviço público, como a concessão tradicional e o contrato de *affermage*. Ambos em regime especial, de remuneração, ênfase na performance e partilha de riscos, conforme já abordado. Enquanto a concessão se destina a grandes obras, especialmente nos setores de transportes e energia, o contrato de *affermage* reserva-se à gestão de equipamentos fornecidos pela Administração, como prédios públicos, aeroportos e distribuição de água e saneamento.

Previamente à edição da lei geral sobre Parcerias Público-Privadas, o legislador havia antecipado a regulamentação de parcerias setoriais. Primeiro, autorizando o Estado e também as coletividades locais a permitir que entes privados financiassem e operassem equipamentos destinados à segurança pública e às Forças Armadas, o que inclui presídios. Num segundo momento, instituindo os *Baux Emphytéotique Hospitaliers (BEH)*, para a gestão de bens imobiliários destinados a estabelecimentos de saúde pública<sup>24</sup>.

### 1.2.4 Portugal

#### 1.2.4.1 Histórico

Os contratos de concessão em Portugal remontam ao século XIX, por meio de acordos firmados em 1887, concernentes à exploração de telefonia. No século seguinte, a delegação de serviços públicos a particulares sofreu o mesmo processo de regressão já mencionado e só voltaram à tona com a concessão de rodovias, em 1972.

Com o ingresso na União Europeia, Portugal, que ainda registra um dos menores PIBs dentre os países-membros, viu-se obrigado a renovar sua infraestrutura defasada em relação aos demais. Iniciou, assim, na primeira metade dos anos 1990, seu programa de PPP, com a construção da majestosa ponte Vasco da Gama, sobre o rio Tejo.

---

<sup>24</sup> Sobre os contratos de PPP na França, conferir: PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **La Gestion des Services Publics de Distribution et D'Assainissement de l'Eau: Étude Comparée en Droit Français et Brésilien**. 2008. Tese (Doutorado) - Université Paris I Panthéon Sorbonne/Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Paris, 2008. Orientadoras: Jacqueline Morand-Deviller e Cláudia Lima Marques.

Nesta fase inicial, os contratos de parcerias não obedeciam a um regime jurídico específico, sendo trabalhados casuisticamente, de acordo com os princípios e regras de contratação pública comunitários e portugueses. O marco legal ocorre com a edição do Dec.-Lei n° 86/2003, posteriormente sucedido pelo Dec.-Lei n° 144/2006. Estas normas devem conviver com as regras gerais previstas no Código de Contratos Públicos (CCP), recentemente aprovado pelo Dec.-Lei n° 18/2008.

Em termos de percentagem do PIB, Portugal lidera a corrida das PPP, tendo recorrido a esta modalidade contratual mais do que qualquer outro membro da UE, a ponto de ter-se tornado, na prática, a regra para contratação com a Administração Pública<sup>25</sup>. Atualmente, abarca desde a infraestrutura pesada, como transportes e energia, até a de interesse social, como gestão de instituições de saúde.

#### 1.2.4.2 Configuração jurídica

A definição de PPP no direito português foi dada no art. 2º, item 1, do Dec.-Lei n° 86/2003:

Art. 2º

1 — Para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

Percebe-se que se trata de um conceito por demais abrangente. Na forma descrita, permite até que o parceiro privado seja um membro da Administração Pública indireta, como uma empresa pública ou sociedade de economia mista. Falta uma definição acerca dos critérios de prazo, objeto e modalidade. Apenas o valor é disciplinado, constando um limite mínimo de 25 milhões de euros de investimento implicado e 10 milhões de euros de encargo

---

<sup>25</sup> Segundo a comentarista económica portuguesa Luísa Pinto: “As PPP tornaram-se regra: o que não cabe no investimento público directo passa para a alçada da dívida dos privados, que ficam com a responsabilidade do financiamento e amortizam o investimento em prazos de maturidade prolongados - em Portugal, normalmente, 30 anos. Tal facto tornou as decisões de investimento público muito dependentes do mercado financeiro e da banca, que avaliza ou não estes contratos”. Disponível em: <[http://economia.publico.pt/Noticia/portugal-e-o-pais-da-ue-que-mais-recorreu-a-contratos-de-parcerias-publicoprivadas\\_1438575](http://economia.publico.pt/Noticia/portugal-e-o-pais-da-ue-que-mais-recorreu-a-contratos-de-parcerias-publicoprivadas_1438575)>. Acesso em: 8 mar. 2011.

acumulado, o que indica sua utilização somente para obras de grande porte, mas é pouco para indicar uma distinção conceitual com a concessão de serviço público tradicional.

Outros elementos, porém, podem ser agregados para fins de permitir uma melhor conceituação. Com efeito, uma PPP exige a formulação de contratos complexos, em que os riscos (primordialmente repassados ao particular nas concessões tradicionais) são aqui partilhados entre os parceiros, de acordo com a sua capacidade de geri-los. Ainda nesta linha, esses riscos devem sofrer uma significativa transferência para o setor privado, inclusive no tocante à insustentabilidade financeira e força maior. Deve-se, igualmente, evitar a criação de riscos que não se justifiquem pela redução de outros riscos já existentes<sup>26</sup>.

Considerando as vicissitudes, previsíveis ou não, típicas de um contrato de longo prazo, as PPPs comportam dois elementos que podem ser antagônicos. De um lado, a preservação do interesse público, presente na necessidade de manutenção do serviço sem dispêndio financeiro por parte do Estado. De outro lado, a tutela da confiança e dos interesses econômicos dos parceiros privados. Para Nazaré da Costa Cabral, este seria um fator de distinção das PPPs, pois, conquanto não ignore os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, o CCP daria enfoque ao primeiro ponto. Por sua vez, a legislação das PPPs reservaria preferência à manutenção de um relacionamento cooperativo entre as partes, ao estabelecer um regime diferenciado para renegociação<sup>27</sup>.

Doutro giro, a reforma trazida pelo Dec.-Lei n° 144/2006 permitiu a instituição da *partilha de benefícios*, desde que verificadas as seguintes condições: (a) ocorra um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o parceiro privado, e (b) os referidos acréscimos não tenham sido criados pela eficiência de gestão ou novas oportunidades criadas pelo mesmo parceiro privado. Esta partilha de benefícios pode concretizar-se pela alteração do prazo de parceria, aumento ou redução de obrigações pecuniárias, atribuição de compensação entre as partes, uma conjugação entre as hipóteses anteriores ou ainda outra a ser acordada entre os parceiros.

---

<sup>26</sup> Vide art. 7° do Decreto-Lei n° 86/2003.

<sup>27</sup> CABRAL, Nazaré da Costa. **As Parcerias Público-Privadas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 193-194.

### 1.2.4.3 Modalidades

Os autores lusitanos preferem defender que uma PPP não é um novo tipo de contrato, mas antes uma nova roupagem jurídica de figuras contratuais existentes<sup>28</sup>. Em que pese esta consideração, o próprio Decreto-Lei n° 86/2003 aponta, em quadro não taxativo, as modalidades contratuais que devem ser utilizadas para concretização de uma PPP:

Art. 2°

4 – Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados:

- a) O contrato de concessão de obras públicas;
- b) O contrato de concessão de serviço público;
- c) O contrato de fornecimento contínuo;
- d) O contrato de prestação de serviços;
- e) O contrato de gestão;
- f) O contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades, que não o parceiro público.

Uma particularidade do modelo lusitano, utilizada, sobretudo, na construção e manutenção de estradas, está nas concessões SCUT, isto é, sem custos para o utilizador. Nesta modalidade, adota-se, como forma de remuneração do parceiro privado, o sistema de pedágio-sombra (*shadow-toll*), em que não se cobra pedágio do usuário, sendo o concessionário remunerado pelo Poder Público, com base no número de veículos que cruzam a via. Esta lógica, embora ofereça ganhos políticos imediatos perante a população, desconsidera as limitações financeiras no longo prazo. Aliás, serve como exemplo da problemática das PPPs em solo lusitano, onde os impactos orçamentários não são avaliados de forma adequada e o governo com frequência exige ao contratante novas medidas não previstas originalmente no contrato. Esta situação ocasionou atrasos na entrega das obras, refletindo também no aumento do risco para os parceiros privados<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> CABRAL, *As Parcerias...*, 2009, p. 157.

<sup>29</sup> COUTINHO, *Parcerias...*, 2007, p. 75-76.

## 1.2.5 União Europeia

### 1.2.5.1 Histórico

Amálgama de diversos ordenamentos, em que convivem os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxão, a Comunidade Europeia busca disciplinar normas gerais e princípios que devem ser seguidos na formatação jurídica de contratos celebrados com a Administração Pública de seus países membros.

Com a expansão dos contratos de PPP, a Comissão Europeia lançou, em 2004, o *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, no qual descreve as práticas concernentes a estas modalidades contratuais e sua validade perante o direito comunitário.

Com efeito, conforme se pode verificar nos exemplos anteriores, inexistente um quadro jurídico específico das PPPs em nível europeu. Sendo assim, o *Livro Verde* propõe-se a apurar se o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e as normas de direito comunitário dele decorrentes constituem instrumentos adequados e suficientes face às questões surgidas pelo desenvolvimento destas formas de parceria, tanto no que tange à escolha do parceiro privado como da contratação em si.

Deveras, todo ato pelo qual um ente público confie a prestação de uma atividade a terceiro deve ser analisado de acordo com as regras e princípios do mencionado Tratado com relevância nesta matéria, dentre os quais podem ser citados: a igualdade; a proibição de discriminação em razão da nacionalidade; o respeito às liberdades comunitárias (de circulação de mercadorias, pessoas e prestação de serviços); transparência, publicidade e proporcionalidade; reconhecimento mútuo e proporcionalidade; respeito pelas regras de concorrência, na medida em que isso seja possível no funcionamento dos mercados públicos; e ainda o princípio da proteção jurisdicional efetiva.

### 1.2.5.2 Configuração jurídica

De acordo com as regras do direito comunitário, as PPPs designam uma forma de cooperação entre autoridades públicas e operadores econômicos, com vistas a financiar, construir, renovar ou explorar uma infraestrutura ou fornecer um serviço. Apontam como principais características desse modelo de contratação:

- a duração relativamente longa dos contratos;
- o modo de financiamento do projeto, com participação de capital privado, suscitando montagens jurídico-financeiras complexas;
- a repartição de tarefas entre o parceiro privado (para fins de concepção, operação e financiamento) e o ente público (a quem cabe definir os objetivos sociais almejados com o contrato);
- a partilha de riscos entre os contratantes.

Um procedimento foi agregado às licitações de contratos administrativos da UE: o *diálogo concorrencial*. Trata-se de um procedimento mais adequado à complexidade técnica e financeira das PPPs, ao prever uma ênfase na obtenção da proposta que melhor atinja uma dada necessidade coletiva. Para tanto, abandona-se a rigidez de escolha da proposta de menor gasto financeiro e busca-se uma resposta mais criativa e flexível, com base em diálogo estabelecido entre todos os candidatos selecionados<sup>30</sup>.

### 1.2.5.3 Modalidades

O *Livro Verde* permitiu a identificação da validade jurídica dos sistemas de PPPs na Comunidade Europeia, distinguindo suas formas de concretização. Assim, existem as PPPs de natureza puramente *contratual*, em que a parceria entre os setores público e privado ocorre por meio de uma relação convencional. Nesse sistema, convivem os modelos inspirados na fórmula britânica de *PFI* e o modelo de concessão pública. E existem os modelos de natureza

---

<sup>30</sup> Trata-se, também, da aplicação da fórmula *V/M* nas licitações de PPPs. Alguns países membros optaram por disciplinar o mecanismo do diálogo concorrencial também em suas legislações, como é o caso da França e de Portugal, que alterou o CCP para incluir esta exigência nas suas licitações.

*institucionalizada*, que implica a criação de uma entidade compartilhada entre os parceiros público e privado, como no caso de uma *JV*<sup>31</sup>.

## 1.2.6 África do Sul

### 1.2.6.1 Histórico

Com o término da política de *apartheid*<sup>32</sup>, a África do Sul deixou de ser um país considerado pária internacional e se tornou um polo atrativo de investimentos privados. A estabilidade política observada com a chegada de Nelson Mandela à presidência e a demanda por obras de infraestrutura ofereceram maior confiança institucional para formação de parcerias entre o governo central e particulares. Acrescente-se o crescimento econômico observado nas últimas décadas nos países africanos que conseguiram vencer os seus conflitos internos, o que lança a possibilidade de bons negócios em um continente até então considerado perdido.

O programa sul-africano de PPP foi lançado em meados dos anos 1990 e constitui exemplo de modelo sofisticado de financiamento e investimento no setor de infraestrutura econômica e social em países em fase de desenvolvimento. A primeira obra foi inaugurada em 1996. Orçada em 2,6 bilhões de randes sul-africanos<sup>33</sup>, a rodovia N4 foi projetada para ligar a África do Sul ao porto de Maputo, no Moçambique, em um complexo que incluía ainda a construção do próprio porto e uma ligação ferroviária, também licitados sob a forma de PPP.

Em um segundo momento, o programa buscou suprir a demanda de infraestrutura social, sobretudo em relação à construção e à operação de estabelecimentos de saúde, educacionais e de presídios, bem como em áreas estratégicas para a economia local, como a indústria turística, na qual se sobressaem projetos relativos à exploração de parques nacionais, inclusive o mais famoso deles, o Parque Kruger.

Todas estas operações são coordenadas por um órgão governamental, a *PPP Unit*, responsável por identificar oportunidades, planejar os projetos e prestar subsídios para

---

<sup>31</sup> CABRAL, *As Parcerias...*, 2009, p. 58-63.

<sup>32</sup> Regime de segregação racial adotado de 1948 a 1994 pelos sucessivos governos do Partido Nacional da África do Sul.

<sup>33</sup> Considerando a cotação de 1,00 dólar americano = 7,00 randes sul-africanos.

regulamentação das parcerias pelos Tesouros nacional e locais. Além disso, esta unidade deve oferecer assistência técnica para as demais instituições públicas ligadas a projetos de PPPs, por meio do desenvolvimento de guias de boas práticas, treinamento e publicidade. A par deste órgão, o Tesouro Nacional também edita regras concernentes à responsabilidade fiscal e à partilha de riscos entre os contratantes, com vistas à maior eficiência na performance dos serviços<sup>34</sup>.

#### 1.2.6.2 Configuração jurídica

Conforme previsto na legislação sul-africana, a PPP pode ser definida como o contrato celebrado entre o setor público, na pessoa de uma instituição pública, central ou local, e uma parte privada, no qual esta assume os riscos substanciais de ordem financeira, técnica e operacional, sendo responsável pelo projeto, financiamento, construção e operação do serviço.

Uma PPP pode ocorrer quando um agente privado assume uma função estatal, quando lhe é concedido o uso de um bem público em seu próprio interesse comercial, ou em uma conjugação destas duas hipóteses. Em qualquer desses cenários, a remuneração do empreendimento se processa nas seguintes formas: diretamente pelo Poder Público contratante, pela disponibilidade do serviço, pelo recolhimento de tarifas do público usuário, ou uma combinação destas duas hipóteses<sup>35</sup>.

#### 1.2.6.3 Modalidades

As PPPs sul-africanas são fortemente inspiradas no modelo britânico, o que se verifica nos tipos utilizados, em especial *DBOT*, *BOT* e *BOO*. Estas modalidades são utilizadas quando se observa que o pagamento ocorre parcial ou integralmente por força do Poder Público contratante. Nos contratos em que a remuneração é realizada por meio exclusivo da

---

<sup>34</sup> WORLD BANK. **Attracting Investors to African Public-Private Partnerships**: a Project Preparation Guide. Washington, DC: The World Bank, 2009. Disponível em: <[http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/publication/Attracting\\_Investors\\_to\\_African\\_PPP.pdf](http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/publication/Attracting_Investors_to_African_PPP.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2010. p. 14.

<sup>35</sup> Cf. em <http://www.ppp.gov.za/>.

cobrança de encargos ou tarifas do usuário, elege-se o padrão tradicional das concessões públicas, com possibilidade de prestação de subsídios pelo concedente<sup>36</sup>.

## 1.2.7 Chile

### 1.2.7.1 Histórico

O caso chileno é emblemático no América Latina. No continente, trata-se do país mais aberto à atração de agentes privados para prestação de serviços públicos, sendo pioneiro na implantação de reformas administrativas na linha do *new public management*, em processo iniciado ainda nos anos 1980. Setores vitais da infraestrutura social, como distribuição de água e saneamento básico, estão inteiramente nas mãos da iniciativa privada.

O programa chileno de PPP teve início em 1993, quando o Ministério de Obras Públicas incentivou o empresariado a construir, operar e manter obras e serviços ligados ao setor de transportes, que se mostrava defasado frente à dinâmica exportadora da economia. Rodovias, portos e aeroportos não comportavam o tráfego intenso de cargas e novos consumidores e constituíam um entrave à sustentabilidade do crescimento do país<sup>37</sup>.

Um amplo diálogo entre os setores produtivos e o Poder Público possibilitou a aprovação de um marco legal das concessões públicas, aprimorado em 1996. Por meio desta regulação, o programa definiu três linhas de ação em infraestrutura: integração social, integração internacional e ações voltadas ao desenvolvimento produtivo. Pelos resultados alcançados – somente em infraestrutura de transporte, foram mais de 2.000 km de rodovias construídos, com um investimento privado da ordem de US\$ 3,3 bilhões – o programa chileno

---

<sup>36</sup> Esses subsídios podem ser concedidos ao longo do contrato, por renegociação entre as partes, caso se observe que os custos de manutenção da estrutura oferecida excedem ao valor cobrado nas tarifas, notadamente quando esta elevação é decorrente de inovação tecnológica ou novos padrões regulamentares. BENDER, Paul; GIBSON, Stewart. **Case Study for the 10 Years of the Mbombela (Nelspruit) Water and Sanitation Concession South Africa**. Washington, DC: The World Bank, 2010. Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/documents/casestudies/Nelspruit%20Case%20Study%20Final%2029%20May%202010.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

<sup>37</sup> LOREZEN, Carlos Cruz; BARRIENTOS, María Elena; BABBAR, Suman. **Toll Roads Concessions: The Chilean Experience**. Washington, DC: The World Bank, [2003]. (Private Finance Group Discussion Paper Series, n. 124). Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/TollRoads\\_Concessions.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/TollRoads_Concessions.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2010.

é considerado um caso bem sucedido por analistas e por agências internacionais de fomento, como o Banco Mundial.

#### 1.2.7.2 Configuração jurídica

A construção acordada de um marco legal do segmento e, sobretudo, sua revisão tiveram por propósito oferecer segurança jurídica suficiente para atrair financiadores e operadores para as concessões de grande porte planejadas para atender à demanda de um país em desenvolvimento.

Num primeiro momento, as licitações consideravam uma série de fatores para definir a proposta vencedora: preço da tarifa, perspectiva do número de usuários, subsídios (quando necessários), pagamento ao Estado pelo uso de infraestrutura pré-existente ou por outros serviços, e o prazo da concessão. Seguindo esta modelagem, porém, as empresas competidoras tendiam a oferecer um valor abaixo do necessário para construir e operar a concessão, contando com uma posterior renegociação. Com isso, as tarifas acabavam por subir acima da capacidade dos usuários<sup>38</sup>, como foi o caso do túnel El Melón, evitado pelos motoristas, que preferiram utilizar uma rota alternativa que alongava a viagem em mais de 20 horas, para fugir dos altos custos do pedágio.

A revisão legislativa previu uma nova sistemática licitatória, estipulando um piso para o valor das tarifas, de acordo com o projeto em questão. Passou-se a exigir dos licitantes garantias financeiras de poder arcar com os custos da obra. O prazo contratual também foi flexibilizado, podendo ser estipulado no seu decorrer, ou seja, mais longo ou mais curto conforme a amortização do capital investido. A mudança também permitiu que o contrato se encerrasse antes do prazo acordado, por comum acordo ou pela falta de cumprimento de suas cláusulas. Acabou também com a obrigatoriedade que a obra revertsse automaticamente para o Poder Público, podendo, a partir desta lei, permanecer na propriedade do particular.

Considerando a insuficiência de fundos do sistema financeiro local para dinamizar empreendimentos de porte tão elevado, as mudanças nas regras também buscaram oferecer maior segurança institucional aos investidores, sobretudo estrangeiros. Assim, no caso de incapacidade operacional do concessionário, em hipóteses como falência, o financiador pode

---

<sup>38</sup> GUERRA, Evandro Martins. Parcerias Público Privadas. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, p. 7-21, 2007. p. 10.

assumir o encargo do empreendimento, inclusive indicando nova empresa para operar a concessão. Ademais, ampliou-se a capacidade de empréstimo das instituições nacionais e permitiu-se que fundos de pensão e companhias seguradoras participassem dos arranjos financeiros desses contratos. Acrescente-se ainda que, por meio da *prenda especial de concesión de obra pública*, o concessionário pode oferecer direitos emergentes decorrentes da concessão – como a perspectiva de pagamento do Poder Público ou dos usuários – para garantia de empréstimos.

A questão da partilha de riscos também foi melhor resolvida. Cabe ao concessionário a responsabilidade por todos os riscos decorrentes do projeto por ele desenvolvido e sua operação, o que inclui até mesmo casos de força maior, sendo obrigatória a contratação de seguro para suas atividades. Porém, a impossibilidade de realização da obra em decorrência da Administração – como desapropriações não realizadas ou estudos técnicos insuficientes (p. ex.: falhas geológicas do terreno não previstas na construção de estrada) – deve ser arcada pelo próprio parceiro público.

Esse conjunto de regras trouxe a tendência de elaboração de contratos o mais completos possível, eliminando as ambiguidades. Sucede, todavia, que as controvérsias continuam a ocorrer e o Poder Judiciário não se mostra o órgão mais eficiente para dirimir estas questões, em face da complexidade dos temas e da morosidade, sendo definido um modelo alternativo e obrigatório para composição de conflitos. Nesta linha, foi prevista a instalação de uma Comissão de Conciliação obrigatória, com a participação tripartite de um membro escolhido pelo parceiro privado, outro escolhido pelo Poder Público e um terceiro de comum acordo entre os dois. Na prática, considerando que o representante público tem pouco poder para transacionar, a Comissão funciona como uma autêntica Câmara de Arbitragem<sup>39</sup>.

### 1.2.7.3 Garantia de receita mínima

As PPPs encontraram campo fértil para desenvolvimento no Chile. Além da segurança institucional oferecida, ainda contaram com um público usuário habituado a pagar pelo uso direto de serviços públicos (as primeiras autoestradas chilenas construídas já previam o

---

<sup>39</sup> Tão certo que, se a Comissão de Conciliação não chegar a um acordo no prazo de 30 dias, os demandantes podem requerer que ela seja convertida em uma Câmara de Arbitragem, cuja decisão é proferida sem apelo posterior, inclusive ao Judiciário. Sobre a configuração jurídica das PPP chilenas, abordadas neste tópico, conferir: LOREZEN; BARRIENTOS; BABBAR, *Toll Roads...*, [2003], p. 4-12.

recolhimento de pedágios). No setor de transportes, um dos que mais se utilizou desse modelo em volume de recursos envolvidos, houve também o benefício da inexigibilidade de oferta de rotas alternativas gratuitas e da própria configuração geográfica do país, cujo mapa verticalizado é sinônimo de magreza, o que favorece a ocorrência de monopólios naturais no segmento.

Entretanto, os contratos de concessão necessitam do dispêndio de elevadas somas monetárias, que devem ser amortizadas ao longo do contrato. Após a entrega da obra, o concessionário não pode simplesmente fechar as portas, abandonar sua atividade e iniciar um novo negócio. As falhas na modelagem das primeiras parcerias aprovadas, que produziram concessões de baixa viabilidade, pelo alto custo das tarifas, forçaram o Estado chileno a adotar uma política de *subsídios* e *garantia de receita mínima*.

Os *subsídios* passaram a ser previstos já nas licitações, como forma de alavancar projetos cujo valor global não poderia ser amortizado exclusivamente pelas tarifas cobradas. Eles são revistos anualmente, para que se verifique o atendimento das expectativas de utilização do serviço concedido, aumentando ou diminuindo conforme a demanda. E podem até ser negativos. É dizer: caso a demanda supere o contingente projetado, pode ocorrer pagamento de adicional ao Poder concedente, como ocorreu na rodovia de acesso ao aeroporto internacional de Santiago, no exercício de 1998.

O mais importante instrumento para atrair investidores e promover a estruturação financeira de contratos de PPP, porém, é a *garantia de receita mínima*. Este mecanismo funciona de duas formas: (a) como garantia de número mínimo de usuários, ou (b) como renda mínima a ser atribuída na concessão. A segunda hipótese é preferível por oferecer maior estabilidade, o que é bem identificado em serviços cuja tarifa é cobrada de forma diferenciada para cada usuário, como no setor de transportes (pedágios variam conforme se trate de carro de passeio, ônibus ou caminhão). Assim, se a expectativa de lucro não é atingida nos termos projetados, cabe ao Poder concedente pagar a diferença do lucro não havido ao concessionário<sup>40</sup>.

Vale transcrever a conclusão de Carlos Cruz Lorenzen *et alli* sobre o tema.

Garantia de renda mínima foi um fator chave para promover segurança a investidores e financiadores. Quando se considera um empréstimo para construção de uma estrada pedagiada (com frequência, recursos financeiros limitados) ou a avaliação de um projeto desta modalidade, bancos e companhias avaliadoras de crédito observam as garantias de rendimento mínimo como cruciais na mitigação do risco. Eles enxergam as garantias

---

<sup>40</sup> GÓMEZ-LOBO, Andres; HINOJOSA, Sergio. **Broad Roads in a Thin Country**: Infrastructure Concessions in Chile. Washington, DC: The World Bank, 2000. (Policy Research Working Paper, 2279). p. 29.

mínimas como indicadores de disponibilidade de renda derivada de cada projeto e, por consequência, a capacidade de pagar daquele que toma o empréstimo<sup>41</sup> [traduziu-se].

#### 1.2.7.4 Modalidade

O Chile optou por adotar em seu programa de PPP o regime jurídico tradicional de concessões, segundo o qual as empresas privadas desenvolveriam e construiriam uma obra para num segundo momento operá-la por tempo suficiente para amortizar o investimento, sendo remunerada pela cobrança de tarifas ou subsídios oferecidos pelo Poder Público concedente e com garantia de receita mínima.

## CAPÍTULO 2 – AS PPPs NO DIREITO BRASILEIRO

Por força da tradicional influência exercida pelo regime jurídicos da França e de Portugal em nossos institutos de Direito Administrativo, as PPPs, em sentido estrito, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro como concessões públicas. No entanto, para as distinguiem dos contratos de concessão convencional, tida por *comum*, foram estipuladas duas novas espécies: a *patrocinada* e a *administrativa*.

O presente capítulo busca averiguar a natureza jurídica, o conceito e as características do regime tradicional de contratos de concessão em comparativo com o novel regime das PPPs, mostrando onde se encontrariam, de fato e de direito, as distinções entre estes dois modelos.

---

<sup>41</sup> Consta no original: “*Minimum revenue guarantees were a key factor in providing comfort to investors and financiers. When considering a loan for a toll road (usually limited recourse financing) or rating a toll-road project, banks and credit rating companies view the minimum revenue guarantee as crucial in mitigating risks. They look at the guaranteed minimum as an indicator of the cash flow to be generated by each project and therefore of the borrower’s ability to repay a given loan*” (LOREZEN; BARRIENTOS; BABBAR, **Toll Roads...**, [2003], p. 19).

## 2.1 O regime tradicional dos contratos de concessão

### 2.1.1 A posição do Supremo Tribunal Federal

A natureza jurídica das concessões é dos pontos mais controversos do Direito Administrativo. Nem mesmo na França, berço da concepção adotada no direito brasileiro, o tema repousa em consenso, pontuando-se as teorias de Duguit (*loi-convention*), Jèze (ato misto) e a adotada pelo Conselho de Estado (contrato sob forma *sui generis*, com algumas cláusulas alteráveis unilateralmente).

Neste sentido, merece destaque o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em acórdão do final do século XIX, no qual se percebe o alinhamento à concepção da Corte Administrativa francesa.

Na concessão de uma obra pública ou serviço público, como é um porto de mar, o Governo não transfere propriedade alguma ao concessionário; este obtém, apenas, o uso ou gozo da coisa durante o prazo da exploração concedida.

Os direitos de poder público, de que o concessionário é investido, como o de desapropriar ou arrecadar taxas do público, não os exerce *iure* próprio, mas como mero delegatário ou mandatário do poder concedente e nos precisos limites da delegação recebida.

Quaisquer que sejam os favores e direitos reconhecidos ao concessionário, todos eles são outorgados em vista do bem público; conseqüentemente, se entendem sempre regulados e fiscalizados pelo poder concedente.

O concessionário, mesmo quando a concessão assenta em um verdadeiro contrato, nada pode pretender que não se ache expressamente concedido nas cláusulas do instrumento; nada pode obstar ao poder concedente, que não se ache aceito; tudo o que não for expressamente concedido se entende negado e subsistente no poder concedente; porque todo o direito do concessionário nasce da concessão e com a concessão, ao contrário do poder concedente, que se entende sempre na posse e gozo de toda faculdade sobre a qual não se tenha livremente coartado.

O poder concedente nada pode fazer que afete ou diminua os favores e direitos concedidos quanto à substância dos mesmos; mas, a não ser nos casos nomeadamente declarados no contrato, tudo pode ordenar quanto ao regulamento dos modos da execução da obra ou serviço, que é seu, e assim continua, assim como em relação à mais completa fiscalização do bem público.

Embora reduzida a contrato, uma concessão para a exploração de serviço público, propriamente dito, e na qual se delegam ao concessionário direitos desse poder público, isto é, o exercício de poder sobre uma parte da administração ou do domínio público, não pode ser somente regida pelos preceitos do direito civil ou privado; este direito seria incapaz de criar uma concessão da espécie e ditar-lhe seu objeto e fim. Toda concessão desta natureza é, antes de tudo, ato do direito administrativo e, como tal, explorada

pelo concessionário sempre sob as vistas imediatas do Governo concedente<sup>42</sup>.

No vetusto acórdão, os elementos conceituais são enunciados com clareza, ao dispor que, em uma concessão de serviço público, a Administração age de acordo com sua liberdade contratual, transferindo encargos e prerrogativas ao concessionário privado. No entanto, mantém a titularidade do serviço público concedido.

O decorrer da evolução jurisprudencial permitiu ao STF adotar a concepção do Conselho de Estado francês, isto é, definindo a natureza jurídica da concessão como forma de delegação sob caráter de *ato complexo* ou *contrato complexo*. É dizer: uma parte da concessão encontra-se no instrumento contratual propriamente dito, mais especificamente em suas cláusulas (seria a *parcela contratual*), enquanto outra parte advém diretamente das normas legais e regulamentares a respeito do modo de prestação do serviço (*parcela regulamentar*), *verbis*.

Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio-contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao cessionário, desde que a este assegure o equilíbrio econômico-financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (Constituição de 1946, art. 151 e parágrafo; Constituição de 1967, art. 160)<sup>43</sup>.

### 2.1.2 As posições da doutrina brasileira

O tema das concessões não recebeu tratamento uníssono da doutrina pátria. Nesta linha, convém transcrever as diversas classificações enumeradas por Mario Masagão, em obra de referência sobre o tema<sup>44</sup>: a) teorias unilaterais – a1) ato administrativo unilateral; e a2) dois atos unilaterais, um do concedente e outro do concessionário; b) teorias contratuais – b1) contrato de direito privado; b2) contrato de direito misto; e b3) contrato de direito público; e c) teoria mista, ao mesmo tempo ato administrativo e contrato de direito privado.

---

<sup>42</sup> Apelação n. 193, de 29/11/1896 (União X Companhia Docas de Santos).

<sup>43</sup> MS 17.957, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, in DJU, 23 ago. 1968 e RTJ, 46, p. 144, out. 1968.

<sup>44</sup> MASAGÃO, Mario. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

### 2.1.2.1 Teorias unilaterais

Os adeptos da teoria de que o ato administrativo se constitui por manifestação unilateral da vontade do poder concedente, ou pela formação de dois atos unilaterais de parte do concedente e do concessionário, fundamentam-se na concepção de que, dada sua posição de supremacia, a Administração Pública não poderia se submeter livremente a um contrato perante um particular, pois a coisa pública estaria fora do comércio<sup>45</sup>.

Este entendimento, de início, com forte adesão entre os administrativistas alemães, foi superado no século XX, quando a possibilidade de a Administração vincular sua vontade a um negócio jurídico contratual obteve reconhecimento doutrinário.

### 2.1.2.2 Teorias contratualistas

Nesta linha evolutiva, surgiram as três teorias contratualistas. Para Themistocles Brandão Cavalcanti, a natureza contratual das concessões públicas seria manifesta, porquanto sua existência e obrigatoriedade decorreriam de uma dupla manifestação de vontade, de concedente e concessionário, sendo indispensável o acordo de vontades<sup>46</sup>.

#### *a) concessão como contrato de direito privado*

para a primeira teoria contratualista, a concessão seria um contrato de direito privado, havendo uma igualdade de condições e de prestações mútuas entre as partes. É a posição de J. X. Carvalho de Mendonça, para quem o concessionário teria sobre o objeto da concessão uma propriedade resolúvel, e o Estado, que tudo pode modificar, alterar e interpretar, nos atos administrativos que pratica, ficaria, no entanto, uma vez celebrado o contrato de concessão, sujeito exclusivamente ao direito privado<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> A teoria da concessão como ato unilateral obteve forte adesão entre a doutrina alemã (Fritz Fleiner e Otto Mayer) e em parte da italiana (Raneletti, Santi Romano, Zanobini).

<sup>46</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2. p. 356.

<sup>47</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Concessão de Obras Públicas. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, p. 341-350, 1925.

*b) concessão como contrato de direito público*

a doutrina exposta no item anterior, todavia, desconsiderava a existência de cláusulas exorbitantes ao direito civil. Este é justamente o diferencial dos contratos administrativos, pois as partes reconhecem que se encontram em planos de desigualdade. Assim, estariam integralmente inseridos em regime não de direito privado, mas de direito público.

*c) concessão como contrato de direito misto*

esta teoria reconhece o caráter contratual da concessão, pelo alinhamento da vontade das partes. Todavia, pondera que existem cláusulas contratuais que são regidas unicamente pelo direito privado e que não podem ser modificados unilateralmente e, ao mesmo tempo, existem regras modificáveis pela Administração, sem a necessidade de anuência do particular concessionário, para atendimento do interesse público.

### 2.1.2.3 Teoria mista

Segundo este entendimento, a concessão apresentaria uma natureza jurídica ao mesmo tempo de contrato, pela junção de vontade entre as partes, e de ato administrativo, pela possibilidade de a Administração, na condição de poder concedente, alterar unilateralmente normas legais e regulamentares que interferem na concessão. A parte contratual, de direito privado, consistiria nas cláusulas econômicas, sobretudo nas que versam sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Ao passo que as cláusulas regulamentares seriam a parcela modificável por ato do concedente.

Esta é a posição adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

com a doutrina do ato complexo, na sua forma mais perfeita, isto é, que entende ser a concessão instituída por **ato-união**, mas regida por regulamento unilateral do concedente e completada por contrato patrimonial, se dissipam as dúvidas suscitadas pelas correntes unilaterais e convencionais, se conciliam as posições e se explicam perfeitamente todos os aspectos da concessão<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 2, ano 3, 1951.

### 2.1.3 A posição adotada pela Lei nº 8.987/1995

A disciplina normativa do instituto encontra-se majoritariamente na Lei Geral das Concessões e Permissões Públicas, com suporte da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993). A primeira norma abordada elenca os encargos do poder concedente e do concessionário. O concedente deve “*cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*”<sup>49</sup>, ao passo que o concessionário, semelhantemente, deve “*cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*”<sup>50</sup> e ainda “*prestar serviço adequado, na forma prevista nesta lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato*”<sup>51</sup>.

Sendo assim, os direitos e as obrigações previstos na legislação e nos regulamentos (“disposições regulamentares”, “normas do serviço” ou “normas técnicas”) referentes à prestação do serviço constituem parte integrante do contrato de concessão. No entanto, não são incorporados ao instrumento contratual propriamente dito e, por isso mesmo, não geram direito adquirido à imutabilidade do ato jurídico perfeito. Destarte, uma alteração de lei ou regulamento nesta parcela do contrato não importa em alteração unilateral no âmbito do próprio contrato de concessão e só deve envolver indenização ao concessionário se este provar a ocorrência de fato do príncipe<sup>52</sup>.

As cláusulas que devem constar do instrumento contratual são de natureza precipuamente econômica, que versam sobre o equilíbrio econômico-financeiro da avença, a ser preservado para manter o interesse do concessionário em prestar o serviço.<sup>53</sup> Não obstante, é possível prever cláusulas regulamentares também no contrato. Neste caso, na hipótese de alteração unilateral do contrato pela Administração, por razões de interesse público, faz-se necessário o pagamento de indenização ao particular<sup>54</sup>.

A análise dogmático-positiva permite perceber que o legislador acolheu o entendimento pacificado na jurisprudência do STF e sorveu também da fonte de parcela da doutrina nacional, compreendendo o contrato de concessão como ato/contrato complexo, com parte regulamentar e parte contratual propriamente dita.

---

<sup>49</sup> Art. 29, inciso VI, da Lei nº 8.987/1995.

<sup>50</sup> Art. 31, inciso IV, da Lei nº 8.987/1995.

<sup>51</sup> Art. 31, inciso I, da Lei nº 8.987/1995.

<sup>52</sup> Art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/1993.

<sup>53</sup> Art. 58, §2º, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>54</sup> Art. 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

#### 2.1.4 A posição seguida neste trabalho

Filiamo-nos à corrente que compreende a concessão como um contrato ou ato de natureza especial, complexo e submetido a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. Com efeito, as primeiras disciplinam a forma de prestação do serviço, ao passo que as segundas versam sobre as condições de remuneração. Enquanto aquelas são alteráveis unilateralmente pela Administração ou por lei, de acordo com o interesse público, estas devem manter o equilíbrio econômico-financeiro e só podem ser alteradas por acordo entre as partes.

Um conceito possível para esta linha de raciocínio é o seguinte:

a concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento<sup>55</sup>.

Compreendido o contrato do conceito pela natureza complexa, os principais elementos da concessão estão aí estampados<sup>56</sup>, à exceção da forma de pagamento, que pode receber incremento de subsídio, conforme previsto no art. 17 da Lei n° 8.987/1995<sup>57</sup>. A esses elementos, novas características, decorrentes da evolução do instituto, devem ser incorporadas.

#### 2.2 O regime instituído pela Lei n° 11.079/2004

A partir da edição da Lei n° 11.079/2004, o regime das concessões públicas, abordado no capítulo anterior, foi nomeado como de “concessão comum”, de acordo com a letra da lei,

---

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623.

<sup>56</sup> Contrato plurilateral pois envolve três partes, o poder concedente, a sociedade por ela representada e o particular concessionário, que não necessariamente sejam dotadas de posições jurídicas homogêneas. Organizacional e associativa, pois institui uma estrutura de bens, pessoas e direitos direcionados para desempenho de uma atividade comprometida com objetivos e fins em comum.

<sup>57</sup> O próprio Marçal Justen Filho ressalta esta possibilidade de que, “quando o serviço público objeto da delegação envolvesse elevados riscos ou apresentasse margem reduzida de lucratividade, o Poder Público poderia contribuir para a remuneração do particular. Essa é a concepção vigorante em todos os países de tradição similar à nossa, tendo sido confirmada na jurisprudência comunitária, francesa e na orientação geral da União Européia” (JUSTEN FILHO, **Curso...**, 2009, p. 626-627).

ou “tradicional”, pela doutrina. Essa foi a solução encontrada pelo legislador, para distingui-lo do regime adotado pelas Parcerias Público-Privadas.

Com efeito, rendendo homenagens à nossa tradição administrativa, os contratos de PPP ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro qualificados como concessões públicas. Todavia, com peculiaridades, que lhe dariam natureza especial, sobretudo em face da existência de contrapartida remuneratória pelo Poder Público, que pode ser parcial ou integral, no caso das concessões patrocinadas, ou somente integral, nas concessões administrativas.

### 2.2.1 Conceito amplo e conceito restrito de PPP no Direito brasileiro

A concepção mais ampla de PPP no Reino Unido e nos EUA justifica-se porquanto na realidade jurídica desses países, ainda que exista um conjunto de normas referentes à atividade administrativa, há uma tradição de se evitar a instituição de regimes jurídicos distintos para o Estado e para a sociedade, pois violaria o princípio do *Rule of Law*.

No Direito brasileiro, em que o regime de Direito Público se sobressai e os contratos administrativos se caracterizam pelas cláusulas exorbitantes ao direito comum, os ajustes entre o setor público e o setor privado, para a consecução de objetivos de interesse comum, como as concessões tradicionais, permissões, convênios, contratos de gestão, terceirização, franquias, termos de parceria firmados por OSCIPs, entre outras modalidades admissíveis no nosso ordenamento jurídico, recebem a alcunha de *parcerias na Administração Pública*.

A expressão Parceria Público-Privada é reservada a um sentido mais estrito, referente às concessões patrocinadas ou administrativas, conforme previsto na Lei nº 11.079/2004.

### 2.2.2 Conceito de PPP segundo a Lei nº 11.079/2004

A lei não se preocupou em apresentar definições precisas destas duas novas modalidades de delegação. Mesmo os pioneiros a tratar do tema, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, limitaram-se a repetir os elementos trazidos pela legislação:

pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida

ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público<sup>58</sup>.

De fato, a lei federal atribui às PPPs o *status* de contrato administrativo da espécie concessão pública<sup>59</sup>.

Ocorre que a formatação destas duas modalidades contratuais interfere na sua natureza jurídica, em que pese o *nomen iuris*<sup>60</sup>.

### 2.2.3 As concessões patrocinadas

Em relação à concessão patrocinada, trata-se efetivamente de uma delegação de serviço público, com a nota diferencial de que sua manutenção não apresente viabilidade econômico-financeira se for remunerada de forma exclusiva pela cobrança de tarifas do usuário. Até aí, nada de novo, haja vista que a concessão comum também prevê a possibilidade de estabelecer subsídios. Acontece que, no modelo tradicional, este subsídio é excepcional, com previsão em lei para cada concessão, não podendo ser criado no decorrer do contrato. No modelo patrocinado, o subsídio, melhor dizer, o pagamento de contrapartida do poder concedente, é obrigatório.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

<sup>59</sup> Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa 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.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

<sup>60</sup> O que leva José Cretella Neto a optar pela noção geral e classificar a natureza jurídica das PPPs como contrato de Direito Público (CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 35).

#### 2.2.4 As concessões administrativas

De outro giro, no que cinge à concessão administrativa<sup>61</sup>, nem sempre se pode falar em delegação de serviço público<sup>62</sup>. Tanto assim que a própria Lei n° 11.079/2004 fala em “prestação de serviço”. Em algumas situações, há delegação, como na exploração de presídios. Em outras hipóteses, como na gestão de repartição pública, inexistente esta delegação. O objeto assemelha-se aos contratos administrativos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 8.666/1993), funcionando como uma terceirização de serviços. Só que uma terceirização mais complexa, pois:

nesses projetos, o parceiro privado constrói a infraestrutura para o parceiro público e, em troca, recebe uma contra-prestação do Poder Público, podendo, inclusive, recuperar o seu investimento, ao menos parcialmente, com o direito de explorar os serviços pertinentes ao projeto, como restaurantes, lavanderias, estacionamentos e outras atividades<sup>63</sup> (*sic*).

#### 2.2.5 Características próprias das PPPs brasileiras

Podem ser enumeradas características próprias pontuais dos contratos de PPPs, que os diferem dos contratos de concessão comum, pois as parcerias não podem ter por objeto exclusivo o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos, ou

---

<sup>61</sup> A expressão escolhida é falha, pois toda concessão pública é, também, *administrativa*. Aliás, é por *concessão administrativa* que a doutrina portuguesa trata o instituto da concessão, como ato por cujo intermédio a Administração confere algo a alguém. Nesta forma genérica, englobaria as concessões de serviço público, de uso de bem público, dentre outras modalidades (GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviço Público: (uma Aplicação da Técnica Concessória)**. Coimbra: Almedina, 1999).

<sup>62</sup> Em sentido contrário, Schirato sustenta que, “nas concessões administrativas há um considerável *alargamento da concepção de serviço público*, uma vez que tal espécie de concessão poderá abarcar não somente serviços públicos econômicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, tanto quanto as concessões comuns e patrocinadas, como também outras atividades não incluídas no rol dos serviços públicos econômicos, tais como serviços públicos de caráter social e utilidades relativas aos serviços públicos como função pública” (SCHIRATO, Vitor Rhein. A Noção de Serviço Público nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 20, p. 209-218, 2005. p. 229). Decerto, serviços públicos não se resumem aos de natureza econômica, conforme previsto no art. 175 da CF/1988. Esta premissa, porém, não tem o condão de alargar o conceito a ponto de incluir serviços não definidos em lei como públicos e que tampouco se submetam a um regime jurídico de Direito Público.

<sup>63</sup> BONELLI, Cláudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. Contratos de Parceria Público-Privada: PPP no Brasil. *In*: CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Estudo sobre as parcerias público-privadas**. São Paulo: Thomson IOB, 2006. p. 96.

a execução de obra pública. A lei também prevê uma duração mais alongada do contrato, sendo de, no mínimo, 5 anos, e um valor global não inferior a 20 milhões de reais<sup>64</sup>.

Estes itens são relevantes para afastar a possibilidade de a Administração utilizar PPP como mecanismo substituto de contratos ordinários de contratação de pessoal, fornecimento de serviços ou execução de obra. O objetivo primordial é aproveitar tanto a capacidade de investimento de capital como a *expertise* de gestão da iniciativa privada.

#### 2.2.6 O regime de contrapartida e o compartilhamento de riscos

Em face da contrapartida obrigatória do Poder Público, a questão do compartilhamento de riscos assume uma nova perspectiva nesta modalidade de concessão. Principalmente nas concessões administrativas, em que o papel da subvenção estatal é sobrelevado, o modelo das PPPs supõe um agrupamento objetivamente compartilhado de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária<sup>65</sup>. A estruturação adequada deste compartilhamento de riscos é condição primária para o sucesso do empreendimento, haja vista que as PPPs funcionam como subsidiárias das concessões tradicionais, ou seja, devem ser previstas para hipóteses em que o serviço público seja necessário, mas que não se mostre lucrativo o suficiente para atrair o capital privado a assumir sozinho os riscos da operação. A equação destes riscos constitui a maior preocupação do parceiro privado e sua repartição objetiva mostra-se o principal desafio na modelagem das PPPs<sup>66</sup>.

Entretanto, a ideia de que nas concessões tradicionais inexistia repartição de riscos é criticada por Paulo Modesto, por entender que também nesta modalidade o Estado era responsável por parcela dos riscos, pelo dever de concepção do contrato e pela cobertura dos riscos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mesmo que os cofres públicos não

---

<sup>64</sup> Art. 2º, §4º da Lei nº 11.079/2004.

<sup>65</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e Desafios Regulatórios. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 201-227, 2005. p. 211.

<sup>66</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Repartição Objetiva de Riscos: Desafio de Modelagem nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 11-23, 2005.

fossem diretamente onerados<sup>67</sup>. Propõe, assim, o que ele denomina “conceito operacional” das PPPs em sentido estrito:

contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica asseguradas pelo Poder Público<sup>68</sup>.

### 2.2.7 O regime de garantias oferecidas ao parceiro privado

Por fim, o ponto que se mostra mais característico e verdadeiramente diferencial em relação às concessões comuns é a previsão de um sistema de garantias oferecidas pelo Poder concedente ao parceiro privado concessionário, como forma de oferecer segurança jurídica e financeira de que o Estado deve honrar com as contraprestações de sua responsabilidade.

Deveras, ressalvado este aparato garantidor, conceitualmente não se verificam diferenças substanciais entre as concessões comuns e as PPPs. Na concessão comum também há previsão de se instituir contraprestação pública, sob a alcinha de subsídio, que pode inclusive ser integral, o que assemelha a concessão comum da concessão administrativa, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/1995.

Outros pontos de distinção, como a inversão das ordens das fases durante a licitação, a previsão expressa de dirimir conflitos pelo modo amigável, e a assunção do controle da concessionária pelos seus financiadores (*step in rights*), foram incluídas nas concessões comuns pela Lei nº 11.196/2005, publicada pouco após a edição da Lei Geral das PPPs<sup>69</sup>. De todo modo, assim como prazo e valor contratuais, não são matérias de fundo que permitam traçar uma distinção conceitual entre os institutos.

---

<sup>67</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. **Revista Brasileira de Direito Público**: RBDP, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-53, 2005. p. 47.

<sup>68</sup> MODESTO, Reforma..., 2005, p. 48-49.

<sup>69</sup> A Lei nº 8.987/1995 não menciona expressamente as modalidades, mas emprega como cláusula essencial do contrato de concessão a indicação de modo amigável de solução de divergências contratuais, o que ocorre por mediação, conciliação ou arbitragem. A Lei Geral das PPPs, por sua vez, igualmente menciona o recurso a mecanismos privados de resolução de disputas, com inclusão expressa da arbitragem. Sobre a resolução de conflitos entre o Poder concedente e a concessionária por meio desta solução amigável, conferir LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

As garantias podem ser compreendidas em sentido amplo, como a confiança institucional de que os termos contratuais serão respeitados e a segurança jurídica de que as normas que o regem são válidas. Entrementes, estas garantias são gerais e devem ser prestadas em qualquer modalidade contratual firmado com a Administração. O ponto diferencial para com as concessões tradicionais encontra-se no sentido restrito das garantias, presentes no art. 8º da Lei nº 11.079/2004.

Somente estas garantias das contraprestações, conforme modelo não previsto em relação às concessões comuns, mesmo na ocorrência de subsídios, é que demarcam um real distintivo. Elas serão analisadas tanto em seus pormenores jurídicos, no tocante à natureza e à constitucionalidade, como naqueles de ordem econômica, em relação à conveniência de cada meio, na segunda parte do presente trabalho.

### 2.3 Comparativo entre as concessões comuns e as PPPs de acordo com os respectivos regimes jurídicos

A considerar que as PPP ingressam no ordenamento jurídico brasileiro de forma restrita, como nova modalidade de contrato de concessão, cumpre delinear as diferenças existentes entre a concessão comum e, de forma conjunta, as concessões patrocinadas e administrativas, de acordo com os principais elementos comparativos, conforme ilustra o Quadro a seguir.

<b>Elemento comparativo</b>	<b>Concessões comuns</b>	<b>PPPs</b>
<b>Objeto</b>	delegação de serviço público, precedida ou não de obra pública art. 2º, II e III (Lei nº 8.987/1995);	nas concessões patrocinadas (art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/2004). Nas concessões administrativas, pode não haver delegação, mas simples prestação de serviço (art. 2º, §2º da Lei nº 11.079/2004);
<b>Tratamento dos riscos</b>	concessionário executa o serviço por sua conta e risco (art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/1995). Ressalve-se a possibilidade de subsídio estatal, caso previsto em lei e no edital (art. 17, da Lei nº 8.987/1995). O risco decorrente de caso fortuito e força maior, que interfere na álea econômica, pode ser dividido, por força da teoria da imprevisão (art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993);	o risco do empreendimento é compartilhado entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (arts. 2º, §1º e 5º, III da Lei nº 11.079/2004);
<b>Remuneração</b>	remuneração do concessionário majoritariamente por tarifa, com previsão de fontes alternativas (arts. 9º, 11 e 18, VI da Lei nº 8.987/1995);	nas concessões patrocinadas, remuneração do concessionário por tarifa, com previsão de fontes alternativas, acrescida de contraprestação do Poder concedente, que não pode ultrapassar 70% do montante total, salvo com autorização legislativa específica (arts. 2º, §1º e 10, §3º, da Lei nº 11.079/2004). Nas concessões administrativas, a remuneração é integral por parte do Poder Público (art. 2º, §2º da Lei nº 11.079/2004). Em ambos os casos, o pagamento só pode iniciar-se após a efetiva disponibilidade do serviço (art. 7º da Lei nº 11.079/2004). O pagamento não é feito somente em dinheiro, mas também por ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; entre outros meios admitidos em lei. Além disso, o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6º da Lei nº 11.079/2004);
<b>Cláusulas exorbitantes</b>	existência de cláusulas exorbitantes do direito contratual comum (art. 58 da Lei nº 8.666/1993);	
<b>Regime tarifário</b>	estabelecido pelo custo de reposição e não pelo histórico; o concessionário pode apropriar-se do ganho de eficiência com possibilidade do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX da Lei nº 11.079/2004);	
<b>Direitos emergentes de concessão</b>	direitos emergentes de concessão podem ser oferecidos em garantia a financiadores (art. 28 da Lei nº 8.987/1995);	(art. 28 da Lei nº 8.987/1995);
<b>Subconcessão</b>	há a possibilidade de cessão parcial do contrato de concessão – subconcessão (art. 26, da Lei nº 8.987/1995);	
<b>Solução alternativa de conflitos</b>	solução amigável de conflitos (art. 23, XV, da Lei nº 8.987/1995); pelo emprego de mecanismos privados como a arbitragem (art. 11, III da Lei nº 11.079/2004);	

Continua...

...continuação

<b>Licitação</b>	licitação por concorrência, conforme:	
	art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/1995; ou leilão, nos casos de privatização (art. 27, I, da Lei nº 9.074/1995);	art. 10 da Lei nº 11.079/2004;
<b>Natureza jurídica do concessionário</b>	concessionário deve ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas, conforme: art. 2º, II e III (Lei nº 8.987/1995);	
<b>Prazo</b>	não se prevê limites de prazo <sup>70</sup> , mas é proibida a concessão por tempo indeterminado ou perpétua (art. 23, I da Lei nº 8.987/1995);	prazo de vigência estabelecido pelo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos, o que inclui eventual prorrogação (art. 5º, I da Lei nº 11.079/2004);
<b>Valor</b>	ausência de previsão legal para estabelecimento de valor contratual máximo ou mínimo, que deve ser correspondente ao montante dos investimentos. Pela natureza dos serviços concedidos, há indicativo que o numerário envolvido deva ser elevado, o que será exposto também no edital licitatório e no contrato;	valor do contrato não inferior a R\$ 20 milhões <sup>71</sup> (art. 2º, §4º, I da Lei nº 11.079/2004);
<b>Controle externo</b>	efetuado pelos Tribunais de Contas, Ministérios ou Secretarias correspondentes, Agências Reguladoras do setor e pela coletividade	
	arts. 29, I e 30 (Lei nº 8.987/1995);	art. 15 (Lei nº 11.079/2004);
<b>Penalidades</b>	há penalidades por descumprimento do contrato	
	(arts. 23, VIII e 29, II, da Lei nº 8.987/1995);	(arts. 5º, II e 29 da Lei nº 11.079/2004);
<b>Fases da licitação</b>	há inversão das ordens das fases de habilitação e julgamento, durante a licitação	
	(art. 18-A, da Lei nº 8.987/1995);	(art. 13, da Lei nº 11.079/2004);
<b>Assunção do controle</b>	há assunção do controle da concessionária pelos seus financiadores ( <i>step in rights</i> )	
	(art. 27, §2º da Lei nº 8.987/1995);	(art. 5º, §2º, I da Lei nº 11.079/2004);
<b>Garantias</b>		previsão de garantias pelo parceiro público de pagamento de sua contraprestação ao particular (art. 8º da Lei nº 11.079/2004).

**Quadro** – Comparação de elementos: Concessões Comuns x PPPs.

<sup>70</sup> Embora seja da essência dos contratos de concessão que eles tenham prazos alongados, para permitir a continuidade na prestação do serviço e a amortização adequada dos investimentos promovidos pelo concessionário. Com efeito, “*los actos de concesión de servicios públicos son siempre de larga duración* (50, 75, 99 años)” (JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 4. p. 231). Nesta linha, cotejando-se com o prazo máximo de um contrato de PPP, é curiosa a observação de Themístocles Brandão Cavalcanti, de que os contratos de concessão de curto prazo seriam aqueles inferiores a 50 anos e maiores de 30 anos (CAVALCANTI, **Tratado...**, 1964, p. 378).

<sup>71</sup> O objetivo, como já visto, é o de evitar que os contratos de PPP, sobretudo os de concessão administrativa, tenham seu uso desvirtuado pela Administração, pois, conforme Sundfeld aponta, “é previsível, porém, que o interesse de certos administradores e empresas gere uma luta pelo afrouxamento dos conceitos, por via de interpretação, de modo a usar-se a concessão administrativa nas mesmíssimas situações em que sempre se empregou o contrato administrativo de serviços da Lei de Licitações. Se a manobra vingar, teremos absurdos contratos de vigilância ou limpeza de prédio público, de consultoria econômica, de manutenção de equipamento etc., tudo por 10, 20 ou 30 anos, sem que investimento algum justifique essa longa duração” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26). Por outro lado, tendo em vista que a Lei nº 11.079/2010 versa sobre normas gerais de contratação de PPP, discute-se se este valor contratual mínimo não extravasaria este campo normativo e somente deveria ser aplicado aos contratos envolvendo a Administração federal. De fato, o elevado montante exigido para contratação inviabiliza esta modalidade contratual para a maioria dos municípios brasileiros. Uma solução seria a contratação por meio de consórcios municipais.

## 2.4 Especificidades das PPPs no Direito brasileiro

### 2.4.1 Semelhanças com o direito estrangeiro inspirador

Mantendo a tradição cultural sincrética brasileira também na teoria jurídica, as PPPs chegam ao nosso ordenamento jurídico como inspiração direta da *PFI* britânica, na forma de concessão, seguindo a tradição francesa e portuguesa, adaptando-se à realidade de uma sociedade em desenvolvimento, como o Chile e a África do Sul.

Um dos pontos chave da experiência estrangeira também adotada entre nós é o regime de partilha de riscos entre os parceiros, seguindo a lógica de que o risco deve ser assumido pela parte que melhor possa lidar com ele, isto é, com menos custos para o contrato.

Ainda nesta linha, quando o financiamento é tomado pelo particular, em geral o risco de insolvência é maior, porquanto esta parte não possui a mesma condição de pagamento da Fazenda Pública, que pode sempre recorrer diretamente à sociedade, pelo aumento de carga tributária. Neste raciocínio, o parceiro privado deve demonstrar máxima eficiência na gestão, que justifique o custo-benefício da parceria. De onde exsurge outra influência assimilada dos ordenamentos estrangeiros: a remuneração por incentivo à melhor performance e a partilha de benefícios apurados entre as partes.

Considerando que um dos objetivos comuns às PPPs de todos os países analisados foi a necessidade de alocar capital para investimentos em infraestrutura sem onerar o orçamento fiscal, é ponto comum também a previsão de limites máximos para endividamento fiscal com projetos de parceria, entre nós remetendo a limites da LRF.

Por fim, também nos ordenamentos estrangeiros se observa a preocupação em oferecer garantias jurídicas do negócio para o parceiro privado. Compartilhamos algumas garantias referentes às condições contratuais, como a obrigatoriedade do recurso à arbitragem, prevista em França, e também as de ordem econômica, a exemplo da garantia de receita mínima, prevista no modelo chileno.

#### 2.4.2 Diferenças em relação ao direito estrangeiro inspirador

Nem todos os princípios e regras das PPPs estrangeiras foram acolhidos no modelo brasileiro. Uma importante distinção encontra-se na própria concepção de contrato de parceria, de índole mais genérica no Reino Unido e nos EUA, pelas características do regime jurídico da *common law*, no qual não há uma diferença de posição jurídica entre as partes pública e privada e qualquer arranjo contratual pode ser admitido.

Deveras, trata-se de entendimento inconciliável com a tradição herdada da França e de Portugal, cujos regimes preveem que o contrato administrativo pressupõe uma posição de vantagem da Administração, com cláusulas exorbitantes do direito comum que também são observadas nas PPPs.

Em relação ao sistema licitatório, também não foi acolhido o procedimento do diálogo competitivo, previsto na Comunidade Europeia e em seus países membros. O máximo que a Lei das PPPs ousou aplicar foi a inversão da ordem de habilitação e julgamento e a possibilidade de que este adote outros critérios para escolha da melhor proposta, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei n° 8.987/1995. É dizer: nas PPPs é possível que o vencedor seja escolhido pela proposta que apresente menor valor de contraprestação a ser paga pela Administração (que pode até ser negativa) ou pela combinação do critério de melhor preço e técnica<sup>72</sup>. É de se reconhecer que este dispositivo é influenciado, ainda que timidamente, pelo *standard* do *VfM* britânico. Porém, sem a possibilidade de que este custo-benefício da proposta técnica possa ser discutido ao longo do processo licitatório, conforme o *diálogo competitivo* europeu requer.

Por outro lado, não se observa aqui a vedação presente na França, consoante entendimento do seu Conselho Constitucional, que impede o parceiro privado de atuar concomitantemente na concepção, construção e operação do equipamento público.

Importa, por fim, mais uma vez considerar que os ordenamentos estrangeiros também demonstram preocupação com a questão dos riscos inerentes a um contrato de longo prazo, com alocação de relevante soma de recursos e que envolve uma parte sujeita a demandas políticas de ocasião. Existe, assim, uma preocupação relativa às garantias oferecidas ao parceiro privado. No entanto, elas mostram-se incompletas, porquanto ora versam sobre questões genéricas (como proteção ao fato do príncipe, aplicação da teoria da imprevisão,

---

<sup>72</sup> Art. 12, incisos I e II, da Lei n° 11.079/2004.

obrigatoriedade da arbitragem), ora abordam questões relativas à rentabilidade do contrato, mas somente no que toca à prestação a ser paga pelos usuários (como a garantia de receita mínima).

Nenhum dos ordenamentos analisados – e que serviram de base para formação do projeto do qual derivou a Lei nº 11.079/2005 – contempla uma garantia que assegure o cumprimento da contraprestação devida pelo Poder Público, o que compõe uma peculiaridade do modelo brasileiro.

## CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS TEÓRICOS APLICADOS NA ANÁLISE DAS PPPs

### 3.1 As PPPs e o ambiente institucional brasileiro

#### 3.1.1 As instituições realmente importam

A vida em sociedade requer que os indivíduos se agrupem em organizações, que podem ser de ordem econômica (firmas, sindicatos, cooperativas), política (partidos políticos, parlamentos, conselhos sociais, órgãos reguladores), educacional (escolas, universidades, centros de treinamento), entre outras. Mas tanto indivíduos como organizações são jogadores que devem atuar sob um conjunto de regras. Para Douglass North, as instituições são essas regras do jogo, ou seja, a estrutura de normas que molda a forma como as pessoas se comportam e interagem<sup>73</sup>.

Estas regras podem ser formais (Constituição, leis ordinárias, atos administrativos, contratos, jurisprudência) ou informais (baseadas na tradição, na religião, nos costumes) e por meio delas é que se estabelece a base para as relações de produção, troca e distribuição. Williamson estabelece uma distinção entre *ambiente institucional*, que são estas regras do jogo e sua eficácia, e *arranjos institucionais*, os quais seriam observados no comportamento dos agentes econômicos com vistas a reduzir os custos de transação<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> “*Institutions are the rule of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction*” (NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York, NY: Cambridge University Press, 1990. p. 3).

<sup>74</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York, NY: Oxford University Press, 1996. p. 4.

O principal papel das instituições é reduzir as incertezas, ao estabelecer uma ordem estável (ainda que não necessariamente eficiente) para as relações sociais<sup>75</sup>. O Direito exerce influência sobre o ambiente institucional, pois são as leis, os regulamentos e a posição jurisprudencial que estabelecem normas de conduta para os agentes. Se estas normas não apresentam credibilidade, isto é, se falta segurança jurídica no cumprimento da obrigação assumida ou na aplicação de sanções adequadas por um eventual descumprimento, o ambiente institucional mostra-se fraco.

A fraqueza do ambiente institucional reflete nos contratos e, conseqüentemente, no desenvolvimento econômico. Na ordem inversa, uma sociedade que nutre a confiança em suas relações diminui os custos de transação e os comportamentos oportunistas dos agentes.

O reflexo econômico desta relação socialmente construída possui nítido amparo jurídico. Almiro do Couto e Silva ensina-nos que a segurança jurídica e a proteção da confiança que os administrados têm na ação do Estado constituem alicerces do Estado de Direito<sup>76</sup>. Segundo o mestre gaúcho, os dois princípios são:

[...] elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas<sup>77</sup>.

A responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico e a atos de natureza pré-negocial estão entre os elementos protegidos pela segurança jurídica, pois fundamentam uma legítima confiança a ser protegida<sup>78</sup>. O Estado de Direito é, por conclusão, alicerçado na manutenção da fortaleza do ambiente institucional.

---

<sup>75</sup> NORTH, *Institutions...*, 1990, p. 6.

<sup>76</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987. p. 46.

<sup>77</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção da Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n° 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 275-276, 2004.

<sup>78</sup> COUTO E SILVA, O Princípio da Segurança..., 2004, p. 277-278.

### 3.1.2 Os riscos das instituições brasileiras

O ambiente institucional brasileiro não favorece uma relação de confiança entre os agentes. Com efeito, as regras que regem os direitos de propriedade e o direito contratual não são sedimentadas na cultura nacional e se submetem a circunstâncias variáveis em curto espaço de tempo, que não permitem o estabelecimento da segurança no longo prazo.

Esta constatação é reforçada quando o contrato envolve a Administração como parte. Dentre os riscos de se negociar com o Estado brasileiro, Borges enumera: risco político, risco de construção e risco cambial, dentro dos riscos financeiros; risco comercial, pela percepção do mercado; e risco operacional, o que inclui o risco de fornecimento de insumos<sup>79</sup>.

A tradição de mau pagador do Estado brasileiro, revelado na fila interminável de precatórios judiciais não pagos por décadas, comprova que executar a Fazenda Pública é uma tarefa árdua. A par disso, as transições de governos, desejáveis em qualquer democracia, são invariavelmente acompanhadas de mudanças profundas na orientação política e gerencial. Assim, não é raro que os concessionários convivam com inadimplementos de prestações devidas pelo Estado, mora na tomada de decisões imprescindíveis para o início de empreendimentos (a exemplo das desapropriações), desequilíbrios econômico-financeiros, provocados por fato do príncipe ou situações alheias à vontade das partes, mas que não são recuperados a contento, a modificação das regras e, por fim, o encampamento.

Pode-se acrescentar o risco judiciário, provocado pela baixa capacidade das Cortes de responderem de forma célere e adequada a problemas complexos, que exigem uma leitura especializada. Problema agravado pela falta de coerência dos julgados, que se traduz na divergência de posicionamentos sobre casos idênticos no âmbito do mesmo Sodalício, por vezes até na mesma Câmara ou Turma, e também na frequência com que se processa a alteração de jurisprudência até mesmo nos Tribunais Superiores<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Parceria Público-Privada (PPP): Riscos e Mitigações em Operações Estruturadas de Investimentos de Infraestrutura. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 61/62, p. 31-76, 2005.

<sup>80</sup> O Conselho Nacional de Justiça promoveu, em 2010, uma pesquisa para identificar causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial de demandas repetitivas, bem como da morosidade do aparelho judiciário para lidar com estas ações. Os pesquisadores, ligados à PUC/RS, puderam constatar que o sistema não favorece a uniformidade de decisões; estimula o litígio e a utilização de recursos, pois não oferece incentivos à conciliação e tampouco pune a parte pelo uso de instrumentos protelatórios; possibilita o ingresso sem ônus no Judiciário, pela profusão dos Juizados Especiais e pela falta de aplicação de critérios na concessão da gratuidade da Justiça. Nas entrevistas, os juízes consultados comparam o Poder Judiciário a uma “loteria” (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**: Relatório Final. Porto Alegre: PUCRS, 2010).

Em relação às concessões públicas, a falha do ambiente institucional em oferecer segurança aos concessionários é evidenciada na falta de cumprimento de itens contratuais, como as cláusulas de reajuste. Um caso considerado arquetípico por observadores do Banco Mundial ocorreu no município de Limeira, Estado de São Paulo, onde a concessionária de saneamento teve o seu pedido de reajuste anual, previsto no contrato, negado pelo prefeito, sob o argumento de que os termos contratuais seriam injustos para a municipalidade. Algumas das críticas poderiam ser razoáveis, mas uma renegociação contínua em contratos de longa duração desfavorece alocação de recursos nestes investimentos. No caso em análise, o Poder Judiciário manteve a posição do Poder concedente, negando o reajuste pretendido. O arranjo institucional adotado pela concessionária Águas de Limeira foi suspender novos empreendimentos, dando continuidade somente àqueles que garantissem retorno imediato<sup>81</sup>.

### 3.1.3 O postulado da eficiência

A eficiência ingressa de forma explícita em nosso ordenamento pela aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998, no bojo do processo de reformulação do aparelho estatal conhecido por Reforma Administrativa. O termo foi escolhido como forma de promover a adoção de um modelo gerencial de Administração Pública (influência direta do *new public management*), com ênfase nos resultados, razão pela qual obteve o *status* de princípio reconhecido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal<sup>82</sup>.

A introdução da eficiência não passou incólume a críticas doutrinárias. Celso Antônio Bandeira de Mello já a qualificou como “mero adorno”, haja vista que nunca se admitiria uma Administração ineficiente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro apontou que sua aplicação não poderia se sobrepor à legalidade. A dificuldade justifica-se por se tratar de um conceito de natureza econômica transplantado para o mundo jurídico. A eficiência estrutura os meios pelos quais se obtém um determinado fim previamente escolhido. Cuida-se de um conceito econômico, de aplicação condicionada e variável.

---

<sup>81</sup> GUASCH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 61. E conclui o autor, na mesma página: “alguns analistas argumentam que o Direito brasileiro oferece rigorosa proteção para as concessionárias, por força da regra da manutenção econômico-financeira dos contratos. Em princípio, esta posição pode ser verdadeira, mas, na realidade, a interpretação do conceito deixa a disputa tão aberta que leva mais tempo para resolver as pendências judiciais do que a maioria das empresas privadas pode lidar”.

<sup>82</sup> MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 137-138.

Sua formulação parte do pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados. Considerando esta escassez, a eficiência se apresenta quando se produz mais bens com a mesma quantidade de insumos ou produz o mesmo número de bens com menos insumos.

A eficiência é sempre condicionada, pois só pode ser conferida mediante escala comparativa. Não se fala que um medicamento é eficiente por si só. Se eficiência houver nesta hipótese, é porque em relação a outra droga, ele recupera mais rápido o paciente utilizando o mesmo princípio ativo ou oferece cura no mesmo tempo mas com custo reduzido. É também variável<sup>83</sup>, pois o progresso tecnológico influencia sua formação. Há alguns anos, a forma mais eficiente de se escrever uma carta seria pelo bico de pena, depois pela caneta esferográfica, substituída pela máquina de escrever, já aposentada pelo computador.

Por estruturar os meios e não delimitar os fins, a eficiência se afasta do conceito de princípio, para se enquadrar como postulado normativo aplicativo<sup>84</sup>. De fato, dirige-se ao formulador, ao intérprete e ao aplicador do Direito, orientando-os em suas tarefas, ao apontar qual o meio mais eficaz para atingir um determinado fim, sem entrar em colisão com outras regras e princípios.

No que cinge às PPPs, que igualmente ingressaram em nosso ordenamento no contexto de novas fórmulas do Direito Administrativo, cabe aos parceiros estipular arranjos contratuais que favoreçam a eficiência destes acordos. E ao Judiciário cabe aplicar o Direito levando em conta a satisfação deste postulado quando confrontado com demandas relativas à validade as cláusulas destas parcerias, assegurando confiança ao ambiente institucional.

---

<sup>83</sup> A Mensagem Presidencial n° 886/1995 compreendia o processo de Reforma do Estado como fruto da necessidade “contínua superação de metas desempenhadas”.

<sup>84</sup> No sentido atribuído por Humberto Ávila de que “os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”. Ou seja, seriam autênticas “normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122).

### 3.2 A interpretação das cláusulas contratuais das PPPs

#### 3.2.1 A questão do método interpretativo das cláusulas de PPP

##### 3.2.1.1 Interpretação objetiva

Sendo o direito a positivação de normas dotadas de sentido, cabe ao método interpretativo captar de forma objetiva esse sentido, indicando o que a norma jurídica quer dizer, e não aquilo que deveria ser. A norma deve ser, portanto, inteligível por si, o que afasta a aplicação de fatores subjetivos que revelam uma opção arbitrária na criação e na exegese do direito.

Por outro lado, estes fatores objetivos se encontram em contínua adaptação, em face da mutação social, o que fundamenta o argumento da integração, pela doutrina e pela jurisprudência, que devem considerar os fins das normas e sua composição no sistema jurídico.

##### 3.2.1.2 Método interpretativo sistemático-teleológico

A integração da norma jurídica ocorre pelo método do pensamento sistemático, compreendido a partir das ideias de adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica, depende de uma noção axiológica e, portanto, teleológica.

Rudolf Von Jhering formulou com precisão que “a função do direito, em geral, é a de realizar-se”, pois “o que não é realizável nunca pode ser direito”<sup>85</sup>. Apesar de escrita no século XIX, a lição mostra-se atualíssima e acompanha o contexto metodológico contemporâneo, no qual se abandona a estrita interpretação da lei e busca-se a integração pela realização do direito. O que, para Alfredo Castanheira Neves, significa:

---

<sup>85</sup> JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano**: nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento. Trad. Rafael Bemaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 44.

[...] que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstractamente ou em si, que haveremos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela – , antes é pela problemática autónoma e específica da realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei<sup>86</sup>.

Em outras palavras, a interpretação objetiva depende da unidade da ordem jurídica trazida pelo pensamento sistemático e da análise dos fins da norma, conferida pelo método teleológico.

### 3.2.1.3 Argumentação consequencialista

Uma vez aclamada a metodologia sistemático-teleológica, o raciocínio consequencialista ganha importância decisiva na interpretação. Com efeito, sobretudo na fundamentação racional e imparcial de decisões judiciais, quando as cortes declaram o direito no caso concreto, também indicam que este mesmo direito, *ceteris paribus*, está disponível para outras partes<sup>87</sup>.

Decerto, a regra da relatividade processual veda que uma decisão tenha eficácia contra terceiros alheios à demanda. Porém, sinalizam uma posição da interpretação autêntica e não somente para as partes. Neil MacCormick reconhece este efeito, ao dispor que “as pessoas devem agir de acordo com o Direito e, quando elas agem de acordo com o Direito tal como os tribunais o interpretam, fica ao menos vedado aos juízes dizer que eles gostariam que isso não tivesse acontecido<sup>88</sup>”.

No que toca à interpretação dos dispositivos legais concernentes aos contratos de PPP, cabe ao intérprete considerar o ambiente institucional em que esta nova modalidade veio a ser implantada. Ao examinar as regras que disciplinam esta modalidade contratual e que a distinguem da concessão tradicional, como no oferecimento de garantias econômico-financeiras para as contraprestações estatais, é necessário buscar uma interpretação que possa realizar o Direito, ou seja, tornar viável a contratação por esta via. Deve-se, assim, evitar interpretações que tragam por consequência a inviabilidade material de firmar parcerias.

<sup>86</sup> CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. v. 1. p. 11.

<sup>87</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 142.

<sup>88</sup> MACCORMICK, **Retórica...**, 2008, p. 149.

Para fundamentar a interpretação desta norma, de inegável aspiração econômica, deve-se, por conseguinte, também utilizar premissas da economia, para demonstrar a coerência da posição adotada, e firmar teorias cujas hipóteses possam ser testadas empiricamente. Estes fundamentos devem ser alicerçados pela teoria econômica dos contratos, segmento da análise econômica do Direito, cujos conceitos e principais escolas serão verificados no tópico seguinte.

### 3.2.2 Análise pela teoria econômica dos contratos

#### 3.2.2.1 A visão clássica do contrato

O estudo teórico dos contratos, fora da ótica jurídica, é tema de preocupação recente da ciência econômica. Durante séculos o contrato foi examinado à luz de sua disciplina normativa, como manifestação da autonomia da vontade das partes contratantes, que livremente firmavam um acordo para congregar mútuos interesses, com força obrigatória. Caberia ao ordenamento jurídico oferecer proteção para obrigar o contratante a cumprir o estipulado (*pacta sunt servanda*) ou a indenizar em perdas e danos pelo descumprimento. Esta é a visão clássica do fenômeno contratual, sob a ótica civilista predominante.

#### 3.2.2.2 A contribuição da corrente de Direito & Economia

Contudo, a partir de trabalhos publicados dos anos 1970 em diante<sup>89</sup>, economistas e demais pesquisadores da dinâmica das organizações passaram a enxergar “as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos

---

<sup>89</sup> Sobre o tema, conferir o estudo analítico sobre a evolução da abordagem econômica dos contratos na obra “Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?”, sob organização de Bruno Meyerhof Salama, com oportuna tradução de texto específico do prof. da Universidade de Chicago, Eric Posner.

lastreados em contratos”<sup>90</sup>. Ou seja, de forma realista, incorporou-se ao conceito de firma a noção de feixe de contratos, cuja governança é limitada pelas circunstâncias de seu ambiente institucional e pelos objetivos estratégicos traçados pelos agentes, para maximizar sua utilidade.

A seu turno, a teoria jurídica dos contratos também sofreu relevantes mudanças, que desnaturaram o seu conceito original. A autonomia da vontade das partes foi relativizada, face aos novos fenômenos negociais, como os contratos de adesão e os contratos obrigatórios, como o de seguro automotivo. Na mesma linha, os contratos firmados entre particulares e a Administração mereceram uma nova roupagem, em razão das crescentes prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública. Enfim, questões de ordem pública, motivadas notadamente pela mudança ideológica do Estado, que passou de uma perspectiva liberal para uma conduta mais intervencionista, alteraram os fundamentos jurídicos do contrato. No entanto, do mesmo modo que no passado recente economistas faziam vistas grossas ao fenômeno contratual, no presente a maior parte dos juristas ainda enxerga com desconfiança a análise econômica a ele aplicada, ainda que estes mesmos reconheçam, mesmo de soslaio, seu relevo pragmático<sup>91</sup>.

O movimento de Direito e Economia constitui um corpo teórico que procura examinar as normas e instituições jurídicas sob o enfoque das teorias e métodos econômicos. Em que pese se tratar de um campo florescente para o estudo acadêmico, as diferenças de metodologias entre estas duas ciências ainda provocam divergências. Enquanto o Direito se preocupa principalmente com a distribuição de justiça, sob aspecto legalista, a Economia procura demonstrar a eficiência, enfocando o custo envolvido.

Não se pretende, aqui, ignorar estas divergências, mas, isto sim, estabelecer o diálogo possível. Analisar as instituições jurídicas sob uma perspectiva econômica não importa em estabelecer respostas para todas as questões da sociedade, tampouco, exclusivamente, apreciar a eficiência das normas. O fato é que esta disciplina permite compreender a ordem jurídica como um feixe institucional de incentivos, que trabalha com o padrão comportamental de que os agentes tendem a maximizar seus próprios interesses, sejam eles quais forem, inclusive subvertendo as normas.

---

<sup>90</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136. p. 103.

<sup>91</sup> “Em tese, a vontade contratual somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. p. 375).

### 3.2.2.3 Suporte econômico e interpretação sistemático-teleológica

Deveras, malgrado as reconhecidas e já abordadas divergências metodológicas entre as análises jurídicas e econômicas, é certo que as convergências são fortes. No fundo, cuida-se de visões complementares do mesmo instituto. Ambas as ciências tratam o contrato como um negócio vinculativo, fruto da autonomia da vontade (ainda que relativa), necessário para que os indivíduos possam firmar compromissos com segurança, evitando riscos de uma eventual ruptura. Nesta linha, é importante que o investigador, na lição preciosa do mestre português Fernando Araújo:

admita nas suas ponderações mesmo aquelas acções e convicções que, não sendo sindicáveis por árbitros nem verificáveis judicialmente, nem por isso deixam de ter um peso efetivo na motivação e no desempenho das partes e no sucesso da relação, manifestando-se como elementos cruciais num mecanismo, num 'jogo', que, articulando os interesses contrapostos de dois ou mais indivíduos, envolve uma ou mais situações em que os interesses de uma parte ficam expostos à diligência ou falta de diligência, de uma contraparte (o paradigma das 'relações de agência'), em termos que podem deliberadamente, *estrategicamente*, explorar as insuficiências da tutela jurídica – a qual, privilegiando a ideia do contrato como fonte de obrigações judicialmente exigíveis, uma fonte protegida pela reacção coerciva ao incumprimento dessas obrigações pode apresentar-se às partes como um balizamento formalista não tanto restritivo como facilmente contornável, um ponto de apoio para as suas investidas estratégicas<sup>92</sup>.

De fato, a essência do contrato é sempre a de uma promessa efetuada entre as partes, para o cumprimento de uma obrigação. Enquanto o jurista tende a observá-lo quase que exclusivamente sob o ponto de vista legal, segundo as normas que o regulam, o enfoque do economista é sobre a eficiência do arranjo. Mas, no fundo, o fenômeno é o mesmo e as visões se complementam. A ciência econômica cresce em precisão quando sua análise conhece o ambiente legal e institucional que regulamenta os contratos e o Direito pode organizar de forma mais adequada os negócios jurídicos firmados, tanto na propositura como na interpretação, judicial ou extrajudicial, se passar a adotar as premissas econômicas como mecanismo de aferir as consequências e o comportamento dos agentes.

A noção sistemática do direito, compreendida a partir das ideias de adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica, depende de uma noção axiológica e, portanto,

---

<sup>92</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica dos Contratos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14-15.

teleológica. E o instrumental econômico mostra-se bastante útil para averiguar, tanto de forma descritiva como prescritiva, se a norma atingiu o seu escopo<sup>93</sup>.

### 3.2.3 As teorias econômicas do contrato

Reconhecida a importância de se apreciarem os contratos segundo uma análise de metodologia econômica, cumpre distinguir as principais teorias, abrindo mão de focar seus pormenores, para enfatizar seus pontos-chave. Temos, assim, seis teorias principais: a neoclássica, a teoria da agência, a Nova Economia Institucional, a teoria da Análise Econômica do Direito, a teoria normativa e a teoria dos custos de transação.

#### 3.2.3.1 A teoria neoclássica

O fundamento da teoria neoclássica é o paradigma de Arrow-Debreu, segundo o qual o contrato surge por meio de um agente facilitador, que atua como um leiloeiro da vontade das partes. Por este entendimento, o ambiente que rege os contratos é de equilíbrio geral, onde as partes possuem todas as informações necessárias para negociar a custo zero. Esse deslocamento da realidade é a grande falha da teoria.

Isto porque, somente por hipótese pode-se estabelecer um sistema de tratativas onde os agentes têm total acesso às informações sobre o objeto do contrato. Pelo contrário, o natural é a existência de uma assimetria de informações. A considerar que as partes tendem a maximizar seu próprio interesse, é possível prever que esta assimetria informacional, se não for devidamente salvaguardada pelo governo do contrato, pode ser utilizada de modo desvirtuado, em uma situação de risco moral (*moral hazard*).

---

<sup>93</sup> Conforme conclui Claus-Wilhelm Canaris: “a hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 74). O mesmo autor ressalta que a preocupação com a finalidade da norma não teria, *a priori*, um conteúdo de justiça, “mas apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas consequências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores” (CANARIS, **Pensamento...**, 1996, p. 75).

### 3.2.3.2 A teoria das agências

A teoria das agências leva em conta estas duas variáveis, que devem ser assimiladas para o desenho de um contrato ótimo, que leve os agentes envolvidos a alocarem recursos e cumprirem o acordado de forma eficiente. Em uma boa síntese, a teoria da agência atribui relevância à assimetria de informações, ao risco moral e aos custos de agência (custos de supervisão e consolidação de confiança), o que justifica que as motivações básicas do contrato sejam a transferência de riscos e o alinhamento de incentivos.

### 3.2.3.3 A teoria da Nova Economia Institucional

Contrariando a teoria das agências, que entende que o desenho do contrato deve ser elaborado *ex ante*, atribuindo pouca importância ao trabalho das cortes, a Nova Economia Institucional dá importância aos custos pós-contratuais. Compreende, assim, que os mecanismos de solução de disputa (*enforcement*) são relevantes e influenciam no custo de transação. Nessa linha, a formulação das regras contratuais será objeto “das regras legais, da capacidade de coerção das cortes de justiça e do surgimento de mecanismos privados de salvaguardas para os agentes envolvidos com os contratos<sup>94</sup>”.

A Nova Economia Institucional reconhece o papel das organizações e do ambiente legal (*institutions matters*), e, a par disso, consegue desenvolver com maior precisão alguns pressupostos comportamentais dos agentes. O primeiro ponto, muito caro à ciência econômica, diz respeito à racionalidade. A economia neoclássica advoga que uma pessoa, ao agir, busca maximizar racionalmente seus interesses. Sucede que a racionalidade humana é limitada, tanto pela assimetria de informações, como pela capacidade reduzida de processar todas as informações mesmo disponibilizadas. Além disso, fatores exógenos, de ordem emocional, interferem no processo de escolha e tomada de decisão.

Um segundo tópico versa sobre a conduta dos agentes no curso do cumprimento do contrato. Enquanto a teoria das agências para na análise do comportamento pré-contratual, a Nova Economia Institucional vai além ao prever que os agentes tendem a ser oportunistas

---

<sup>94</sup> ZYLBERSZTAJN; SZTAJN; AZEVEDO, Economia..., 2005, p. 108.

também durante a vigência do pactuado, procurando brechas, de forma maliciosa ou não, que maximizem sua utilidade. Daí a importância de estabelecer mecanismos posteriores de solução de desavenças, com eficiência na imposição de penalidades e na coerção ao cumprimento do contrato<sup>95</sup>.

Ambas teorias, de certo modo, contrapõem-se à visão civilista clássica de presunção da boa-fé dos aderentes e assim fazem em nome de um recurso mais prático e realista.

#### 3.2.3.4 A teoria da solução pelo Poder Judiciário

Estas três primeiras teorias possuem em comum a solução privada de conflitos, isto é, a composição pelas próprias partes, seja em momento anterior ou posterior à perfectibilização dos acordos. A teoria da Análise Econômica dos Direitos, por sua vez, atribui importância especial ao trabalho do Poder Judiciário, ao transferir para as cortes a interpretação dos contratos de sorte a mover uma cooperação mais eficiente entre os agentes, com custo de transação zero<sup>96</sup>.

#### 3.2.3.5 A teoria normativa

Uma quinta teoria, denominada normativa, compreende a ordem jurídica como tendo um papel facilitador das negociações, de modo a promover um maior equilíbrio contratual, o que implica: a) uma gestão de riscos entre as partes, para que sejam distribuídos nas mãos do *least-coast risk bearer*<sup>97</sup>; b) alinhamento de incentivos, quando a este alinhamento obste a assimetria de informações ou a amplitude das margens de oportunismo; e c) redução dos custos de transação, não apenas de busca, mas também de prevenção e combate ao

---

<sup>95</sup> Para cumprir estes objetivos, sobretudo para se prever e poder evitar esse comportamento oportunista, um importante instrumental teórico encontra-se na Teoria dos Jogos. Sobre a aplicação desta teoria a casos jurídicos, cf. BAIRD, Douglas C.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

<sup>96</sup> ZYLBERSZTAJN; SZTAJN; AZEVEDO, Economia..., 2005, p. 109.

<sup>97</sup> Regra de que o risco deve ser distribuído à parte que possa lidar com ele a um custo mais reduzido, o que foi adotado na concepção das PPPs brasileiras.

oportunismo e “*holdup*” contratual, fornecendo cláusulas mais eficientes, elementos de informação e redução dos custos de litigância.

Critica-se a teoria normativa por oferecer uma saída paternalista às querelas contratuais, quando é legítimo cogitar que as partes pudessem encontrar uma solução mais eficiente, de acordo com as particularidades do caso concreto, a qual a abstração legal não poderia alcançar. Ressalte-se, por outro lado, que essa via se mostra uma alternativa mais adequada a países de economia pouco desenvolvida e ambiente institucional tradicionalmente conturbado, ao assegurar maior certeza às partes por meio de um mecanismo de baixo custo, oferecendo credibilidade dos compromissos e evitando entraves ao desenvolvimento<sup>98</sup>.

### 3.2.3.6 A teoria dos Custos de transação

A última teoria a ser analisada neste tópico é a chamada teoria dos custos de transação, que sustenta que o contrato é suscetível de se transformar em um vínculo de colaboração estável entre as partes, uma espécie de ordenamento privado, em que se aliam: a) a rigidez que sustenta a confiança e habilita as partes a cumprirem o avençado; e b) flexibilidade, que abre oportunidades para moldarem o contrato às circunstâncias supervenientes, até renegociando. De acordo com este entendimento, que busca averiguar sempre os custos de transação – os quais, quanto menores forem, mais eficientes os contratos serão –, é importante salvaguardar os contratos de predação oportunista, seja unilateral ou bilateral, com sanções contratuais fortes<sup>99</sup>.

Todas as teorias supra analisadas, não obstante as divergências de enfoque e algumas contradições, são, no fundo, complementares e podem servir de subsídio para explicar, sob a ótica econômica, o fenômeno jurídico do contrato.

---

<sup>98</sup> ARAÚJO, **Teoria...**, 2007, p. 113-114.

<sup>99</sup> Sobre o tema dos custos de transação, conferir a coletânea de obras clássicas do pesquisador agraciado com o prêmio Nobel de Economia, Ronald Coase (**The Firm, The Market and The Law**. Chicago: University of Chicago, 1988.).

### 3.2.4 A questão dos riscos

#### 3.2.4.1 Conceito de risco

O risco é inerente a uma atividade econômica de mercado. Em uma relação de trocas de bens e serviços, sobretudo as que envolvem um longo prazo de duração, o empreendedor deve conviver com a sombra do risco de que eventos, previsíveis ou imprevisíveis, podem ocasionar perdas ou gerar ainda mais lucros para seu negócio. Esta é a noção econômica de risco, que no plano jurídico ainda absorve a questão da impossibilidade de se calcular e atribuir responsabilidade a alguém pelos prejuízos e danos causados.

Em outras palavras, o risco mede-se pela possibilidade de haver, em igualdade de condições e com o cumprimento de determinadas regras, tanto um ganho como uma perda<sup>100</sup>. Esta definição, tecnicamente mais precisa, contraria o senso comum, que iguala risco e incerteza. No entanto, conforme já observado anteriormente, são institutos distintos, porquanto a incerteza significa o desconhecimento do que pode acontecer e importa na ausência de parâmetros sobre a ocorrência ou não de um evento futuro; ao passo que o risco permite uma avaliação prévia, que pode ser medida por dados estatísticos e probabilísticos.

#### 3.2.4.2 Risco moral (*moral hazard*)

Releva que estes riscos não se encontram apenas em eventos da natureza, como uma seca ou uma geada, que destroem toda a plantação cuja safra futura já estava vendida, mas versa sobre o estado geral das coisas, das instituições e dos agentes envolvidos. Se o desenho institucional não for preciso o suficiente, há a possibilidade de ocorrência do já mencionado *risco moral*, situação na qual as partes tendem a atuar fora do acordado, mesmo assumindo a possibilidade de punição pelas sanções contratuais, se o descumprimento do acordado for a conduta que melhor lhes favoreça e se não houver punição adequada para esta conduta.

---

<sup>100</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 124.

### 3.2.4.3 Relação entre risco e duração dos contratos

A duração dos contratos e a continuidade das tratativas entre os mesmos agentes formam um ponto que incrementa a noção de risco. Com efeito, quanto maior for a duração contratual, mais provável que surja alguma condição que seja mais favorável para um dos agentes abandonar seu cumprimento. Mas o tempo também pode apresentar um lado benéfico. Em uma relação contratual baseada num só momento de negociação, a Teoria dos Jogos demonstra que os agentes tendem a considerar que a outra parte procurará sempre preservar seus próprios interesses e não necessariamente o melhor para todos os envolvidos, ainda que não lhes seja favorável<sup>101</sup>. Por sua vez, relações contínuas, em que as partes estão periodicamente transigindo, como é o caso das concessões públicas, em especial os contratos de PPP, exigem a formação de uma aliança de lealdade, que reduz o risco do descumprimento.

### 3.2.4.4 Alocação de riscos como função econômica dos contratos

Percebe-se que, embora inevitável, o risco é um fator indesejável para a segurança dos negócios. A estabilidade de regras e a previsibilidade de condutas geram um ambiente de confiança, que reduz os custos de transação e se mostra, portanto, mais favorável ao desenvolvimento de negócios. Daí a função proeminente dos contratos, a qual “permite alocar o risco à parte mais capaz de lidar com ele – ou porque exerce alguma influência sobre ele, ou porque assumiu um risco que oferece ganhos ou perdas compensatórias”<sup>102</sup>. Esta função é observada com bastante propriedade nos contratos firmados com a Administração Pública, nos quais esta tende a concentrar mais informações e, na outra face e também por consequência, detém maior capacidade de gerenciamento de riscos.

Considerando a inevitabilidade dos riscos, a função econômica do contrato é percebê-los e mensurá-los para então reduzi-los, por meio da alocação e da distribuição entre as partes. E este procedimento deve ser também observado na modelagem jurídica dos contratos, sendo

---

<sup>101</sup> O que pode provocar a conhecida *tragédia dos comuns*, armadilha social em que o uso desordenado e competitivo de um bem posto à disposição de todos acaba por inutilizar este mesmo bem.

<sup>102</sup> PINHEIRO; SADDI, **Direito...**, 2005, p. 125.

essencial nos contratos de PPPs, nos quais os riscos, por dever legal, devem ser compartilhados entre os contratantes.

Nesta parte inicial do trabalho, tratamos de apreciar conceitualmente as Parcerias Público-Privadas. Primeiramente, explorando a experiência estrangeira dos países cujos marcos legais serviram de inspiração para a legislação brasileira. Num segundo momento, verificando as particularidades desta nova forma de contrato administrativo, em cotejo com as concessões públicas tradicionais.

Em seguida, firmamos as bases teóricas da análise das PPPs, esclarecendo a opção interpretativa pela metodologia sistemático-teleológica, que deve receber seguro reforço da teoria econômica dos contratos, com base na análise econômica do Direito.

A segunda parte da dissertação é reservada para a investigação das garantias das contraprestações estatais nos contratos de PPPs, cláusula prevista de forma singular no modelo brasileiro desta forma contratual. Verifica-se a sua validade jurídica de forma abstrata, por meio de uma análise da constitucionalidade de cada uma das modalidades e, *a posteriori*, a conveniência de se adotarem os tipos de garantias considerados constitucionais.

## **PARTE II – ANÁLISE DAS GARANTIAS DE PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO ESTATAL OUTORGADAS AO PARCEIRO PRIVADO NAS PPPs**

Esta segunda parte do trabalho é dedicada especificamente à investigação do regime de garantias. De início, analisa-se sua natureza jurídica, em busca de um modelo unitário de garantia e sua aplicação em relação ao tema proposto; em seguida, o seu propósito, de acordo com a teoria econômica dos contratos, o que será essencial para averiguar os fundamentos teleológicos de sua aplicação, base da interpretação sistemática deste dispositivo.

Num segundo momento, pretende-se apreciar se essas garantias podem ser atribuídas por lei ordinária ou se somente por lei complementar. Por fim, em último e mais delongado lapso, busca-se analisar cada uma das hipóteses previstas em lei, averiguando a natureza jurídica e o conceito, bem como a sua compatibilidade com a CF/1988. Naquelas garantias cuja previsão é tida por constitucional, será apreciada a conveniência de sua adoção, considerando ambos os parceiros.

### **CAPÍTULO 1 – NATUREZA JURÍDICA DAS GARANTIAS**

#### **1.1 Conceito unitário de garantia**

O estudo de mecanismos de garantia apresenta tratamento parcimonioso no direito brasileiro, tanto no plano legislativo como na doutrina<sup>103</sup>. Mesmo o gênio de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda é sintético quanto ao tema, abordando tão somente o seu lado acessório. Segundo o mestre alagoano, “segurança ou garantia é o reforçamento de algum

---

<sup>103</sup> Contrariamente ao adotado em outros ordenamentos, como nos Códigos Civis italiano, português e no *BGB*, que possuem títulos ou capítulos especialmente dedicados à garantia, o que redundou num maior campo de estudo para dedicação da doutrina.

direito, ordinariamente de crédito”<sup>104</sup>. Fábio Konder Comparato amplia este conceito, ao conceber garantia como “a eliminação de um risco que pesa sobre o credor”<sup>105</sup>.

Em tese dedicada ao assunto, Adalberto de Souza Pasqualotto<sup>106</sup> propõe um conceito unitário de garantia, que compreenderia as garantias classicamente concebidas como direitos acessórios e as garantias autônomas, todas subordinadas à ideia de cobertura de um interesse exposto a um risco. A garantia parte, assim, de dois pressupostos. O primeiro, de *defesa de um interesse*, ou seja, aquilo que orienta a conduta humana e encontra proteção no Direito. O segundo, o *risco*, que é a possibilidade de que as escolhas não produzam os efeitos esperados. Nesse sentido, risco diferencia-se de incerteza, pois aquele, ao contrário desta, pode ser mensurado segundo critérios técnicos, como histórico do devedor, probabilidade e estatística de ocorrência do sinistro<sup>107</sup>.

Diante desses dois pressupostos, a garantia oferece uma resposta à preocupação de segurança jurídica e econômica do credor, como um meio que assegura o cumprimento de uma obrigação ou gozo de um direito. Seria, no dizer de Adalberto de Souza Pasqualotto, “toda providência adotada com o fim de prevenir uma situação incerta”<sup>108</sup> e se constitui em “uma expectativa substitutiva para o caso de fracasso ou frustração de uma expectativa originária”<sup>109</sup>.

O conteúdo desta garantia, em forma genérica, pode ser a prestação em dinheiro ou bem equivalente; a substituição ou reparação de uma prestação defeituosa; ou ainda a restituição do titular da garantia ao estado anterior.

Estas medidas são o reconhecimento jurídico de que os comportamentos, ainda que subordinados a um contrato, visam a fins determinados que podem ou não ocorrer. A vocação da garantia é a inércia, no sentido de que ela tem lugar para que o contrato seja cumprido de acordo com o avençado. Seus propósitos gerais, portanto, são o de assegurar o interesse do

<sup>104</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. v. 22. §274.

<sup>105</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537.

<sup>106</sup> PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Garantias no Direito das Obrigações: um Ensaio de Sistematização**. 2005. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. f. 7.

<sup>107</sup> É preciso sempre ter em mente a diferença entre os conceitos de incerteza individual e risco. A incerteza é um sentimento humano imensurável. O risco, ao contrário, é um dado social objetivo. A regularidade e intensidade de sua incidência, assim como seus efeitos e a consequência deste último, podem ser previamente conhecidos com alto grau de certeza. O atual estado da técnica securitária exige este conhecimento para evitar a dissociação entre o contrato individualmente considerado e a massa operacional na qual está compreendido e que lhe serve de suporte (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro: de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37).

<sup>108</sup> PASQUALOTTO, **Garantias...**, 2005, f. 2

<sup>109</sup> PASQUALOTTO, **Garantias...**, 2005, f. 17-18.

credor frente ao risco de inadimplemento e o de prevenir a ocorrência destes riscos, estimulando o cumprimento racional do contrato.

## 1.2 As garantias constantes dos contratos de PPP

A partir deste conceito unitário de garantia, de cobertura de um interesse em risco, é que se sistematizam as diversas modalidades de proteção. Nos contratos administrativos na forma de PPP, a previsão de garantias aparece em três ocasiões:

- a) garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, prestadas ao Poder Público pelo concessionário privado;
- b) garantias prestadas aos financiadores do empreendimento pelo concessionário privado; e
- c) garantias prestadas pelo Poder Público concedente, que, por sua vez, subdividem-se em:
  - c1) aquelas prestadas aos financiadores, como a possibilidade de assumir a concessão (*step in rights*), possibilidade de empenho das contraprestações estatais em seu nome e legitimidade para receber indenização por extinção antecipada do contrato e para recepcionar pagamentos dos fundos e das empresas estatais garantidores;
  - c2) aquelas prestadas aos parceiros privados, sendo:
    - c2.1) *gerais*, que versam sobre a manutenção institucional das condições celebradas no contrato, como a proteção quanto ao fato do príncipe ou a garantia de solução arbitral;
    - c2.2) *específicas*, que são as garantias econômico-financeiras em forma de subsídio, de receita mínima e de pagamento das contraprestações obrigatórias.

A prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos na contratação é cláusula obrigatória dos contratos. Os financiadores também devem receber garantias equivalentes ao risco envolvido, que podem

ser os direitos emergentes da concessão ou parcelas de seus créditos operacionais futuros<sup>110</sup>. Estas garantias estão também presentes nas concessões públicas comuns<sup>111</sup>.

### 1.3 As garantias econômico-financeiras outorgadas aos parceiros privados nas PPPs

Na experiência internacional, as garantias econômico-financeiras das PPPs cingem-se unicamente ao mecanismo de subsídio ou ao que assegura receita mínima nos contratos.

O subsídio é um suporte financeiro concedido pelo ente governamental como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro e assegurar a modicidade das tarifas, ou mesmo sua gratuidade. O objetivo é mais amplo e, em geral, é previsto antes da formação do contrato, tendo o desembolso obrigatório.

As garantias de receita mínima distinguem-se das demais, pois visam a proteger o numerário que deveria ser arrecadado dos usuários do serviço, preservando os ganhos do concessionário se a taxa de uso não atingir o equivalente ao planejado. O saldo é variável e pode não ser sequer utilizado, funcionando como uma carta na manga do investidor.

No momento de elaboração do projeto executivo, contabiliza-se o fluxo de usuários para se definir o valor das tarifas e da contrapartida estatal. É com base nesta expectativa que o parceiro privado define a sua proposta de construção da obra e operação do serviço. Se o público alvo não atinge a quantidade planejada, esta diferença a menor é paga pelo poder concedente, com base na cláusula de receita mínima garantida.

Este segundo instrumento, conforme analisado na primeira parte do trabalho, permitiu o sucesso do modelo de parcerias no Chile. De fato, trata-se de uma cláusula empregada preferencialmente em países de ambiente institucional que não transmitem a confiança necessária aos parceiros privados, sendo aplicada também na concessão de aeroportos na Colômbia e das autoestradas na República Dominicana. Dada a sua eficácia, porém, pode ser

---

<sup>110</sup> Em relação aos financiadores, José Virgílio Lopes Enei aponta que as garantias seriam um dos pilares de sustentação do próprio projeto financiado, o que demandaria não apenas uma, mas um verdadeiro “pacote de garantias” (*security package*). Cf. ENEL, José Virgílio Lopes. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos: (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e Outras Figuras Afins)**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 353-393.

<sup>111</sup> Vide arts. 18, XV; 23, parágrafo único, II; 28 e 28-A, da Lei n° 8.987/1995 e arts. 5°, VIII, e 11, I, da Lei n° 11.079/2005. A Lei Geral das Concessões ainda traz menção de garantia real como meio de pagamento de indenização por concessão finda sem que o investimento privado tenha sido todo amortizado, nos termos do seu art. 42, §5°.

aplicada em outros ordenamentos, sendo prevista, por exemplo, no contrato de operação do trem-bala italiano.

Interessa-nos, aqui, analisar a terceira modalidade de garantia específica prestada pelo Poder Público ao concessionário. Como a jabuticaba, que só floresce no Brasil, este mecanismo só é previsto, por ora, nas PPPs brasileiras. Trata-se das garantias de pagamento das contraprestações outorgadas ao parceiro privado pela Administração Pública concedente, não por acaso também denominadas de “blindagem” por Juarez Freitas<sup>112</sup>. Estão previstas tanto na Lei n° 11.079/2004 como nas demais legislações estaduais, distrital e municipais sobre a matéria. Na norma federal, constam de capítulo próprio, composto do dispositivo abaixo transcrito:

- Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
  - II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
  - III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
  - IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
  - V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
  - VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Cuida-se de um trunfo nas mãos do parceiro privado, pois reduz os riscos presentes no nosso ambiente institucional. Para o Poder Público, também é uma ferramenta útil, pois, na maioria das hipóteses, caso honre os termos contratuais, não será preciso ocorrer seu desembolso, e sua previsão contribui para o aumento da concorrência na prestação de serviços, ao atrair novos interessados que não acudiriam se não houvesse garantias suficientes. Acrescente-se a possibilidade de diminuição do sobrepeso, porquanto os licitantes tendem a quantificar concretamente na proposta o risco de tratar com um Estado mau pagador.

#### 1.4 Posição das garantias das contraprestações na contabilidade pública

Na contabilidade pública ou governamental, ramo da contabilidade que se dedica ao estudo da gestão do patrimônio do Estado, as garantias ora estudadas são escrituradas em um

---

<sup>112</sup> FREITAS, Parcerias..., 2005, p. 213.

setor à parte do sistema patrimonial. O numerário correspondente às garantias é destacado no demonstrativo de Contas de Compensação (art. 105, inciso VI, da Lei nº 4.320/1964), pois se trata de um valor destinado a cobrir uma obrigação firmada e que pode vir a afetar o patrimônio.

Sua posição no Balanço Patrimonial é afetada conforme seja resgatada ou não, incorporando-se, respectivamente, ao Passivo ou ao Ativo.

### 1.5 Natureza jurídica das garantias outorgadas aos parceiros privados nas PPPs

Na primeira parte do presente trabalho (item 2.1.3), foram apontadas as diferentes cláusulas constantes de uma concessão pública. De acordo com a lógica contratual daquela espécie contratual, o Estado pode dispor livremente sobre o modo de organização do serviço e sua fruição pelos usuários, inclusive modificando-o sempre que o interesse público assim o reclamar, ainda que guardem reflexo na equação econômico-financeira. Essas são as cláusulas regulamentares, que versam sobre a parte mutável do contrato de concessão, como a modificação de prazo e tarifa.

A outra parte é formada pelas cláusulas econômico-financeiras, que nas PPPs funcionam como a expressão econômica do valor a ser recebido pelo parceiro privado ao longo do contrato firmado, pela exploração direta do serviço ou, em conjunto ou exclusivamente, por meio de contraprestações do Poder Público contratante. Esse aspecto contratual é imutável.

As cláusulas que versam sobre as garantias econômico-financeiras referentes à contraprestação estatal correspondem a cláusulas regulamentares. Com efeito, por força do interesse público, o parceiro estatal pode alterar a garantia oferecida inicialmente, não renovar sua contratação (como num contrato de seguro-garantia que não contemple todo o decorrer da parceria) e, mesmo que não seja recomendável, pode até mesmo não oferecer nada em substituição<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> No que discordamos de Aloísio Zimmer Júnior (ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**, 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 292) e Ivan Barbosa Rigolin (RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às Leis das PPPs, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais**: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17), para quem as cláusulas de garantia e seu acionamento são obrigatórias nos contratos de PPP. No que pese sua relevância, são cláusulas regulamentares optativas, cabendo às partes arcar com as consequências de sua ausência.

O que deve ser juridicamente protegido é o efeito econômico-financeiro desta mudança. A ausência de garantia do pagamento da contraprestação pode interferir diretamente na programação financeira da empresa parceira e na tomada de crédito perante instituições financeiras. Ao provocar desequilíbrio da matemática financeira substancial concertada na formulação do contrato, cabe estabelecer nova igualdade, nos termos desta equação, por outros meios, como autorização para aumento de tarifas ou acréscimo na contraprestação.

## CAPÍTULO 2 – PROPÓSITOS DAS GARANTIAS

Neste capítulo são abordados os objetivos de se traçar uma política garantidora ao parceiro privado. Para tanto, consideramos a racionalidade no cumprimento (e descumprimento) dos contratos, a necessidade de previsão eficaz de incentivos para e a configuração da garantia das contraprestações como uma dupla-garantia, pois resolve um problema reflexo de risco entre os parceiros público e privado.

### 2.1 Racionalidade no cumprimento contratual

Sendo certa a presença do risco na formulação dos contratos, um desenho contratual eficiente deve considerar esta variável e apresentar incentivos para o cumprimento das suas cláusulas, ao lado de punições adequadas pelo descumprimento. Isto porque as pessoas primeiramente externalizam a promessa e, somente num segundo momento, envidam esforços para cumpri-la. E, no curso desse lapso, podem suceder variáveis que interfiram na opção racional dos agentes.

A visão jurídica tradicional sempre trabalhou com a questão do inadimplemento contratual. A noção majoritária, presente no art. 389 do Código Civil em vigor, compreende o descumprimento contratual como um ato ilícito, a gerar um dever de responsabilidade do inadimplente, tanto de ordem material como moral.

A análise econômica, porém, contribui com um novo ponto de vista sobre a questão. Substituindo a ideia de um justo contratual, o inadimplemento passa a ser encarado como uma relação de custo benefício em que se contabilizam todas as alternativas que levem a uma saída

mais eficiente da negociação, o que inclui tanto uma renegociação como um rompimento contratual, se esta opção se revelar a mais favorável à parte.

Sem embargo, a depender das sanções previstas e dos custos envolvidos, o inadimplemento contratual pode implicar uma alternativa mais vantajosa e, portanto, mais racional para as partes. Esta racionalidade, bem entendida, como a situação que melhor maximize a utilidade do agente. Nesta linha, são duas as situações possíveis de ser adotadas por um agente econômico racional:

- a) se o custo de cumprir o contrato é maior do que a sanção pelo inadimplemento, então a melhor solução será a ruptura dos termos contratuais; e
- b) se, por outro lado, cumprir o contrato for menos oneroso que a responsabilidade pelo descumprimento, manter o acordado será a solução mais racional.

Evidente que outros fatores também contribuem para a manutenção do contrato, ainda que não seja a saída economicamente mais racional no caso concreto. Um deles é a reputação, que representa uma sanção social e pode repercutir negativamente na imagem do agente para negociações futuras<sup>114</sup>. Porém, ao considerar o contrato como um instrumento eficiente de alocação de recursos por meio de trocas entre os agentes, a análise econômica valoriza a eficiência social destes acordos, o que reclama uma solução Pareto. É dizer: o ganho de um não pode prejudicar o outro (situação Pareto superior), ou, numa perspectiva mais realista, à Kaldor-Hicks, o acréscimo percebido por uma parte deve compensar um eventual prejuízo do outro envolvido<sup>115</sup>.

Destarte, se o devedor inadimplente ganhar com a inexecução e o credor não perder, ou se o ganho for proporcionalmente superior à perda, a solução mais eficiente é mesmo deixar de cumprir o contrato. Esta conclusão, favorável ao descumprimento eficiente, é o ponto mais delicado da teoria econômica dos contratos. De fato, não obstante estar sustentada por uma lógica econômica bem construída, que se opera até de modo intuitivo nas relações sociais, defender a eficiência no descumprimento das avenças representa não apenas uma agressão ao já relativizado princípio *pacta sunt servanda*, mas também um risco institucional,

---

<sup>114</sup> O que não deixa de configurar um efeito econômico, mesmo indireto.

<sup>115</sup> Na prática, sobretudo em contratos complexos e que envolvam uma multiplicidade de contratantes, é de difícil configuração uma situação Pareto, em que um dos envolvidos ganhe sem que nenhum dos demais perca. A solução, assim, é adotar a escala desenvolvida por Nicholas Kaldor e John Hicks, em evolução à do italiano Vilfredo Pareto, em que os ganhos de uma das partes devem superiores o suficiente para compensar as eventuais perdas de outrem.

manifestado pela quebra de confiança entre as partes, que diminui o valor dos contratos e dos negócios<sup>116</sup>.

## 2.2 Previsão de incentivos

De outro giro, a percepção comportamental serve para orientar uma melhor concepção dos instrumentos contratuais, instituindo estímulos adequados para o cumprimento do contrato, que repercutam num ambiente de colaboração, outorgando maior segurança às partes<sup>117</sup>. Deste modo, a solução é realizar contratos mais completos, com estímulos vantajosos o suficiente para que as partes colaborem e com sanções que provoquem coerção suficiente para que o descumprimento não seja favorável<sup>118</sup>.

As garantias das contraprestações representam um sistema de incentivos de mão dupla. Estimulam o Poder Público a cumprir com sua contraprestação, pois o gestor já fica ciente que a verba, se não utilizada para os fins previstos no contrato, será paga por outra via. Ao mesmo tempo, orientam o parceiro privado a apresentar melhores propostas, tendo em vista a desoneração do risco de inadimplemento.

Nesta linha de escolha racional, é preferível que a previsão de garantias das contraprestações ocorra concomitantemente à celebração do contrato (*ex ante*) e não em seu decorrer (*ex post*), pois, daquela forma, o parceiro pode internalizar a redução do risco na sua proposta, reduzindo os custos de transação no relacionamento como um todo, o que propicia maiores ganhos para as partes.

---

<sup>116</sup> O que fundamenta o entendimento que o Judiciário não deve levar em consideração, de maneira isolada, a eficiência das relações contratuais.

<sup>117</sup> Conforme preciso magistério do jurista luso Fernando Araújo: “um dos objectivos da disciplina contratual é inculcar em ambas as partes, ou ao menos numa delas, a parte *credora*, a confiança de que o devedor cumprirá – uma confiança que aumenta o valor do cumprimento para o próprio credor, incentivando-o a investir *por conta* do cumprimento, a fazer a sua parte da colaboração contratual de modo a incrementar os ganhos que advirão para ele, ou para ambas as partes, dessa colaboração. Sucede, no entanto, que essa ‘confiança’ é uma espécie de ‘aposta no crescimento’, visto que, ao mesmo tempo que aumenta as perspectivas de ganho associáveis ao cumprimento, em contrapartida aumenta também os riscos de perdas – começando pela perda do investimento que foi feito com base na confiança, investimento que não teria sido realizado de outro modo” (ARAÚJO, **Teoria...**, 2007, p. 773).

<sup>118</sup> Cf. SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Belknap Press, 2004. p. 304-314. Por outro lado, elaborar contratos completos constitui um custo de transação que pode não ser favorável às partes e à própria eficiência do contrato (NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs, **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo, n. 1, p. 123-141, 2010. p. 123-141).

### 2.3 Princípio da confiança e dupla garantia

Uma *sociedade de confiança* tende a ser uma sociedade também mais rica. As relações regidas pela boa-fé e nas quais a confiança legítima recebe uma proteção eficaz reduz os custos de transação entre os agentes. Esta riqueza poupada é redistribuída entre as partes.

Este regime de confiança pode também ser conquistado por legislações mais eficazes. Nas concessões tradicionais, o problema da desconfiança do Estado de que o concessionário pudesse apresentar condições técnicas e econômicas de cumprir o acordado é solucionado pela exigência de formação técnica e de garantias de execução, calculadas em termos percentuais do valor da obra.

Este mecanismo soluciona o problema no âmbito dos contratos administrativos em que o concessionário atua, majoritariamente, por sua conta e risco. No entanto, no regime de parceria, verifica-se uma desconfiança recíproca, pois tanto o Poder Público desconfia da viabilidade do parceiro privado em cumprir sua parte, como este também possui fundadas razões para desconfiar que o parceiro público pague as contraprestações devidas no longo prazo.

Robert Cooter e Hans-Bernd Schäfer demonstram que uma dupla desconfiança resolve-se por meio de uma *dupla-garantia*<sup>119</sup> e é assim que se classificam as garantias das contraprestações estatais. Por meio delas os concessionários devem obter segurança no recebimento da parcela estatal de pagamento, como contraposto à garantia que ele também deve oferecer de que está apto a cumprir os termos da concessão.

### 2.4 Objetivos da política garantidora

No que tange à política garantidora das contraprestações devidas pelo poder concedente, os seus propósitos tornam-se mais evidentes quando se consideram os fatores acima apontados. Primeiramente, configurar um estímulo ao cumprimento racional do

---

<sup>119</sup> COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O Problema da Desconfiança Recíproca. Trad. Luciano Beneti Timm. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305-323. p. 311. Vale ressaltar que, como um contrato de PPP requer uma multiplicidade de relações em sua montagem, são previstas garantias recíprocas não somente aos parceiros como também aos financiadores.

contrato pelos agentes, tanto públicos como privados. Em segundo lugar, oferecer um ambiente de segurança jurídica e econômica para financiadores e parceiros privados. Por fim, possibilitar a melhoria da prestação de serviços, a custos menores, ao favorecer o aparecimento de maior gama de concorrentes, atraídos pela estabilidade de regras e condições de lucratividade, assim como taxas de financiamento mais vantajosas.

Atingir estes propósitos faz parte do interesse público<sup>120</sup>. Porém, isto só ocorrerá se houver segurança jurídica de sua aplicabilidade. Quando se fala em PPP, deve-se pensar em contratos de longo prazo e que envolvam somas elevadas de recursos. É possível que as garantias previstas em contrato só sejam utilizadas anos depois da celebração da avença, após o parceiro particular ter alocado numerário que ainda está por ser amortizado. Considerando que somente a prestação por tarifa é insuficiente para cobrir os custos e ainda gerar lucro (e que, na hipótese de concessão administrativa, sequer a possibilidade de cobrança tarifária existe), se não houver respaldo jurídico para que se receba a contraprestação conforme garantido, o risco do empreendimento aumenta, assim como o custo da contratação.

Pelo lado do Poder Público, se o gestor não se encontrar amarrado pelo contrato, pode também não se sentir estimulado a honrar os seus termos<sup>121</sup>.

Neste capítulo, verificou-se a importância de se analisar os contratos sob enfoque econômico, incorporando ao estudo jurídico a metodologia das ciências econômicas. Para tanto, foram observadas as diversas teorias econômicas do contrato, com suas contribuições que se complementam para uma melhor compreensão do instituto. Tratou-se da relevância de entender o contrato como uma forma de alocar esforços para um objetivo pré-determinado, devendo operar com maior eficiência possível. A redução dos custos de transação e a melhor

---

<sup>120</sup> TIMM, Luciano Benetti. O Contrato nas Parcerias Público-Privadas numa perspectiva de direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**: RDPE, Belo Horizonte, p. 165-173, 2006. p. 173. De fato, considerando a subsidiariedade já abordada, ao prever um determinado contrato administrativo sob a modalidade de PPP, o Poder Público já deve ter elaborado todos os estudos para demonstrar que somente por esta forma o serviço poderia ser prestado. Ou seja, nem o concessionário poderia ser remunerado somente por tarifa nem a Administração teria recursos para sozinha assumir os investimentos necessários. O intérprete não se deve portar de modo a gerar a iniquidade desta forma contratual, o que indubitavelmente contraria o interesse coletivo, que pretende obter o serviço contratado.

<sup>121</sup> Vale acompanhar Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além quando consideram que “para que uma operação de PPP seja bem-sucedida é necessário levar em conta uma série de considerações. Como já ficou claro, é fundamental contar com um esquema de seguro, sem o que existe a possibilidade de as perdas decorrentes da verificação de alguns dos riscos potenciais do negócio se revelarem fatais. Ao mesmo tempo, o conhecimento prévio das regras do jogo vigentes na área sujeita à PPP, bem como a clareza destas regras – evitando-se mudanças ou interpretações dúbias – também são importantes para que a rentabilidade dos projetos não se veja afetada e para que estes se tornem interessantes aos olhos dos investidores”. Porém, alertam: “por outro lado, a necessidade de ter regras claras não significa que estas devam ser benevolentes. O parceiro público deve pautar a sua atuação pela necessidade de combinar atratividade da atividade objeto da PPP, com o interesse dos usuários” (GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**: Teoria e Prática no Brasil. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 442-443).

alocação dos riscos são fundamentais na formulação dos pactos, assim como a percepção do comportamento racional dos agentes, que deve servir de esteio para a previsão de incentivos e sanções que ao mesmo tempo encorajem a colaboração entre as partes, num ambiente de confiança, mas também não tornem o contrato uma camisa de força, cujo rompimento provoque uma responsabilização desproporcional, que desestimula a própria assunção de compromissos.

A partir da definição deste marco teórico, que deve guiar a interpretação sistemática-teleológica, os capítulos seguintes desta segunda parte serão dedicados a analisar a natureza jurídica, o conceito e a constitucionalidade das cláusulas de garantias das PPPs.

### CAPÍTULO 3 – CONCESSÃO DE GARANTIAS POR LEI ORDINÁRIA

#### 3.1 Lei complementar e lei ordinária

Lei complementar e lei ordinária são normas infra-constitucionais, que se distinguem segundo aspectos formais e materiais. De acordo com a CF/1988, no âmbito formal do processo legislativo, a lei complementar deve ser aprovada por maioria absoluta, ao passo que a lei ordinária é aprovada por maioria simples. No plano material, a lei complementar disciplina matérias expressamente indicadas pela Constituição para serem tratadas em uma norma que passe por um processo legislativo mais rigoroso. Cabe à lei ordinária dispor sobre as demais matérias, inclusive quando o texto constitucional não faz referência a que seja disciplinado por lei complementar.

Ambas apresentam os mesmos legitimados para propositura de seus projetos, mas vale ressaltar que o Presidente da República não pode editar medida provisória para regular matéria a ser tratada em lei complementar. Inexiste, outrossim, hierarquia entre estas duas espécies normativas, haja vista que a distinção verificada entre elas se dá no campo da matéria<sup>122</sup>. Ocupam, assim, o mesmo patamar na escala normativa.

---

<sup>122</sup> Compartilhamos da conclusão a que chegou José Souto Maior Borges, em monografia pioneira sobre o tema: “a validade da lei ordinária decorre, em princípio, da sua conformação com a Constituição. Apenas, a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da legislação complementar, tal como esta não pode invadir o campo da lei ordinária” (BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: RT; EDUC, 1975. p. 21). O mestre pernambucano bebeu na fonte kelseniana, segundo a qual só haveria

### 3.2 A natureza jurídica das leis das PPPs

A Lei nº 11.079/2004, assim como a acachapante maioria dos diplomas estaduais e municipais que igualmente disciplinam os contratos de PPP em seus âmbitos, possui natureza legislativa de lei ordinária. Uma exceção é a Lei Complementar Estadual nº 307/2005, que dispõe sobre os contratos de PPP no Estado do Rio Grande do Norte.

### 3.3 Constitucionalidade de instituição de garantias prestadas pela Administração pela via de legislação ordinária

O questionamento inaugural sobre o sistema em estudo recai sobre a constitucionalidade material da própria concessão de garantias por meio de lei ordinária, quando em cotejo com a regra prevista no art. 163, inciso III, da CF/1988, que prevê a edição de lei complementar para dispor sobre concessão de garantias pelas entidades públicas. Para Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira esta inconstitucionalidade formal invalidaria todo o sistema de garantias previsto na Lei Geral das PPPs<sup>123</sup>.

Com efeito, o teor da lei complementar seria delimitado pela própria Constituição. Uma lei ordinária que invadisse essa competência constitucionalmente determinada violaria não a lei complementar – visto que não existe hierarquia entre elas – mas a própria Constituição<sup>124</sup>.

Em defesa da presunção de constitucionalidade do mencionado dispositivo, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado questionam o próprio vocábulo “entidades públicas”, que não teria sentido unívoco e deveria abarcar somente os entes federativos e não empresas públicas e sociedade de economia mista<sup>125</sup>. Mas, segundo estes autores, mesmo que a

---

hierarquia quando “a norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 181).

<sup>123</sup> FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Apontamentos sobre Aspectos Controversos das Parcerias Público-Privadas. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 113-121, dez. 2009. p. 119-120.

<sup>124</sup> É a posição adotada pelo STF: “Não pode, portanto, lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade por invasão de competência, ingressar na esfera de competência da lei complementar para derogá-la.” (MS 20.382/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 9 nov. 1990)

<sup>125</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada**: Fundamentos Econômico-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 212.

Administração direta possa ser incluída neste conceito, ainda assim a previsão legal de garantias não estaria maculada pela inconstitucionalidade, tendo em vista que o art. 163, inciso III, da CF/1988 trata de uma norma de finanças públicas, voltada a limitar a oferta de garantias em nome da preservação do equilíbrio das contas públicas e da responsabilidade fiscal. No momento em que uma obrigação contratada pelo Estado é inadimplida, surge uma despesa pública, sobre a qual devem incidir normas de previsão e controle.

Daí que somente as normas que tratem da responsabilidade fiscal na concessão de garantias é que devem ser dispostas por meio de lei complementar. Os demais aspectos a respeito da matéria podem ser disciplinados por lei ordinária, ante a falta de previsão constitucional expressa neste sentido. Cumpre salientar que a própria Lei nº 11.079/2004 faz expressa menção à lei complementar que dispõe sobre os limites de endividamento, a LC nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta lei trataria das condições de previsão e controle do endividamento na concessão de garantias em operações de crédito e não versa sobre o procedimento para sua concessão e acionamento, nem sobre as modalidades que devem ser aplicadas<sup>126</sup>.

De fato, consoante já sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, leis complementares e ordinárias não possuem uma hierarquia entre si, mas sim um feixe de competências traçados constitucionalmente. Neste sentido, se a CF/1988 não determina expressamente qual aspecto normativo deve ser disciplinado por lei complementar, atribui possibilidade de sua instituição por lei ordinária. Onde o constituinte não limitou, descabe ao intérprete limitar e, se atendidas as regras instituídas na LRF a respeito de endividamento, é possível a previsão de hipóteses de garantias por meio de lei ordinária.

### 3.4 Constitucionalidade de instituição de garantias prestadas por agentes privados pela via de legislação ordinária

Em outra face, mesmo que o entendimento se consolide no sentido contrário defendido no item anterior, ou seja, caso se adote a posição de que as garantias oferecidas por entes públicos deveriam ser expostas somente pela via de lei complementar, ainda assim não teria o condão de inviabilizar todas as garantias. Deveras, há previsão de que parte delas possa ser

---

<sup>126</sup> RIBEIRO; PRADO, *Comentários...*, 2007, p. 212-213.

prestadas por entidades privadas, como instituições financeiras e companhias seguradoras, que claramente não se enquadram na nomenclatura de entidades públicas. Aliás, no caso dos organismos financeiros internacionais, das instituições financeiras e das seguradoras, a Lei Geral das PPPs expressamente veda que elas sejam controladas pelo Poder Público<sup>127</sup>.

Mesmo nestas hipóteses, é cabível um raciocínio similar, pois a assinatura de contrato de seguro ou financiamento entre o Estado e um organismo privado deve respeitar as regras sobre endividamento público. E estas regras já se encontram devidamente dispostas em lei complementar – a LRF –, a qual é seguidamente reportada na Lei nº 11.079/2004.

## CAPÍTULO 4 – VINCULAÇÃO DE RECEITAS

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:  
I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal[...].

### 4.1 Conceito de receita orçamentária

Pode-se adiantar que este dispositivo, ao lado da previsão de fundos especiais e do Fundo Garantidor, é o mais polêmico no que tange à previsão de garantias nas PPPs. Para melhor deslinde da matéria, cumpre distinguir a natureza jurídica do procedimento suscitado.

---

<sup>127</sup> Conclusão semelhante a que chega Gustavo Binbenbojm: “em uma primeira leitura, o vício de *inconstitucionalidade formal* parece evidente. Deveras, sendo a Lei nº 11.079/2004 uma lei ordinária, a exigência do art. 163, *caput*, e III, da Carta Política teria sido desatendida. Há, no entanto, duas interpretações alternativas que poderiam *salvar* o art. 8º da Lei nº 11.079/2004. A primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079 apenas regulamentado a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º não trata da concessão de garantias por *entidades públicas* (referidas no *caput* do art. 163 da Constituição), mas sim por uma *entidade privada*, que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP)”. O autor ainda recomenda, como forma de evitar qualquer suspeita sobre a validade do dispositivo, que se encaminhe projeto de lei complementar, disciplinando estas garantias. Neste ponto, embora reconhecendo a cautela, discordamos, por entender, nos termos da primeira interpretação apresentada, que as exigências do art. 163 da CF/1988 já se encontram atendidas na LC nº 101/2000.

(BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, p. 12, 2005. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>.

Acesso em: 26 nov. 2010).

O ato de vinculação, em termos fiscais, corresponde a atrelar uma receita diretamente a uma despesa. No caso de uma obrigação oferecida em garantia, o numerário só se torna despesa com a ocorrência do inadimplemento.

Por sua vez, entende-se por receita toda a entrada de recursos nos cofres públicos com disponibilidade definitiva.

#### 4.2 Classificação das receitas orçamentárias

Existem várias classificações de receitas, havendo duas mais frequentes e úteis ao presente trabalho. A primeira distingue as receitas em tributárias, as decorrentes da arrecadação de tributos, ou não-tributárias, advindas de origens diversas da arrecadação fiscal. A segunda as distingue em *originárias*, relativas a obrigações não tributárias, de Direito Privado e Público disponível; *derivadas*, que engloba as de natureza tributária ou referente a outra relação de Direito Público; e as *transferidas*, que são arrecadadas por um ente estatal e encaminhadas a outro.

Régis Fernandes de Oliveira aponta como hipóteses de receitas originárias, que não constituem movimento de caixa, as alienações, empréstimos, restituições, fianças, indenizações, doações, legados, bem vacantes, uso de bens públicos, preço, extensão, descoberta, prescrição aquisitiva e receitas advindas de empresas estatais. Já como exemplos de receitas derivadas, o mesmo autor exemplifica os tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimo compulsório), penalidades, reparação de guerra e perdimento. Por fim, as receitas transferidas teriam natureza tributária, não tributária (como os *royalties* decorrentes da extração de petróleo ou outros recursos minerais e energia elétrica) e voluntária<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 106.

### 4.3 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina

Em relação às garantias das PPPs, porém, a doutrina divide-se. Vale observar o disposto no inciso IV do art. 167 da CF/1988, *in verbis*:

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo [...].

O dispositivo mencionado apresenta uma regulamentação do exercício fiscal do Estado, inserido na lógica do sistema tributário. Existem tributos com destinação específica, tidos por vinculados, que são as taxas e contribuições sociais gerais, de intervenção no domínio econômico e de custeio de iluminação pública. Estas não podem ter, obviamente, sua arrecadação destinada a garantir contratos de PPP, se a lei instituidora não dispuser esta vinculação (vide 4.5 e 4.5.2 seguintes). A questão consiste em saber se os impostos, tributos de natureza não vinculada, podem sofrer esta destinação sem previsão constitucional.

Esta possibilidade é frontalmente atacada por juristas de escol. Celso Antônio Bandeira de Mello, com sua retórica peculiar, entende que:

há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo a qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por *vinculação de receitas*. Conforme foi flagrado pelo professor Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição *só pode ser excepcionada nos casos que específica*, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§4º do mesmo artigo). Além disto, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no direito privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas ‘preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecidapada’, para preservação de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios para com a União. Em suma: receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 2010, p. 747-748.

O entendimento transcrito baseia-se, em parte, em posição adotada por Kiyoshi Harada, em parecer encomendado pela Comissão Especial de Assuntos Relativos aos Precatórios Judiciais da Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. Kiyoshi Harada retorna ao tema, em artigo publicado em coletânea jurídica sobre as PPPs, no qual desmonta a possibilidade de oferecer garantias, no sentido regulado pelo Código Civil, com base em receitas públicas, por se tratarem de bem público indisponível, inegociável e irrenunciável, existente para cumprir as finalidades do Estado<sup>130</sup>. E conclui:

não há, portanto, possibilidade jurídica da receita pública em geral garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público em face deste ou daquele particular. Do contrário, violados restariam os princípios da impessoalidade e da moralidade, insertos no art. 37 da CF, de observância impositiva, nos precisos termos do art. 100, caput, da CF<sup>131</sup>.

Deveras, somente quando a Lei Maior expressamente assim excepciona é que a receita proveniente de impostos pode ter um fim específico, como é o caso das porcentagens obrigatórias de gastos com educação e saúde para cada ente federativo. Pretender que para cada contrato de PPP firmado se altere a Constituição para incluir sua garantia não é uma opção sensata e muito menos desejável para os que primam pela ordem constitucional.

A par das considerações acima, José Augusto Moreira de Carvalho aponta que a vinculação de receitas pretende possibilitar que, na ocorrência de inadimplemento da contraprestação estatal, o parceiro privado possa receber os valores correspondentes de forma imediata, sem a necessidade de dotação orçamentária nesse sentido e sem a submissão da análise de certeza e exigibilidade pela própria Administração Pública, infringindo a universalidade orçamentária e a isonomia entre os credores do Estado prevista pelo regime do precatório judicial<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> HARADA, Kiyoshi. Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: MP, 2006. p. 205-222. p. 213-215.

<sup>131</sup> HARADA, Parcerias..., 2006, p. 216.

<sup>132</sup> CARVALHO, José Augusto Moreira de. **As Parcerias Público-Privadas e a Atividade Financeira do Estado**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Orientador: Régis Fernandes de Oliveira.

#### 4.4 Exame da constitucionalidade desta garantia

No estudo da constitucionalidade deste dispositivo, cabe realizar uma *interpretação conforme* a Constituição, ou seja, uma hermenêutica que permita a declaração de constitucionalidade condicionada, em que se estabelece um significado como constitucional, afastando outras hipóteses de leitura tidas por inconstitucionais.

Primeiramente, quando se fala em vinculação de receitas como garantia, ficam excluídas as verbas provenientes da arrecadação tributária de impostos ou tributos vinculados a serviços diversos, como taxas e contribuições sociais. No entanto, a CF/1988 não impede que outras receitas possam ser utilizadas<sup>133</sup>. É o caso de todas as demais hipóteses de receitas não tributárias apontadas no item 4.2 acima.

Em relação às receitas tributárias, cumpre destacar que a CF/1988 somente proíbe a vinculação de receitas de impostos para órgão, fundo ou despesa, ao contrário da Lei Maior anterior, a CF/1967, que continha proibição mais abrangente, pois se referia a qualquer tributo<sup>134</sup>. E, mesmo assim, admite exceções a esta regra, desde que também previstas constitucionalmente, seja na redação original ou por emenda, como ocorreu nas vinculações de percentuais para o Fundo Social de Emergência (EC n° 17/1997) e para ações e serviços públicos de saúde (EC n° 29/2000).

De outro modo, em duas situações específicas, as receitas tributárias podem ser acolhidas como garantidoras de PPPs: por meio de impostos, nas exceções ao princípio da não-vinculação admitidas ou que venham a se admitir constitucionalmente, ou nos tributos não específicos que tenham por finalidade a arrecadação de tributos voltados para o serviço prestado por meio da PPP (vide item 4.5 a seguir).

Mesmo em relação à possibilidade de se vincularem receitas de outras origens que não tributárias, Kiyoshi Harada alude a outro ponto que se revela um inconveniente de ordem constitucional. As receitas de um modo geral ingressam nos cofres do Estado de forma expressa na Lei Orçamentária Anual, votada pelo Congresso Nacional para o exercício seguinte. Onde o jurista enxerga uma inconstitucionalidade, pois este procedimento revelaria o caráter de indisponibilidade do recurso para fins privados, vemos na verdade um inconveniente, pois, para um contrato de longo prazo, ser garantido por uma previsão

---

<sup>133</sup> RIBEIRO; PRADO, *Comentários...*, 2007, p. 220.

<sup>134</sup> Vide art. 65, §3° da CF/67.

orçamentária que deve ser prevista anualmente e aos sabores de uma negociação política é uma alternativa de risco elevado.

De fato, inexistente direito adquirido ao cumprimento de lei orçamentária, no sentido de que as rubricas podem ser alteradas por lei posterior, sem garantia de regime jurídico ao anteriormente contemplado. Porém, nem por isso ela se torna uma peça fictícia, como se costuma apregoar fora do âmbito jurídico. Em se tratando de uma obrigação de longo prazo, cabe ao Executivo dispor nos projetos de lei orçamentária de rubrica já destinada a este fim, a cada exercício fiscal. Aliás, como ocorre em relação aos subsídios estatais, já previstos nas concessões comuns sem que se aponte qualquer inconstitucionalidade.

A vinculação, porém, não permite o recebimento automático do valor garantido. Com efeito, nos termos do art. 62 da Lei nº 4.320/1964, o pagamento da despesa por parte da Fazenda Pública só se realiza a partir da sua regular liquidação, quando se verificam o direito do credor ao recebimento e a quantia a ser paga. O recebimento direto da verba vinculada como garantia frustra o direito da Administração efetuar a respectiva liquidação do crédito, de acordo com a dotação orçamentária própria, o que de fato agride o princípio orçamentário da universalidade.

Por sua vez, a cobrança de um débito contra o Estado deve seguir o trâmite das execuções propostas contra a Fazenda Pública (art. 730 do Código de Processo Civil), até porque os bens públicos são impenhoráveis. Para o pagamento, a tradição constitucional pátria prevê, desde a CF/1934, o mecanismo dos precatórios judiciais, pelo qual a condenação transitada em julgado e liquidada em juízo se resolve por meio da expedição de ofício pelo juiz da causa ao presidente do respectivo Tribunal informando o valor do crédito. Este ofício, chamado de precatório, é numerado de acordo com a ordem de chegada, sendo comunicado ao poder público responsável para reserva de numerário suficiente.

Embora seja mister reconhecer a ineficiência do pagamento por esta via, tendo em vista que, em muitos entes federativos, os credores da Fazenda Pública aguardam até décadas na fila para receber, trata-se de uma regra constitucional fundada no princípio da igualdade entre os credores e da impessoalidade de tratamento devido a eles, para que se evitem privilégios e preferências.

Nessa linha, o STF tem rejeitado mecanismos legais que tenham por objetivo desviar a submissão dos débitos fazendários do regime de precatórios judiciais, mesmo quando se trate de pagamento de decisões judiciais transitadas em julgado. É o caso da ADI-MC/PR nº 5.847, em que se deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 245 da Constituição do Estado do Paraná, nos termos do acórdão cuja ementa segue abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ (ART. 245) O RETENÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO LOCAL, DAS QUANTIAS PAGAS PELA UNIÃO FEDERAL AO ESTADO, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO OU ADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES FEDERAIS – PAGAMENTO PREFERENCIAL DE DETERMINADOS CRÉDITOS – APARENTE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E À REGRA CONSUBSTANCIADA NO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO EXECUTIVA DAS FINANÇAS PÚBLICAS DO ESTADO – SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA.

- A regra inscrita no art. 245 da Constituição do Paraná prescreve que os créditos estaduais decorrentes do recebimento de indenizações ou de pagamento de débitos federais deverão custear, respectivamente, o pagamento de indenizações ou de débitos do Estado para com terceiros, sempre que oriundos de condenações judiciais.

- A norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado.

A vinculação exclusiva das importâncias federais recebidas pelo Estado-membro, para o efeito específico referido na regra normativa questionada, parece acarretar o descumprimento de quanto dispõe o art. 100 da Constituição Federal, pois, independentemente da ordem de precedência cronológica de apresentação dos precatórios, institui, com aparente desprezo ao princípio da igualdade, uma preferência absoluta em favor do pagamento de determinadas condenações judiciais<sup>135</sup>.

Ainda que se admitisse a promulgação de emenda constitucional prevendo a preferência do recebimento dos créditos de garantia decorrentes da falta de pagamento das contraprestações em contratos de PPP, novamente não se poderia resistir ao sistema dos precatórios. A jurisprudência do STF é firme no sentido de considerar imprescindível a expedição de precatório, mesmo em se tratando de crédito de natureza alimentícia, ainda que reconheça sua prioridade sobre os créditos ordinários de índole comum. Aplica-se, em toda ocasião, a preferência jurídica a quem possuir precedência cronológica (*prior in tempore, potior in jure*)<sup>136</sup>.

Vale, por fim, comentar a posição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>137</sup>, para quem a vinculação de receitas seria constitucional, em face da previsão do próprio art. 167, IV, da CF/1988, que admite a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita. De fato, a Lei Maior autoriza os entes estatais a preverem, em suas leis orçamentárias, garantias com base na expectativa do que venha a ser arrecadado de receitas ao longo do ano. Todavia, entendemos que o autor se excede, quando conclui que este dispositivo permitiria o

<sup>135</sup> STF, Pleno, j. 26.03.1992, publicado no DJ de 22.05.1992, p. 7213, Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>136</sup> STF, 2ª Turma, AC 254-QO/PA j. 18.05.2004. DJe de 18.12.2009. pp. 48. Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>137</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 373.

oferecimento de garantias de recursos vinculados à arrecadação de impostos, de forma indiscriminada. Conforme será demonstrado a seguir, somente em situações excepcionais, constitucionalmente qualificadas, é que se permite a vinculação de receitas advindas de impostos.

#### 4.5 Criação de tributo com receita vinculada à garantia da contraprestação outorgada ao parceiro privado na PPP

Os tributos podem ser classificados, de acordo com o destino de sua arrecadação, em não vinculados e vinculados. Enquanto nos primeiros o Fisco recebe e pode livremente dispor do montante recolhido, o que acontece com os impostos, com as ressalvas constitucionais já observadas; nos segundos o produto é revertido para uma obrigação estatal específica, como é o caso das taxas.

Para fins de vinculação em garantias de contratos de PPP, podem ser utilizados tanto os impostos, dentro das exceções constitucionais, como os tributos não vinculados que tenham por objeto justamente a arrecadação para o serviço prestado pela PPP, desde que não diretamente, dentre os quais as contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de melhoria.

Os demais tributos não vinculados, como as contribuições sociais, as contribuições corporativas e as contribuições parafiscais devem atender a despesas específicas, como a seguridade social, a manutenção de um Conselho profissional ou das atividades sociais do sistema “S”.

As taxas, quando para prestação de serviço público, e as contribuições para custeio de iluminação pública, por sua vez, também só podem ser utilizadas para custeio do próprio serviço público, não podendo funcionar de outra maneira<sup>138</sup>. Em um contrato de PPP, corresponderia à parcela a ser paga pelo usuário, como a taxa de lixo.

---

<sup>138</sup> É a posição do STF, em decisão que se aplica por analogia a todas as demais taxas de serviços públicos: “4. A vinculação das taxas judiciárias e dos emolumentos a entidades privada ou mesmo a serviços públicos diversos daqueles a que tais recursos se destinam subverte a finalidade institucional do tributo.” (STF, ADI-2040 MC/PR, Plenário, j. 15 dez. 1999. DJ, 40 de 25 fev. 2000. Relator Ministro Marco Aurélio).

#### 4.5.1 Vinculação de receita de imposto por exceção constitucional

Acompanhando este raciocínio, é possível a vinculação de receita proveniente de imposto para oferecer garantia das contraprestações em PPP somente nas exceções constitucionais, já presentes ou que venham a ser introduzidas, à regra da não-afetação.

Com efeito, nas hipóteses de serviços de saúde construídos e operacionalizados por meio de uma PPP, é possível que, utilizando-se da vinculação prevista a partir da EC n° 29/2000, o legislador possa inscrever um determinado numerário destinado a este setor como garantia da contrapartida estatal devida.

#### 4.5.2 Contribuição de intervenção no domínio econômico

Os tributos vinculados são mais afeitos a arranjos semelhantes, pois basta que a lei que os institui preveja o destino para garantir obras realizadas por meio de PPP. Com efeito, ao longo deste trabalho ficou comprovado que, no atual ambiente institucional brasileiro, a previsão de garantias das contraprestações estatais nas PPP constitui uma condição para viabilidade deste modelo contratual. Portanto, sua previsão deve compor a previsão orçamentária da obra ou do serviço.

As contribuições por intervenção no domínio econômico são espécie do gênero contribuições gerais, que se destinam, no plano fiscal, a sustentar atividades específicas prestadas pelo Poder Público, direta ou indiretamente, ou ainda por quem lhe faça as vezes. Ao contrário das taxas, nesta modalidade não é relevante que o serviço seja específico e divisível, tampouco que seja bancado pela mesma pessoa que vá usufruir de suas verbas.

Deste modo, é possível que a lei orçamentária designe como recurso destinado à garantia das contraprestações de PPP o produto da arrecadação da CIDE, desde que o empreendimento esteja no segmento por ele sustentado. Como exemplo, cite-se o caso da CIDE-combustíveis, cujo art. 1º, parágrafo único, inciso III da Lei n° 10.336/2001, prevê que o produto de sua arrecadação seja destinado a programas de infraestrutura de transportes. Como se trata de um segmento de forte demanda para projetos de PPP, é admissível sua vinculação como garantia de contraprestação de contratos de PPP também do mesmo setor econômico.

#### 4.5.3 Contribuição de melhoria

As contribuições de melhoria também são tributos derivados, conectados à realização de uma obra pública de que decorra para os proprietários dos imóveis adjacentes uma valorização de suas propriedades. A legitimidade do tributo, portanto, é a realização da obra. Deste modo, o limite total da cobrança, ou seja, o montante máximo que o Fisco pode arrecadar, é o custo do empreendimento; e o limite individual, isto é, o que pode ser cobrado de cada contribuinte, é o acréscimo resultante em seu imóvel.

Sua instituição baseia-se na concepção do *unearned increment* do direito norte-americano, segundo o qual deve ser tributado de forma específica o acréscimo patrimonial decorrente não de uma ação do contribuinte, mas de uma atuação estatal<sup>139</sup>. Entre nós, segue o *princípio do benefício*, o qual, para Bernardo Ribeiro de Moraes, corresponde à noção de que “o gasto público deve ser financiado pelas pessoas que recebem o benefício”<sup>140</sup>.

Nesta modalidade, o contribuinte é convocado a pagar não os custos do serviço oferecido, mas sim os custos da obra de forma equivalente ao benefício recebido por sua execução. A sua utilização para custear as garantias das contraprestações oferecidas justifica-se pela tradução deste custo da obra. Com efeito,

por custo da obra se entende não apenas o valor da execução do melhoramento propriamente dito. Outros custos e despesas, relacionados com a implantação do melhoramento, fazem parte do custo da obra. Assim, integram o custo da obra, dentre outras, as seguintes despesas: relativas a estudos, projetos, fiscalização, desapropriação, administração, execução, financiamento, prêmios de reembolso e outras de praxe em financiamento ou empréstimo. Assim, integram o custo da obra todas as despesas ou quantias gastas com a mesma, inclusive despesas de levantamento topográfico ou aerofotogramétrico, projetos e anteprojetos, estudos de solo e cadastramento, gastos com editais e com a concorrência pública, juros e correção monetária pagos pelo Poder Público, etc.

Portanto, o custo da obra não é apenas o custo nominal, mas um custo real, onde se incluem todas as despesas realizadas com a obra<sup>141</sup>.

Esta vasta lista não é, evidentemente, taxativa. A previsão de custos é sempre uma despesa em aberto, que deve incluir todos os gastos necessários para viabilização do empreendimento, o que, no caso das PPPs, vale ressaltar, inclui o montante destinado às garantias das contraprestações estatais.

<sup>139</sup> Em *Princípios de Economia Política*, Stuart Mill já pregava a defesa da tributação com base no *unearned increment*.

<sup>140</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 296.

<sup>141</sup> MORAES, **Compêndio...**, 1987, p. 313.

Incorporadas ao custo da obra, essas garantias também podem ser oferecidas mediante a vinculação de receitas advindas de contribuição de melhoria instituída exclusivamente para custear a obra realizada por intermédio da PPP garantida, da qual decorreu a valorização imobiliária em benefício dos contribuintes.

#### 4.6 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia

A vinculação de receitas perde em atratividade para o parceiro privado, na medida em que a execução desta garantia depende do regime dos precatórios, procedimento moroso mesmo quando o ente público paga em dia e na ordem. Para o lado do Poder Público, porém, trata-se de um mecanismo preferencial, haja vista que não precisa dispendir nenhuma verba de forma imediata e, na hipótese de não ser utilizado, o recurso ingressa novamente na rubrica de receita do balanço patrimonial.

Mesmo se tratando de uma receita vinculada, a garantia não pode ser acionada de forma imediata, pois os bens públicos são impenhoráveis. Aliás, não há nenhuma garantia de que uma receita vinculada, mesmo constitucionalmente obrigatória, ficará a salvo dos corriqueiros contingenciamentos, nos quais o Executivo estabelece um cronograma para desembolso de suas despesas no decorrer do exercício fiscal. Por isso, é comum as LDOs preverem, em anexo específico, a discriminação das despesas obrigatórias que devem ficar livres do contingenciamento, como deve ser o caso das receitas vinculadas a garantias de contraprestações nas PPPs.

Conquanto não seja da natureza da LDO estabelecer este tipo de exceção, cria-se um incentivo para cumprir o previsto no orçamento, possibilitando um controle maior do parceiro privado.

Em relação às receitas que podem ser utilizadas nesta garantia, vimos que tanto pode ter origem não-tributária como tributária, neste caso em hipóteses mais restritas.

A primeira hipótese é mais conveniente, pois não envolve o ônus político de instituir novo tributo para sustentar uma obra que foi concedida a um parceiro privado justamente para que o Estado pudesse apresentar melhor saldo orçamentário. Ademais, dificulta a possibilidade de que um governo tome posse envergando a bandeira de corte de tributos, pondo em risco a operação de garantia. Pelo volume de recursos amealhados e por tratar-se de verbas arrecadadas com regularidade (ao contrário de outras espécies de receitas não-

tributárias, como provenientes de doações, indenizações, legado, herança, apropriação de bens vacantes, dentre outros), a receita que pode preferencialmente ser escolhida como garantidora seria aquela de natureza transferida, advinda dos *royalties* da exploração de petróleo, gás natural ou outro bem mineral, assim como da produção hidroelétrica.

No tocante às receitas tributárias, três situações específicas podem ser previstas. A primeira é de edição de emenda constitucional deliberando a criação de fundo constitucional para garantia de PPP (que não se confunde com o fundo especial previsto como garantia no art. 8º, II, pois este é previsto em lei ordinária), com vinculação de receita de impostos. Por envolver proposta de alteração constitucional que constituiria nova exceção à regra da não vinculação constante do art. 167 da CF/1988, deve-se enxergar com ressalvas esta possibilidade.

Em uma segunda possibilidade, pode ser constituída CIDE cuja receita seja encaminhada expressamente para custear operações de PPP, o que abrange os fundos destinados a servir de garantia das contraprestações. Embora seja possível argumentar que a garantia compõe o custo da obra, por ser requisito para viabilizá-la, convém que seja alterada a legislação que regulamenta a contribuição, para incluir expressamente esta possibilidade.

As hipóteses de vinculação de receitas tributárias acima elencadas, no entanto, apresentam uma dificuldade de implantação, pois, no primeiro caso, envolve mudança também no plano constitucional, o que, pelo quórum qualificado exigido, dependem sempre do poder de negociação no Congresso Nacional. No caso da CIDE, esta alteração depende de modificação na legislação infraconstitucional. A derradeira possibilidade dispensa uma barganha política de tamanha envergadura e pode ser trabalhada caso a caso, não somente pelo Executivo federal, mas também pelos governos estaduais e municipais. Cuida-se da instituição de contribuição de melhoria decorrente da valorização de imóveis em função da construção de obra realizada por meio de PPP. Esta outra medida é de propositura mais adequada, pois somente afetaria os cidadãos já beneficiados com o contrato e na medida em que houvesse valorização de seu patrimônio. Serviria até como meio de estímulo ao incremento do padrão oferecido por parte do parceiro privado, pois quanto melhor a obra e o serviço prestado, maior a valorização e, por consequência, maior a base do tributo a ser cobrado.

De um modo geral, a instituição de contribuição de melhoria é figura difícil de aparecer, embora esteja à disposição de todos os entes federativos. Uma das justificativas seria a forma de lançamento, que exige a execução da obra para posterior cobrança do tributo. No caso em comento, esta dificuldade desaparece, pois as contraprestações só podem ser

exigidas quando o serviço estiver à disposição e as garantias, como obrigação acessória, também só devem ficar à disposição do parceiro privado quando devidas as contraprestações. Ademais, é possível o lançamento por conclusão parcial da obra, para os imóveis já beneficiados. Hugo de Brito Machado aponta ainda que o referido tributo pode servir de pagamento para o financiamento da obra. Para o tributarista cearense, porém, haveria razões outras para não se instituir contribuições de melhoria: a forte burocracia na publicação do orçamento, com diversas exigências para apontar o custo real da obra, o que dificulta operações de superfaturamento; e a impossibilidade de estabelecer conluíus entre o administrador responsável pela instituição da parceria e os beneficiados da obra, pois estes se tornam contribuintes e devem arcar com os custos<sup>142</sup>.

Se assim for, é mais um motivo para se recomendar a utilização de contribuições de melhoria. Além de evitar-se a improbidade administrativa e o desvio de recursos públicos, conforme acima ressaltado, este tributo ainda promove a justiça fiscal por onerar com os custos da obra os seus beneficiários diretos.

Luiz Felipe Silveira Difini, entretanto, alerta que há outros motivos pelos quais a instituição de contribuições de melhoria é de previsão bissexta, em razão da dificuldade de estabelecer o limite individual da valorização do imóvel.

A *um*, muitas vezes, a valorização não se dá imediatamente à realização da obra, vindo a se verificar algum tempo depois, com a melhoria geral do bairro ou zona. A *dois*, sua apuração sempre dependerá de prova técnica, dispendiosa. A *três*, mesmo a avaliação pericial encontra, no caso, dificuldades de ordem prática. O método mais utilizado em matéria de avaliação é o comparativo: verificam-se as vendas realizadas na região ou em áreas semelhantes em determinado intervalo de tempo, excluem-se os dados que apresentam maior desvio, estabelecendo-se assim intervalo de confiança, para encontrar o preço médio. Tal método não pode ser utilizado no caso das contribuições de melhoria, pois esta é lançada ao tempo da obra, não se tendo exemplos de venda depois da obra a ensejar apuração de valorização pelo método comparativo<sup>143</sup>.

De fato, a considerar estas circunstâncias, às quais se acrescentam os detalhados requisitos mínimos do edital (vide CTN, art. 82, inciso I, e Dec.-Lei n° 195, art. 5°), o procedimento administrativo para julgamento das impugnações dos contribuintes (CTN, art. 82, incisos II e III, e Dec.-Lei n° 195, arts. 6° e 7°) e ainda a possibilidade de um (em geral moroso) processo judicial para questionar os valores cobrados, a instituição deste tributo torna-se limitada. O custo de transação com frequência mostra-se superior à expectativa de ganho.

<sup>142</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 466-467.

<sup>143</sup> DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48-49.

Deve-se, assim, ponderar suas vantagens, aplicando este tributo somente quando as condições para averiguar a base de cálculo forem favoráveis e quando o número de possíveis contribuintes seja reduzido (o que repercute em menor número de cálculos e eventuais impugnações).

## CAPÍTULO 5 – FUNDOS ESPECIAIS PREVISTOS EM LEI E FUNDO GARANTIDOR DAS PPPs (FGP)

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

[...]

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

[...]

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade [...].

O segundo ponto que desfruta de maior confronto doutrinário versa sobre a possibilidade de instituir fundos especiais, criados por lei específica, cuja composição serviria como garantia ao parceiro privado. Em relação às parcerias firmadas no âmbito federal, a Lei nº 11.079/2004 autorizou a criação de fundo próprio, o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP).

Salientando o fato de que o FGP é uma espécie de fundo especial, passa-se a abordar, neste capítulo, as duas previsões de garantia (fundo especial e fundo garantidor).

### 5.1 Conceito e disciplina jurídica dos fundos especiais

Os fundos especiais têm fundamento no art. 167, IX da CF/1988 e disciplina jurídica prevista na Lei nº 4.320/1964, lei ordinária recepcionada na atual ordem constitucional com *status* de lei complementar, e que estabelece, em seu art. 71, que estes fundos seriam “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços”. O mecanismo funciona de modo semelhante à vinculação de receita,

sendo que, neste caso, o numerário é destacado dentro do orçamento para uma conta especial, cujo patrimônio serviria como garante em operações de PPP.

A autorização legislativa para sua criação ocorre por lei ordinária, admitindo-se, portanto, o uso de medida provisória. A unidade administrativa beneficiária passa a ter direito a manter verbas específicas “em conta própria, chamada conta financeira ou conta-gráfica distinta, para utilização nas despesas orçamentárias que necessita executar para a realização dos objetivos ou serviços que lhe estão afetos<sup>144</sup>”. O numerário é separado do caixa único do tesouro, constituindo exceção à regra da unidade de caixa.

A vantagem deste mecanismo é permitir que o saldo positivo apurado no Balanço Patrimonial ao fim do exercício fiscal possa ser transferido para o exercício seguinte, como crédito no mesmo fundo.

## 5.2 O Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP)

O FGP teve sua criação autorizada pela mesma Lei n° 11.079/2004, que instituiu as normas gerais sobre PPP. De acordo com o *caput* do seu art. 16, este fundo especial, formado com um patrimônio limite de 6 bilhões de reais, tem por finalidade prestar garantia de pagamento das contraprestações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais nas PPPs. O seu regulamento inclusive proíbe a utilização dos recursos do fundo para quaisquer outras operações que não sejam PPPs federais.

O mesmo diploma legal concedeu ao FGP as propriedades de patrimônio separado dos seus cotistas (a União, suas autarquias, suas fundações públicas, seus fundos especiais e suas empresas estatais dependentes, estes dois últimos incluídos por força da MP n° 513/2010) e de sujeito de direitos e obrigações próprios<sup>145</sup>. O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração<sup>146</sup>. Estes bens e direitos devem ser avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> KOHAMA, Helio. **Contabilidade Pública**: Teoria e Prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 222.

<sup>145</sup> Art. 16, § 1° da Lei n° 11.079/2004.

<sup>146</sup> Art. 16, § 2° da Lei n° 11.079/2004.

<sup>147</sup> Art. 16, § 3° da Lei n° 11.079/2004.

Tal medida serve para transmitir maior segurança ao parceiro privado acerca da idoneidade dos bens e direitos oferecidos em garantia.

O patrimônio do FGP, concretizado em suas cotas, poderá ser composto em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

De acordo com o § 1º do art. 18 da Lei das PPPs, a garantia do FGP poderá ser prestada nas seguintes modalidades:

- I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;
- II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;
- III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;
- IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;
- V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;
- VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

A Lei das PPPs determinava que o FGP fosse administrado por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, tendo sido escolhido o Banco do Brasil para tal encargo, conforme consta do regulamento do fundo<sup>148</sup>. Reserva-se ainda ao BNDES e à Caixa Econômica Federal a possibilidade de instituírem fundos menores, desde que com autorização do Ministério da Fazenda.

### 5.3 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina

Os doutrinadores que se opõem a esta forma de garantia, dentre os quais se destaca novamente Kiyoshi Harada, suscitam haver inconstitucionalidade tanto de ordem formal como de ordem material na previsão de fundos especiais garantidores.

---

<sup>148</sup> Por força do art. 4º da Resolução nº 01/2005, do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal, o FGP não poderá prestar garantia a operações de PPP financiadas pela mesma instituição financeira que os administrar, salvo se a instituição participar de forma minoritária e não exercer a função de estruturador ou coordenador do financiamento.

No âmbito formal, por contrariar a previsão do art. 36 do ADCT, que teria extinto, sob as condições e ressalvas, todos os fundos existentes até a promulgação da Constituição Federal de 1988, condicionando a criação de novos fundos à prévia disciplina pela lei complementar quanto às condições para sua instituição e funcionamento (art. 165, §9º, inciso II, da CF/1988)<sup>149</sup>. Como esta lei complementar não foi ainda editada, todos os fundos criados já sob a égide da CF/1988 seriam inconstitucionais, ressalvados aqueles que vierem a ser previstos por emenda constitucional, como o Fundo Social de Emergência – FSE, também conhecido como Fundo de Combate à Pobreza, previsto pela Emenda Revisional nº 01/1994.

Seus opositores sustentam, ademais, uma inconstitucionalidade formal, por infração a norma disposta em matéria reservada a lei complementar, haja vista que o art. 40, §6º da LRF proibiria a concessão de garantias em operações de crédito por parte da Administração indireta, inclusive pelos seus fundos. E o FGP, por exemplo, tem como seus cotistas entidades como autarquias, fundações públicas e empresas estatais dependentes.

Em relação ao aspecto material, haveria contrariedade à CF/1988, primeiramente por constituir outra hipótese de fuga ao regime de precatórios previstos no art. 100 da Lei Maior. Em segundo lugar, porque os fundos especiais não poderiam servir de garantes de obrigações pecuniárias. Um terceiro argumento é de que o fundo, notadamente o FGP, não permitira o controle externo, como a fiscalização do Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União<sup>150</sup>.

Maria Sylvia Zanella di Pietro julga ter sido precipitada a forma como se instituiu o FGP, porquanto padeceria de inconstitucionalidade ao não se prever o patrimônio que o comporia, o que não poderia ser decidido no plano regulamentar pela instituição financeira administradora ou pela Assembleia de cotistas. Critica também a forma de administração desse fundo, que não teria sido bem disciplinada, proporcionando choque de competências entre a administradora e os cotistas<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> HARADA, Parcerias..., 2006, p. 219.

<sup>150</sup> HARADA, Parcerias..., 2006, p. 222.

<sup>151</sup> DI PIETRO, **Parcerias**..., 2006, p. 176.

#### 5.4 Exame da constitucionalidade desta garantia

Segundo os defensores desta modalidade de garantia, os fundos especiais não se enquadrariam no conceito de fundos orçamentários, extintos pelo art. 36 do ADCT e previstos no art. 165, §9º, inciso II da CF/1988, já tendo sua disciplina prevista em lei complementar, que não precisaria ser posterior à edição da Lei Maior, justamente no já citado art. 71 da Lei nº 4.320/1964<sup>152</sup>. E mesmo que o fossem, o que o dispositivo constitucional exige é que a lei complementar discipline as condições para instituição e funcionamento dos fundos e não que a criação de cada fundo particular ocorra por esta via legislativa<sup>153</sup>. Ademais, trata-se de um mecanismo financeiro largamente utilizado, sem que sobre ele tenha sido apontada qualquer inconstitucionalidade, com possibilidade de contornar a regra que obriga a devolução do valor previsto num exercício financeiro à conta única do Tesouro<sup>154</sup>.

Sobre a impossibilidade de os fundos prestarem garantias de obrigações pecuniárias, cumpre destacar que a Lei nº 4.320/1964 não prevê esta limitação. Pelo contrário, o mencionado art. 71 do referido estatuto legal dispõe genericamente que o fundo deve possuir um objetivo para seu caixa, a ser disciplinado pela lei que o institui. No tocante ao FGP, assim como aos demais fundos especiais que terão a mesma função, o objetivo é diferente daquela dos fundos até então criados, pois serve não ao pagamento de obrigações, mas à garantia delas. Trata-se, inegavelmente, de finalidade adequada aos termos do art. 71 da Lei nº 4.320/1964.

José Augusto Moreira de Carvalho concorda com esta acepção e salienta que não se poderia admitir que os recursos dos fundos especiais “fossem vinculados a receitas de impostos, o que constituiria flagrante afronta ao artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal<sup>155</sup>”. Porém, não foi isso que aconteceu, tendo em vista os bens e direitos escolhidos na lei para compor as cotas do FGP<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> PINTO, Marcos Barbosa; PULINO, Marcus Vinícius. O Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 114, p. 208-211, 2006. p. 210.

<sup>153</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Adequação da Lei de PPP às Normas de Direito Financeiro. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, n. 8, p. 336-346, 2007. p. 338.

<sup>154</sup> RIBEIRO; PRADO, **Comentários...**, 2007, p. 227-229. Estes autores chegam a enumerar todos os fundos especiais criados desde a promulgação da CF/1988, pela via de lei ordinária, sem que tenha havido qualquer questionamento de sua validade no âmbito judicial ou no Tribunal de Contas.

<sup>155</sup> CARVALHO, **As Parcerias...**, 2006, f. 163.

<sup>156</sup> Reporte-se novamente ao § 1º do art. 18 da Lei nº 11.079/2004.

Sem embargo, o patrimônio deste Fundo não deve ser preenchido por receitas tributárias e sim por receitas originárias do ente, cuja titularidade não é transmitida ao parceiro privado<sup>157</sup>. Por sua vez, este patrimônio não ingressaria no conceito de dívida pública, de sorte que, conforme possibilidade já mencionada, os recebíveis a título de *royalties* poderiam ser afetados ao patrimônio dos fundos, por sua natureza de receita originária, sem contrariar a Resolução do Senado Federal nº 43/2001, que dispõe sobre limites e condições de autorizações de operações de crédito estatal e veda a utilização das receitas provenientes de *royalties* como garantias de operações de crédito contratadas pelo Poder Público<sup>158</sup>.

No que cinge à obediência ao regime dos precatórios, previsto no art. 100 da CF/1988, é certo que a Lei Geral das PPPs não determinou expressamente que os fundos especiais teriam personalidade jurídica própria, e tampouco assim dispôs quando da autorização para criação do FGP. Todavia, se não o instituiu *ipsis litteris*, outorgou-lhe os elementos para que assim fosse reconhecido de fato, pois possui patrimônio próprio, separado do de seus cotistas, e é sujeito de direitos e obrigações. Conforme Harrison Ferreira Leite nos demonstra, em raciocínio que serve aos demais fundos especiais, o FGP “assemelha-se às universalidades jurídicas, como o condomínio, o espólio. Numa eventual ação onde figura como sujeito passivo, é o FGP que é acionado, não a União ou a pessoa jurídica que o administra<sup>159</sup>”.

Marcos Barbosa Pinto e Marcus Vinícius Pulino esclarecem que o fato de que, no mercado financeiro, os fundos são associados em geral a uma comunhão de recursos em regime de condomínio, em que a propriedade dos bens pertence a uma pluralidade de partes, pode também ter levado a uma apressada conclusão de que os fundos seriam simples comunhão de recursos. No entanto, por expressa dicção legal, é certo que os fundos, como é exemplo maior o FGP, configuram-se como autênticos sujeitos de direitos<sup>160</sup>.

Se assim não fosse, *a contrario sensu*, o Fundo não poderia oferecer garantias como fiança e aval para obrigações devidas pela União, pois seria uma contradição a mesma pessoa oferecer garantia de si mesma. Da mesma maneira, os fundos especiais só poderiam oferecer garantias de outros entes. Seria uma contradição em termos, pois o mencionado FGP, criado

---

<sup>157</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Possibilidade de Afetação dos Recebíveis de Royalties aos Fundos Garantidores de Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 25, p. 9-38, 2009. p. 19-20.

<sup>158</sup> ARAGÃO, Possibilidade..., 2009, p. 20.

<sup>159</sup> LEITE, Adequação..., 2007, p. 338.

<sup>160</sup> PINTO; PULINO, O Fundo..., 2006, p. 209. A confusão é justificada, pois a forma condominial é atribuída pelas próprias normas regulamentares que disciplinam os fundos de investimento (vide art. 2º da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nº 409/2004).

exclusivamente para garantir as contraprestações devidas pela União em suas PPP, só serviria para assegurar as parcerias de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Relativamente à vedação prevista no art. 40, §6º da LRF, cumpre observar que as garantias ora em debate não se referem a “operações de crédito internas ou externas”, o que de plano afasta a acusação de infração à CF/1988 e à própria LRF. E mesmo que se tratasse de operação de crédito, o objetivo da LRF é controlar a capacidade de endividamento dos entes federativos, limitando a concessão de garantias pelas suas estatais, o que não dialoga com o regime de garantias do art. 8º da Lei das PPPs.

No que cinge à possível incongruência da administração do FGP, cumpre distinguir o alcance das atribuições do administrador e dos sócios cotistas. Considerando que a administração do FGP é atribuída a instituição financeira, sendo atualmente exercida pelo Banco do Brasil, a competência da Assembleia de cotistas reduz-se ao disposto exclusivamente na lei, ou seja, aprovar o estatuto e o regulamento do fundo, bem como a deliberação sobre sua extinção. Em relação a este último ponto, porém, deve-se concordar com a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois, de fato, o fundo criado por lei também só pode ser extinto por lei<sup>161</sup>. O que os cotistas reunidos em Assembleia podem fazer é decidir pela sua extinção, para fins de ser apresentado Projeto de Lei neste sentido<sup>162</sup>.

Por fim, assiste razão mais uma vez à professora paulista quando suscita que o patrimônio do fundo deva ser deliberado em lei que indique quais as receitas ficarão a ele vinculadas. Porém, tal conclusão não invalida o fundo, mesmo com sua composição atual. Cabe à Lei Orçamentária deliberar sobre as receitas que vão compor o FGP<sup>163</sup>. E, em relação ao aporte ao fundo de bens de uso especial ou bens de uso comum, esse procedimento só pode ocorrer com a devida desafetação, de forma individualizada e também por meio de lei<sup>164</sup>. Portanto, a reserva legal encontra-se atendida na composição financeira do FGP.

---

<sup>161</sup> DI PIETRO, **Parcerias...**, 2006, p. 176.

<sup>162</sup> Por força do disposto no art. 10, inciso V, “a” do Dec.-Lei nº 147/1967, a União deve ser representada na Assembleia-Geral pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou por Procurador da Fazenda Nacional a quem tenha sido delegada esta função. Sendo assim, cabe a este Procurador encaminhar a deliberação sobre a extinção para o Presidente da República, para que este decida sobre a apresentação do Projeto de Lei extinguindo o Fundo.

<sup>163</sup> Art. 18, § 8º da Lei nº 11.079/2004.

<sup>164</sup> Art. 18, § 7º da Lei nº 11.079/2004.

## 5.5 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia

O fundo especial, a exemplo do FGP, apresenta como vantagem a separação do patrimônio em um caixa à parte da conta única do tesouro, permitindo inclusive a criação de um patrimônio de afetação, que não se comunica com o restante do patrimônio do FGP e fica vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual venha a ser constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações também assumidas pelo mesmo fundo.

Diante da dificuldade de se fazer com segurança previsão ou estimativa de impacto orçamentário por todo o período de vigência dos contratos de PPP, o fundo garantidor protege o parceiro privado para obrigações de longo prazo (como é a regra nesta modalidade contratual), pois a garantia, como fiança, hipoteca ou penhor, pode ser acionada diretamente contra o fundo, sendo possível até mesmo a constrição judicial dos bens.

Deveras, não se desgastar com a fila dos precatórios representa uma redução nos custos de transação e nos riscos da operação. E o procedimento previsto na Lei é célere: no caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento<sup>165</sup>. E, caso transcorridos mais de 90 (noventa) dias do vencimento dos débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, sem que tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado, o parceiro privado também poderá acionar a respectiva garantia<sup>166</sup>.

Do lado do parceiro público, a vantagem é a mesma prevista na vinculação de receitas, pois dispensa o desembolso imediato e sem possibilidade de retorno do recurso investido, o que ocorre em outras modalidades de garantia (como a contratação de seguro-garantia ou financiamento externo) e ainda promove uma prática de boa gestão fiscal, pelo estímulo ao pagamento da obrigação assumida<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Art. 18, § 4º da Lei nº 11.079/2004.

<sup>166</sup> Art. 18, § 5º da Lei nº 11.079/2004.

<sup>167</sup> Para Luiz Paulo Rosek Germano, as PPPs apontam num caminho de valorização da garantia por meio de fundos especiais: “o surgimento de um fundo, na forma da lei, composto por ativos do Estado e recebíveis, inclusive recursos advindos de financiamentos internacionais, tais como do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, poderá garantir a execução dos projetos, evitando o surgimento de obras inacabadas, grandes exemplos de desperdício de dinheiro público e péssima gerência administrativa” (GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Serviço Público: do Estatismo às Parcerias Público Privadas. *In*: GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Lições de Direito Administrativo**: Estudos em Homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71-84. p. 81).

Para seu melhor funcionamento, Helio Kohama recomenda que na constituição do fundo, além da figura do gestor, os órgãos e unidades administrativas estejam aptos a autorizar despesa dentro dos limites impostos pelas dotações orçamentárias aprovadas, bem como assinar notas de empenhos e autorizar pagamentos dentro dos limites financeiros existentes, o que demarca a competência dos ordenadores de despesas<sup>168</sup>.

## CAPÍTULO 6 – SEGURO-GARANTIA

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

[...]

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público [...].

### 6.1 Conceito de contrato de seguro

O contrato de seguro constitui uma modalidade autônoma de oferecimento de garantia. Sua origem é imprecisa, mas há versões de que remontaria aos camaleiros da Antiguidade, que, em suas viagens pelos desertos para compra e venda, enfrentariam condições inóspitas de tempo, com risco de morte de seus animais e, por consequência, ruína absoluta ao comerciante. Como solução, os camaleiros passaram a firmar acordos de cooperação mútua, pelos quais, na hipótese de que um deles perdesse um camelo, os demais lhe prestariam auxílio. Outra hipótese digna de crédito é registrada em relação aos fenícios, hábeis comerciantes do mesmo período histórico, que enfrentavam com suas embarcações o mar revolto e também corriam risco de que a perda de suas naus e das cargas os levasse à quebra. De modo semelhante aos camaleiros, estipularam acordos mútuos para que o prejuízo de um fosse diluído entre os demais<sup>169</sup>.

Certo é que, desde então, os contratos de seguro obtiveram impulso, ao servir de esteio de proteção para o capital empreendedor, como na era das grandes navegações, baseando-se

---

<sup>168</sup> KOHAMA, *Contabilidade...*, 2003, p. 223.

<sup>169</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2-4.

nos princípios da previdência, mutualismo, pulverização de riscos, garantia e licitude do interesse segurado.

## 6.2 Classificações do contrato de seguro

O seguro é contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual e nominado e, na grande maioria dos casos, firmado por adesão.

*Bilateral*, porquanto todas as partes firmam obrigações mútuas; *oneroso*, uma vez que também segurador e segurado (ou estipulante) estão sujeitos a sacrifícios econômicos; *comutativo*, em oposição a aleatório<sup>170</sup>, pois, desde a estipulação do contrato, as partes já tomam conhecimento exato de qual será sua prestação; *consensual*, pois se perfectibilizam com a simples anuência dos contratantes, sem necessidade de cumprirem outra formalidade legal; e, por fim, *nominado*, haja vista que seu tipo se encontra disciplinado com denominação legal própria no Código Civil e em disposições regulamentares.

A definição legal de contrato de seguro, a exemplo do que já ocorria no Estatuto de 1916, encontra-se no Código Civil de 2002:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Com efeito, de acordo com o texto legal e conforme leciona Ivan de Oliveira Silva<sup>171</sup>, o contrato de seguro é a “convenção em que um ente específico, o segurador, se obriga, mediante a paga de um prêmio, a garantir legítimo interesse do segurado, concentrando em pessoa ou coisa, contra riscos advindos de circunstâncias adversas”.

<sup>170</sup> Na vigência do Código de Beviláqua, a maioria dos doutrinadores classificava o seguro como contrato aleatório, sob argumento de que ao menos uma das partes não sabia exatamente qual seria a sua prestação, a depender da álea decorrente de evento futuro e incerto. Na verdade, nestes casos, a álea incidiria sobre o sinistro e não sobre a obrigação em si. Ademais, risco não se iguala a incerteza. De todo modo, conforme Fábio Ulhoa Coelho nos demonstra, em corrente, embora não majoritária mas à qual nos filiamos pelos motivos expostos, o atual CCB sepultou o entendimento anterior: “com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, altera-se substancialmente o tratamento da matéria no direito brasileiro. Não há mais elementos para sustentar a natureza aleatória do contrato de seguro, entre nós. Isto porque a lei não define mais a obrigação de a seguradora pagar ao segurado (ou a terceiro beneficiário) uma determinada prestação, caso venha a ocorrer evento danoso futuro e incerto. Este pagamento é, na verdade, *um* dos aspectos da obrigação que a seguradora contrai ao contratar o seguro: *a de garantir o segurado contra riscos*” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 491).

<sup>171</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso...**, 2008. p. 57.

### 6.3 O contrato de seguro-garantia

O *seguro-garantia*, também denominado *seguro caução empresarial*<sup>172</sup>, compreende um ramo especial do contrato de seguro, de natureza mais aproximada à fiança, destinado à cobertura de riscos relacionados à garantia de obrigações contratuais (*surety bond*). Nesta modalidade, o caráter autônomo é substituído pela natureza assessoria. Trata-se de um contrato conjugado a um contrato principal, em face da complexidade de interesses envolvidos, e presta-se a garantir os riscos objetivos e subjetivos de um determinado negócio jurídico.

Em cuidadoso estudo sobre o tema, Renato Macedo Buranello aponta como diferencial desta modalidade, que o torna mais atrativo que outras opções de garantia, como a fiança, o fato de que o segurador, ao averiguar o risco do crédito, além da análise da situação econômico-financeira do devedor – cuidado trivial das instituições financeiras –, ainda apreciaria a capacidade de execução do contrato a ser cumprido. Ou seja, verifica-se a expectativa de *performance* contratual, medida que se mostra fundamental em face da índole pessoal desta garantia<sup>173</sup>.

A introdução desta modalidade de seguro no direito brasileiro deu-se a partir do Dec.-Lei nº 200/1967, seguindo-se o Dec.-Lei nº 73.140/1973, o Dec.-Lei nº 2.300/1986 e a Lei nº 8.666/1993. Atualmente, encontra-se disciplinado pela Circular SUSEP nº 232/2003.

Destina-se precipuamente a garantir obrigações assumidas por empresas privadas perante a Administração Pública, direta ou indireta, sendo opção menos custosa e de mais fácil obtenção que a fiança bancária, com a vantagem extra de não afetar a linha de crédito<sup>174</sup>. Funciona em esquema triangular, composto por um *tomador*, responsável pela contratação do seguro e pelo pagamento do prêmio; um *segurado*, também beneficiário da apólice, que é o

<sup>172</sup> Esta é a nomenclatura preferencialmente adotada em países de língua espanhola (Espanha, México, Argentina, Colômbia e Chile), onde ao lado de outras economias, como EUA e Canadá, “é impensável iniciar qualquer atividade econômica ou mesmo exercê-la, sem antes contratar seguro caução empresarial para o cumprimento de obrigações próprias ou decorrentes do exercício de empresa [...]” (MARENSI, Voltaire. **O Seguro no Direito Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 410-411).

<sup>173</sup> BURANELLO, Renato Macedo. **Seguro Garantia de Obrigações Contratuais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Orientador: Fábio Ulhoa Coelho.

<sup>174</sup> Embora se trate de modalidade preferencialmente utilizada em contratos administrativos, em especial concessões, o seguro-garantia é previsto para outras atividades, existindo diversas modalidades como o do concorrente, do executante construtor, fornecedor e prestador de serviços, por adiantamento do pagamento, de retenções de pagamento, aduaneiro, imobiliário, judicial, administrativo, financeiro, trabalhista e previdenciário, e antecipação de recebíveis contratuais. A Lei nº 11.786/2008 previu a figura do seguro-garantia para a construção naval.

credor da obrigação, ou seja, aquele que contrata o tomador e requer garantia do cumprimento das obrigações assumidas; e o *garantidor*, que é a empresa seguradora, autorizada a emitir apólices para garantir obrigações assumidas pelo tomador no contrato principal<sup>175</sup>.

Nas concessões comuns, o papel do tomador é assumido pela empresa privada concessionária, enquanto o poder público concedente é o segurado. Nas concessões patrocinada e administrativa, estas partes trocam de vestes.

#### 6.4 Exame da constitucionalidade desta garantia

Não se anotam debates doutrinários sobre a constitucionalidade deste dispositivo, o que pode ser interpretado como concordância tácita com sua adequação aos termos da CF/1988. Ainda assim, cumpre romper o silêncio e averiguar esta condição. Com efeito, o embasamento do seguro-garantia nos contratos celebrados com a Administração, assim como nas demais garantias de forma geral, encontra-se no art. 37, inciso XXI da CF/1988:

Art. 37. *Omissis*.

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Uma leitura do dispositivo acima transcrito poderia indicar que se trata apenas de uma permissão para exigir garantias do parceiro privado, quando contratado pela Administração. Decerto, uma leitura apressada. O constituinte pretendeu que as condições técnicas e econômicas para contratação com o Poder Público, indispensáveis ao cumprimento das obrigações, fossem garantidas. No caso das PPPs, estas condições devem ser prestadas tanto pelo parceiro público quanto pelo privado. Portanto, também para a Administração podem ser exigidas garantias de cumprimento contratual, a exemplo desta modalidade de seguro.

Ademais, cuida-se de hipótese de contrato da Administração, e não contrato administrativo, porquanto o Poder Público atua como particular, despido das prerrogativas de direito público. Enquanto sujeito de direitos e obrigações, é permitido e até comum que a

---

<sup>175</sup> Se a empresa seguradora prestar atividades no Brasil, deve obter autorização para funcionamento por meio da SUSEP, órgão pertencente à estrutura do Ministério da Fazenda.

Administração celebre contratos de seguro, para preservar, frente a riscos diversos, a incolumidade de seu patrimônio, como automóveis, equipamentos, prédios afetados a atividade estatal, dentre outros bens públicos. E nada impede que o continue a fazer. Pelo contrário, trata-se de uma manifestação de zelo do administrador, que busca assegurar a manutenção da coisa pública.

Por fim, não se enxerga inconstitucionalidade na limitação de que a companhia seguradora não seja controlada pelo Poder Público. Trata-se de opção legítima do legislador, para oferecer maior segurança no cumprimento da apólice ao parceiro privado e isenção na observância dos riscos da operação segurada.

## 6.5 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia

### 6.5.1 Análise da sinistralidade e dos custos do prêmio

Esta modalidade de garantia não traz consigo as mesmas discussões sobre afetação de receitas públicas, tampouco pesam contra ela acusações de inconstitucionalidade de outra ordem. Para Marcos Juruena Villela Souto, “sem dúvida, o melhor formato para o mercado seria a contratação de seguro-garantia pela Administração<sup>176</sup>”. De fato, para o parceiro privado, aparentemente constituiria a forma mais segura de se resguardar da falta de pagamento da contraprestação, pois seria uma terceira parte, de idoneidade comprovada, a prestar a obrigação, com execução imediata.

Todavia, a segurança é relativa. Em se tratando de um contrato de longo prazo, submete-se da mesma maneira aos riscos de se contratar com o Poder Público. Considerando que as normas referentes aos contratos de seguro se aplicam subsidiariamente ao seguro-garantia, se a Administração Pública sobrecarregar suas contas, transgredindo as regras de responsabilidade fiscal, agrava intencionalmente o risco objeto do contrato, o que pode levar à perda da garantia, nos termos do art. 768 do Código Civil.

Também perderá direito à indenização se estiver em mora no pagamento do prêmio e o sinistro ocorrer antes da purgação, forte no art. 763 do CCB, o que pode acontecer por um

---

<sup>176</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 47.

eventual contingenciamento de recursos orçamentários, medida habitual entre os governos. Para evitar este risco, convém que os contratos de seguro-garantia prevejam cláusula que permita acionar a garantia mesmo se as prestações não estiverem em dia, como se costuma prever nos contratos de seguro-garantia oferecido pelo concessionário ao Poder concedente. Neste caso, embora transmita maior segurança ao parceiro privado, deve-se ter ciência que a seguradora decerto internalizará o custo do risco de não ser pago o prêmio, inclusive elevando seu valor.

Pelo lado do parceiro público, esta garantia apresenta outros inconvenientes. Tratando-se de contratos de longa duração e porte financeiro elevado, na prática, contratar com companhia seguradora privada pode tornar-se demasiadamente custoso. O risco político já observado interferiria na sinistralidade e, por consequência, no custo do prêmio e dos demais encargos, como carregamento e franquia. Ademais, exige o desembolso imediato, o que não ocorre em outros mecanismos, como vinculação de receita ou por meio de fundos públicos.

A sua viabilidade depende, sobretudo, da melhoria das condições do ambiente institucional, ou seja, da percepção de confiança que o mercado venha a ter da possibilidade do Estado (o que inclui, genericamente, todos os entes federativos) honrar seus compromissos. Esta expectativa pode ser medida por critérios que analisam o risco-país, como os graus de investimentos aferidos por organismos internacionais de crédito. Neste momento inaugural dos contratos de PPP, é preferível que esta modalidade se aplique a casos mais restritos, conforme entendimento de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

pensamos que essa modalidade de garantia deva se restringir, assim, nesse primeiro momento, àquelas parcerias em que (i) a contraprestação pública constitua parcela pouco significativa, de maneira que o risco a ser segurado seja de pequeno montante, ou (ii) o prazo do seguro-garantia seja diminuto, o que também permitiria minimizar grandemente o risco<sup>177</sup>.

### 6.5.2 Prazo

Vale, outrossim, salientar o tratamento jurídico diferenciado que esta modalidade de seguro-garantia recebe nos regulamentos da SUSEP. Enquanto o art. 3º, inciso I, da Circular SUSEP nº 232/2003 determina que “a vigência da cobertura do seguro-garantia será igual ao prazo estabelecido no contrato principal, devendo o tomador efetuar o pagamento do

---

<sup>177</sup> RIBEIRO; PRADO, *Comentários...*, 2007, p. 230.

respectivo prêmio por todo este prazo”, nas hipóteses de seguro-garantia para concessões, o contrato é firmado mediante apólices anuais renováveis, justificando-se pela inviabilidade de a seguradora assumir os riscos por todo o prazo de concessão, naturalmente longos<sup>178</sup>. Acrescentamos que tampouco os tomadores poderiam arcar com o pagamento de um prêmio tão elevado, visto que é calculado por todo o lapso contratual, incidindo uma majoração dos riscos corriqueiramente observados em contratos de longa duração.

Esta limitação, porém, pode significar uma vantagem para o Poder Público, na medida em que os riscos políticos atualmente observados, frutos da afamada mácula de mau pagador, podem diminuir consideravelmente nos anos vindouros. Esta situação constituiria fator de redução da probabilidade de ocorrência do sinistro (inadimplemento das contraprestações estatais), de modo a provocar reduções sucessivas nos prêmios do seguro.

### 6.5.3 Uso parcial

O seguro-garantia pode ser usado de forma apenas parcial, coexistindo com outras garantias que cobririam as demais parcelas submetidas a risco. Desta forma, a seguradora só responderia proporcionalmente à responsabilidade assumida e o prêmio seria reduzido.

Além das medidas acima apontadas, cabe à SUSEP disciplinar de forma específica esta modalidade de seguro-garantia, aplicada às PPPs, haja vista a peculiaridade de ter o ente público como tomador e o particular como segurado.

## CAPÍTULO 7 – GARANTIA PRESTADA POR ORGANISMO INTERNACIONAL OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO CONTROLADAS PELO PODER PÚBLICO

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

[...]

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público [...].

---

<sup>178</sup> Disponível em: < <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/Garantia.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

## 7.1 Organismo internacional

A lei acolheu, propositadamente, a expressão genérica *organismo internacional*. Nesta acepção mais ampla, compreende as organizações internacionais, termo aplicado tradicionalmente e que trata de uma

[...] associação voluntária entre Estados, constituída através de um tratado que prevê um aparelhamento institucional permanente. Além disso, ela é dotada de uma personalidade jurídica distinta dos Estados que a compõem, com o objetivo de buscar interesses comuns, através da cooperação entre seus membros<sup>179</sup>.

Esta definição permite distinguir as organizações internacionais das empresas multinacionais ou, dizendo melhor, transnacionais, que possuem matriz em um determinado Estado enquanto mantêm atividades de produção e prestação de serviços por suas filiais em outros Estados. Igualmente, ainda que com ela preserve a adequação, é mais elucidativa que a sintética definição constante do art. 2º da Convenção de Viena sobre Tratados (1986), segundo a qual se entende por “organização internacional uma organização intergovernamental”<sup>180</sup>.

Assim, por organização internacional, há as organizações de natureza *política*, com foro universal, a exemplo da ONU, ou regional, como a União Europeia; e aquelas de *cooperação*, de domínio específico, como a OIT, a *UNESCO*, a *FAO*, a OMS, e assim também o FMI e o *BIRD*, este entre nós denominado Banco Mundial.

Por sua vez, organismo internacional refere-se a uma realidade mais ampla. José Francisco Rezek, com apoio em Paul Reuter, já observava a herogeneidade dos entes que se podem ordenar sob esta nomenclatura, que abarca desde as organizações internacionais clássicas, suas agências ou órgãos componentes, personalidades de direito interno, cuja

<sup>179</sup> SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 5. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33-34.

<sup>180</sup> Isto porquanto tanto a definição doutrinária como aquela constante do tratado aprovado na chamada Convenção Viena II, neste caso por falta de consenso entre os partícipes, não enfrentam diretamente a discussão sobre se as organizações internacionais só poderiam ser aceitas como tal se possuíssem total autonomia perante seus Estados-membros. Vale ressaltar, por outro lado, que, embora uma independência completa não seja consensual, aponta-se como um dos três traços característicos das organizações internacionais, ao lado da constituição por tratado e a submissão às normas do Direito Internacional Público, a existência, ao menos em um de seus órgãos, de poderes decisórios que não dependem da vontade de nenhum Estado em particular (SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 152-154.). Acrescente-se que, uma vez constituída a organização, ela adquire personalidade internacional independente da de seus membros constituintes, podendo, portanto, adquirir direitos e contrair obrigações em seu nome e por sua conta, inclusive por intermédio da celebração de tratados com outras organizações internacionais e com Estados, nos termos do seu ato constitutivo.

projeção internacional não tenha exato contorno jurídico, como é o caso do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, um mero tratado multilateral, como o GATT, uma associação internacional de empresas, como a IATA, e, ainda, o caso original das empresas instituídas por compromissos entre Estados soberanos, como Itaipu Internacional<sup>181</sup>. E acrescentamos uma federação internacional de associações privadas, como a FIFA, e os grupos que representam organizações religiosas ou do terceiro setor, como as Organizações Não-Governamentais (ONGs), entidades que, mesmo com a obrigatória ressalva de que não possuem personalidade jurídica de Direito Internacional, inegavelmente atuam no plano da sociedade globalizada<sup>182</sup>.

Para efeitos da prestação de uma garantia, nada impede que o Brasil seja membro destas organizações ou organismos. Trata-se, inclusive, de medida salutar, pois aprofunda os laços de confiança recíproca entre garantes e também entre os parceiros da PPP. Aliás, o Brasil pode até mesmo ser o *principal acionista* deste organismo internacional, pois a ressalva que consta do inciso – “que não sejam controladas pelo Poder Público” – diz respeito unicamente às instituições financeiras, o que é bem explicitado pelo uso do feminino (“controladas”).

## 7.2 Instituições financeiras

Instituições financeiras são organizações que, mediante autorização do Banco Central, trabalham com a alocação de capitais financeiros próprios ou de terceiros, obedecendo a uma relação de risco, custo e prazo que atenda aos objetivos de seus patrocinadores (*stakeholders*).

De acordo com Eduardo Fortuna, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras podem ser agrupadas em diversos segmentos, segundo a peculiaridade de suas funções de crédito<sup>183</sup>. A hipótese em comento, porém, trata somente das instituições de crédito a curto, médio e longo prazos.

---

<sup>181</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248

<sup>182</sup> CRETELLA NETO, **Comentários...**, 2005, p. 71

<sup>183</sup> São elas: (a) Instituições de Crédito a Curto Prazo (Bancos Comerciais, Caixa Econômica, Bancos Cooperativos/Cooperativas de Crédito, Bancos Múltiplos com Carteira Comercial); (b) Instituições de Crédito de Médio e Longo Prazos (Bancos de Desenvolvimento, Bancos de Investimento, Caixa Econômica, Bancos Múltiplos com carteira de Investimento e Desenvolvimento, Sociedades de Crédito ao

Em relação a estas instituições, a expressão Poder Público deve ser entendida como autoridade brasileira, pois decerto não haveria problema em obter garantia expedida por entidade financeira controlada por autoridade pública de outro país, como José Cretella Neto<sup>184</sup> indica, ou de outros países associados, o que acrescentamos. E, neste segundo caso, até mesmo o Brasil pode estar associado a esta instituição financeira, desde que não exerça o controle. Em que pese se tratar de uma hipótese remota, convém traçar esta ressalva, uma vez que o mesmo inciso abordou duas formas distintas de garantia.

### 7.3 Modalidades de garantias prestadas por estes entes

Estas garantias, prestadas por organismo internacional ou instituição financeira não controlada pelo Poder Público brasileiro, podem ser feitas tanto por meio de empréstimo, carta de crédito ou fiança bancária. Este último exemplo é previsto como garantia dos particulares ao Poder Público, nos termos do art. 56, §1º, inciso III da Lei nº 8.666/1993.

### 7.4 Constitucionalidade e conveniência de adotar esta modalidade de garantia

Este ponto, do mesmo modo que o anterior, não produziu debates na doutrina no sentido de uma eventual afronta às normas constitucionais. De fato, é facultado ao Estado brasileiro, como mostra de sua soberania, realizar operações de crédito perante organismos internacionais e instituições financeiras.

---

Microempreendedor, Agências de Fomento); (c) Instituições de Crédito e Financiamento de Bens de Consumo Duráveis (Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento – Financeiras, Caixa Econômica, Bancos Múltiplos com Carteira de Aceite); (d) Instituições de Crédito Imobiliário (Caixa Econômica Federal, Associações de Poupança e Empréstimo, Sociedades de Crédito Imobiliário, Companhias Hipotecárias, Bancos Múltiplos com Carteira Imobiliária); (e) Instituições de Intermediação no Mercado de Capitais (Sociedades Corretoras – CCVM, Sociedades Distribuidoras – DTVM, Bancos de Investimento, Bancos Múltiplos com Carteira de Investimento, Agentes Autônomos de Investimento); (f) Instituições de Seguros e Capitalização (Seguradoras, Corretoras de Seguros, Entidades Abertas de Previdência Complementar, Entidades Fechadas de Previdência Complementar, Sociedades de Capitalização); e (g) Instituições de Arrendamento Mercantil – Leasing (Sociedades de Arrendamento Mercantil, Bancos Múltiplos com Carteira de Arrendamento Mercantil) (FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: Produtos e Serviços**. 18. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010. p. 27).

<sup>184</sup> CRETELLA NETO, **Comentários...**, 2005, p. 71.

Se este ponto não contém grida doutrinária a apontar eventuais inconstitucionalidades, guarda, porém, ressalvas do ponto de vista da conveniência administrativa e econômica.

A cessão de crédito por parte de organismos multilaterais, a exemplo do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, é de certo modo comum e incide como uma garantia prestada pela entidade, que dispõe de um *rating* máximo de crédito para pagamento do parceiro privado, assegurado, por sua vez pelo aval soberano do Estado partícipe. Neste caso, opera-se uma espécie de *credit enhancement* (melhoria do nível de crédito). Esta operação pode ser bem mais atrativa para a iniciativa privada, em razão da segurança transmitida, contudo só é vantajosa também para o setor público se as tarifas e os juros cobrados pelo organismo internacional compensarem a diferença entre o risco soberano e o risco de crédito.

Raciocínio análogo aplica-se aos créditos provenientes de empréstimos em instituições financeiras, cujos juros incidentes devem compensar a opção de garantia por este meio e não pelo próprio Estado, como na vinculação de receitas e por fundo especial ou garantidor. Esta modalidade só deverá tornar-se mais atrativa na medida em que o país adquira maior confiança do investidor, sobretudo estrangeiro, tendo em vista que o mercado financeiro local ainda não conta com agências de fomento privadas com cabedal suficiente para garantir operações do porte que uma PPP exige.

## CAPÍTULO 8 – EMPRESA ESTATAL

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

[...]

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade [...].

### 8.1 Empresa estatal como gênero

Em relação a esta modalidade, o vocábulo genérico utilizado – *empresa estatal* – indica que se refere tanto a empresas públicas como sociedades de economia mista, entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado. O conceito legal

destas duas espécies empresariais públicas encontra-se no Dec.-Lei n° 200/1967, com redação dada pelo Dec.-Lei n° 900/1969, *in verbis*:

Art. 5°. *Omissis*.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

O conceito legal, porém, em observação que vale tanto para empresa pública como para sociedade de economia mista, é falho. Reconhecer estas falhas não significa pretender atribuir ao instituto um sentido diverso daquele concedido objetivamente pelo legislador, mas encontrar o sentido que se extrai do sistema por ele previsto. De fato, a seguir radicalmente esta definição, muitas empresas públicas e sociedades de economia mista deixariam de enquadrar-se como tal, num evidente desvirtuamento conceitual. Tais incongruências lógicas devem ser superadas, o que passa pela identificação do suporte fático juridicizado e do regime jurídico derivado.

Com efeito, a definição jurídica deve permitir a sua individualização, isto é, a diferenciação de um instituto em face de outros fenômenos por meio de suas características normativas inserido no sistema próprio. E uma interpretação sistemática, vale repisar, pressupõe uma unidade normativa coerente.

## 8.2 Empresa pública

Uma contradição do conceito legal encontra-se na leitura dos arts. 1° e 5° do Dec.-Lei n° 900/1969. Este art. 5°, que não foi incluído no Dec.-Lei n° 200/1967, dispõe que

desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (artigo 5° inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios).

Ou seja, ao contrário do que a definição constante do Dec.-Lei nº 200/1967 estatui, empresa pública não é somente aquela de capital pertencente de forma exclusiva à União, tanto assim que as entidades da Administração indireta, com personalidade jurídica própria, como as autarquias e fundações, podem ser acionistas, inclusive majoritárias ou exclusivas, de empresa pública. Do mesmo modo, Estados-membros, o Distrito Federal e Municípios, bem como a Administração indireta deles também podem ser acionistas de empresas públicas.

Ademais, as empresas estatais não poderiam ser aquelas destinadas somente à exploração de atividade econômica, pois assim se excluiriam aquelas destinadas a serviços públicos, conforme exigência constitucional, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Por estes motivos, adotamos os conceitos trazidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende que:

empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal<sup>185</sup>.

Esta mesma definição, *mutatis mutandis*, serve para empresas públicas estaduais, distritais ou municipais.

### 8.3 Sociedade de economia mista

No mesmo sentido, as sociedades de economia mista não são apenas aquelas em que a maioria do capital com direito a voto pertença à União ou a sua Administração indireta, o que vedaria que Estados-membros, o Distrito Federal e Municípios, bem como a Administração indireta destes, pudessem constituir empresas estatais sob esta forma. Tal construção jurídica impõe uma limitação aos demais membros da Federação que já não tinha cabimento na CF/1967 e emendas, e é muito menos adequada à ordem da CF/1988.

Assim, com as mesmas considerações utilizadas para se definir empresa estatal, sociedade de economia mista federal é aquela

---

<sup>185</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 2010, p. 187

pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento da ação do Estado, dotada de personalidade de Direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar de atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular<sup>186</sup>.

#### 8.4 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina

Em se tratando de empresas estatais voltadas a garantir obrigações contratuais, sobressai-se a natureza de exploração de atividade econômica, visto que estariam disputando mercado com empresas seguradoras ou instituições financeiras privadas. Outra não seria a interpretação, considerando que estas mesmas empresas já estão previstas como aptas a garantir contraprestação de PPP, desde que não sejam controladas pelo Poder Público, nos termos do art. 8º, III e IV, da Lei nº 11.079/2010.

Nesta modalidade, a constituição destas empresas fica adstrita aos critérios de atendimento a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme previsto no art. 173 da CF/1988.

A suposta inconstitucionalidade estaria no fato de que, de acordo com a Constituição Federal, a intervenção direta na economia é função da iniciativa privada, sendo um desnaturamento da índole das empresas públicas e das sociedades de economia mista instituí-las com o objetivo de servir de garante a créditos de terceiro. Incidiria, ademais, nos mesmos impeditivos que impediriam a utilização de fundos e por constituir burla ao sistema de satisfação de créditos pela via dos precatórios judiciais, contrariando os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas<sup>187</sup>.

#### 8.5 Exame da constitucionalidade desta garantia

Sem dúvida que a atividade de oferecimento de crédito é uma atividade econômica, portanto, a cargo preferencial da iniciativa privada. E parece uma incongruência estabelecer

---

<sup>186</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 2010, p. 191.

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 2010, p. 789.

um novo regime contratual, que permite retirar a construção de obras e a gestão de serviços das mãos do Estado, e criar um novo ente estatal para garanti-lo<sup>188</sup>.

Ocorre, porém, que o oferecimento de garantias a um ente governamental ainda depende de uma série de fatores, já examinados, que impede que o mercado absorva esta nova demanda criada pelas PPPs. A percepção de risco que pesa sobre as diversas esferas de governo no Brasil dificulta a obtenção de crédito de modo menos oneroso perante os organismos privados. Tanto que, no mercado doméstico, as instituições com capitalização são raras e quase sempre se buscam empréstimos perante organismos multilaterais. Dificilmente uma companhia seguradora ofereceria seguro ou uma instituição financeira prestaria fiança-bancária em condições favoráveis à Fazenda Pública. O custo de transação, que incluiria a justificada fama de inadimplente do Poder Público, bem como a dificuldade de recuperar o crédito devido, elevaria o prêmio do seguro ou a tarifa bancária a valores que inviabilizariam o manejo desta garantia, salvo se efetuada por uma empresa estatal.

Sucedem as condicionantes constitucionais são exemplos de hipótese de conceito jurídico indeterminado, que dependem de interpretação a ser utilizada sobre seus termos. E esta interpretação deve considerar a mutabilidade do conteúdo destes preceitos. Destarte, possibilitar a obtenção de garantias, minimizando o risco-país e tornando gradualmente mais confiável o ambiente institucional brasileiro, constitui um relevante interesse coletivo, refletido nos bens que serão postos à disposição da sociedade por meio de contratos de PPP.

E, por se tratar de instituições financeiras ou seguradoras, suas operações seguiriam rigorosamente o rito adotado por empresas de mesmo jaez na iniciativa privada, o que inclui respeito aos critérios de oferecimento de crédito. Neste caso, o seu patrimônio estaria afetado para garantir as obrigações por ela assumidas tanto como o de qualquer empresa estatal exploradora de atividade econômica. Na verdade, estariam incorrendo em operações financeiras comuns, retirando as semelhanças que pudessem ter com o regime de garantias por fundos.

Afasta-se, assim, a possibilidade de que fossem constituídas unicamente como forma de direcionar patrimônio público para garantir obrigações de entes públicos, para fugir à impenhorabilidade dos bens públicos e do regime de pagamento por precatório judicial,

---

<sup>188</sup> José Cretella Neto aponta esta incoerência na criação de empresa pública para servir de garante aos contratos de PPP, sustentando que a ideia do projeto de Reforma do Estado em curso é justamente o de retirar das atribuições estatais a intervenção na economia. Acrescenta, ainda, que estas novas empresas públicas não poderiam ser instituições financeiras, por expressa vedação do inciso VI do art. 8º da Lei nº 11.079/2004, observação da qual discordamos (CRETILLA NETO, **Comentários...**, 2005, p. 71-72).

leitura inegavelmente inconstitucional do dispositivo. Fundamenta, portanto, a criação de empresa estatal com este intuito.

## 8.6 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia

### 8.6.1 Dificuldades de criação e operação de uma empresa estatal garantidora

A criação de uma empresa estatal envolve uma série de fatores de ordem econômica e política e que, portanto, fogem do âmbito jurídico. Primeiramente, sua criação deve ser autorizada por lei específica, o que importa em negociação com o Congresso de itens que vão desde a sua sede de instalação, número de empregados (inclusive aqueles sujeitos a livre nomeação) e orçamento. A sua operação e manutenção depende ainda da boa vontade do governante de plantão, para garantir as dotações orçamentárias e possibilitar licitações para aquisição de patrimônio.

Este dispêndio só se justifica se o atendimento do interesse coletivo por instituições semelhantes encontrados na iniciativa privada não puder ocorrer ou ocorrer de forma razoavelmente inferior ao necessário. No âmbito das PPPs, isto significa um mercado ainda incipiente, em que poucas seguradoras ou instituições financeiras dispõem de condições operacionais de oferecer seus produtos ao Poder Público sem requerer em troca prêmios muito elevados para cobertura de riscos ou alta taxa de juros para oferta de fiança-bancária, respectivamente.

Por outro lado, uma instituição pública garantidora que ofereça ao poder concedente condições mais vantajosas que sua equivalente competidora privada pode suscitar a desconfiança do parceiro privado quanto à solvência, pois o agente de mercado pode compreender que os parâmetros de risco poderiam estar sendo desconsiderados.

### 8.6.2 Empresa estatal garantindo PPPs de outros entes federativos

Uma alternativa para oferecer mais segurança aos parceiros privados é que as empresas estatais criadas para o fim em destaque não componham a estrutura do Poder Público concedente. É dizer: se o contrato de PPP for celebrado no âmbito de um Estado-membro, é preferível que a empresa garantidora pertença à esfera da União; se do âmbito municipal, por empresa federal ou estadual, por exemplo, pois representaria um lastro mais seguro para o parceiro privado, tanto pelo suporte financeiro superior como pela menor possibilidade de ingerência política direta.

### 8.6.3 Execução de garantias contra as empresas estatais

Por fim, a própria execução desta garantia pode ser mais onerosa para o parceiro privado, conforme se discuta se se trata de empresa prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica. Não obstante para nós ser nítida a conclusão pela segunda hipótese, no Brasil, nunca é demais reiterar o óbvio (e também achar que o óbvio pode ser ignorado). Pode ser que, numa eventual demanda judicial, o Poder Judiciário conclua pela primeira opção, o que deve dificultar a recuperação do crédito, caso a empresa não cumpra com sua obrigação de garantir a contraprestação. Isto porquanto os bens pertencentes a empresas públicas, quando sujeitas a prestar serviços públicos, ficam afetados a este encargo e são impenhoráveis, a exemplo dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Este custo de transação deve afetar a segurança da operação garantidora e representa ônus adicional ao parceiro público. Portanto, esta forma de garantia não deve ser utilizada de modo prioritário, devendo evitar-se também seu uso isolado.

## CAPÍTULO 9 – OUTRAS FORMAS DE GARANTIA ADMITIDAS EM LEI

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:  
[...]  
VI – outros mecanismos admitidos em lei [...].

### 9.1 Cláusula genérica

Trata-se de uma cláusula genérica, que vem a admitir que outras formas, não vedadas em lei, possam ser utilizadas como garantia ao parceiro privado. Vale destacar ser desnecessária a instituição destes mecanismos em nova lei, pois o dispositivo fala em “admitidos em lei”. Nesta linha, garantias expressamente previstas, como o seguro-garantia, poderiam ser oferecidas nos contratos mesmo sem permissão explícita no art. 8º da Lei das PPPs.

### 9.2 Garantias prestadas por outras formas além de dinheiro

Sobre esta cláusula, vale considerar que as próprias contraprestações garantidas podem ser prestadas de modo diverso de dinheiro ou fórmula pecuniária equivalente. Conforme consta do art. 6º da Lei nº 11.079/2004, elas podem ser feitas por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

Nessa linha, evidente que as garantias também podem ser oferecidas por outros meios, que não somente em valores pecuniários, como foram os exemplos elencados até então. Sem embargo, podem ser disponibilizados direitos como o de ocupação temporária de bem público dominical ou ainda os decorrentes de instrumentos de política urbana, conforme previsto no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), a exemplo da outorga onerosa do direito de construir, o que pode ser uma alternativa de garantia a ser prestada por município ou consórcio de municípios.

Para o município, a instrumentalização desta garantia deve estar de acordo com o plano diretor, voltada a uma linha específica de desenvolvimento urbano, preferencialmente inserida no projeto da própria PPP garantida.

Assim, um contrato de parceria cuja prestação do serviço público promova a valorização de determinadas zonas da cidade pode atrair a atenção da iniciativa privada. Com o incremento do valor venal destas áreas, a outorga do direito de construir torna-se também mais valorizada, o que pode representar um incremento duplo, tanto no interesse do parceiro privado em assumir o negócio, como no fortalecimento da garantia, que estaria reforçada pela valorização dos bairros afetados.

### 9.3 Encargos de faturamento e cobrança de crédito perante terceiros

#### 9.3.1 Faturamento e encargos na Dívida Ativa

Os créditos públicos, de natureza tributária ou não tributária, transcorrido o prazo legal para pagamento, tornam-se exigíveis, mediante a operação de inscrição em Dívida Ativa, no registro próprio, após apurada sua certeza e liquidez. As normas gerais sobre este procedimento encontram-se dispostas na Lei nº 4.320/1964, que, dentre outros pontos, enumera os componentes do crédito inscrito em Dívida Ativa:

Art. 39. *Omissis.*

§ 4º - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979).

Algumas legislações, como as dos Estados do Ceará (art. 15 da Lei Estadual nº 13.557/2004), de Minas Gerais (art. 16 da Lei Estadual nº 14.868/2003), de Pernambuco (art. 17 da Lei Estadual nº 12.765/2005), do Rio Grande do Norte (art. 10 da Lei Complementar Estadual nº 307/2005), de São Paulo (art. 16 da Lei Estadual nº 11.688/2004), e do Distrito Federal (art. 14 da Lei Distrital nº 3.418/2004), prevêem como garantia das PPPs a atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito em relação a terceiros.

Conforme consta do mencionado dispositivo da Lei n° 4.320/1964, assim como do art. 2º, §2º da Lei n° 6.830/1980, os encargos de cobrança compõem a Dívida Ativa e servem para remunerar as despesas de cobrança e os honorários advocatícios dos procuradores responsáveis pelo patrocínio da execução fiscal<sup>189</sup>. Por faturamento, deve-se compreender o recebimento da própria dívida, com acréscimo de multa e juros.

### 9.3.2 Inconstitucionalidades apontadas pela doutrina

A vinculação destes encargos como garantia aos parceiros privados só se admite em regime de terceirização, quando o Estado transferir a operação e a cobrança da dívida ativa para agentes externos à sua estrutura. Uma vez mais Kiyoshi Harada põe em cheque a constitucionalidade desta medida. Ele sustenta que o crédito público seria indisponível e que a cobrança de tributos constituiria atividade exclusiva, por isso, sua cobrança deveria ser necessariamente processada por agentes estatais. Acrescenta que a transferência desta atribuição seria contrária ao princípio federalista, por interferir na competência tributária de cada ente federativo. Por derradeiro argumento, expõe que a partir do acréscimo do inciso XXII ao art. 37 da CF/1988, pela EC n° 42/2003<sup>190</sup>, a Administração Pública, direta ou indireta, passou a obedecer ao princípio da vinculação da Administração Fazendária ao regime de direito público<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> “1. O encargo de 20% do Decreto-lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União, que passou a cobrir despesas com a arrecadação dos tributos, além de honorários advocatícios” (TRF1, AC 199838000145698, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, e-DJF1, 23 abr. 2010, p. 255).

<sup>190</sup> “XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

<sup>191</sup> Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Diversos/296.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2010.

### 9.3.3 Exame da constitucionalidade desta garantia

É prerrogativa da Fazenda Pública a inscrição de seus créditos vencidos na Dívida Ativa e a cobrança pela via da execução fiscal. O faturamento e os encargos de cobrança destes créditos não podem ser utilizados como garantia ao parceiro privado nas PPPs se a cobrança estiver sendo efetuada pela própria Fazenda.

Na hipótese de faturamento, deve-se reiterar a mesma restrição já abordada neste trabalho. As garantias não podem versar sobre o produto da arrecadação das execuções fundadas em débitos de natureza tributária. Os impostos, ressalvadas as exceções constitucionais, não podem ser direcionados a despesa específica e os demais tributos já possuem uma despesa específica diversa desta de prestar garantia a obrigação contratual. As exceções seriam os tributos criados especificamente para servir de garantia às operações de PPP, conforme tratado no item 4.5 desta Parte II. E, na hipótese da cobrança de contribuições de melhoria, a garantia do faturamento só seria admitida para o mesmo contrato já garantido pelo tributo em questão.

Em se tratando de encargos de cobrança, seu uso como garantia também é indevido, haja vista que servem, primeiramente, para cobrir as despesas com o manejo administrativo do crédito, atividade realizada pela própria Administração e que deve ser remunerada para tanto. Em segundo lugar, os honorários advocatícios não pertencem ao ente federativo e, isto sim, aos Procuradores responsáveis pelo patrocínio destas causas, o que cresce em relevo na medida em que muitos Estados e Municípios possuem legislação que confere a seus advogados públicos o direito de receber acréscimo remuneratório pela divisão dos valores percebidos a título de honorários.

Assim, a interpretação dos dispositivos legais deve ficar restrita às hipóteses de terceirização da dívida. Resta, assim, discorrer sobre a constitucionalidade desta medida. Com efeito, no Agravo Regimental nº 409-4, em decisão publicada no DJ de 29 de junho de 1990, o STF já havia admitido a possibilidade de representação judicial por terceiros, pela constituição de mandato:

- II. Advocacia de Estado (CF, arts. 131 e 132); representação judicial não excludente da constituição de mandatário "ad judicium" para causa específica. Ao conferir aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal a sua representação judicial, o artigo 132 da Constituição veicula norma de organização administrativa, sem tolher a capacidade de tais entidades federativas para conferir mandato "ad judicium" a outros advogados para causas especiais.

Assim, em ocasiões especiais, em que a expertise do advogado privado seja comprovadamente superior à do advogado público, é possível que a Administração celebre contrato, outorgando poderes para representação judicial. É uma situação presente, sobretudo em municípios de menor porte, que não possuem uma Procuradoria estruturada ou cujos quadros, quando a possuam, são reduzidos e não têm especialização suficiente para atuar em casos específicos<sup>192</sup>.

Nas execuções fiscais, espécie de ação executória em que não há questão de mérito a se discutir, salvo nos embargos à execução, essa situação especial pode ocorrer naquelas demandas cujo valor não interesse à Fazenda executar. De fato, é comum a legislação dispensar o ajuizamento de demandas cujo valor a recuperar seja inferior à média de custos de sua tramitação<sup>193</sup>. Assim, a terceirização das dívidas neste montante pode ser uma alternativa específica para reduzir o montante do débito fiscal.

Não se trata, portanto, de tornar disponível o crédito público. De fato, nestas situações, por razões de política fiscal e eficiência da máquina administrativa, o Fisco deixa de cobrar certos valores para se dedicar a outros, com maior possibilidade de recuperação e melhor relação custo-benefício. Mas, mesmo que sua cobrança seja terceirizada, o crédito segue sendo indisponível, pois o particular contratado tem obrigação firmada e interesse financeiro de envidar máximos esforços para recuperá-lo.

O que se transfere não é a titularidade do crédito, mas o mecanismo de cobrança. Do mesmo modo que, nos créditos sem inscrição em dívida, o pagamento é feito em agências bancárias, sem a participação direta da Fazenda.

Ainda neste raciocínio, o art. 37, inciso XXII da CF/1988 determinou que a Administração Fazendária seria atividade essencial do Estado, outorgando preferências orçamentárias para realização de suas tarefas. Todavia, não dispôs sobre quais atividades executadas pela Fazenda devam ser consideradas exclusivas de Estado, o que deve ser regulamentado pela legislação infraconstitucional. Aliás, é discutível se a cobrança judicial da Dívida Ativa é atividade própria da Administração Fazendária. Justamente por envolver uma prestação advocatícia, trata-se de atividade que cabe às Procuradorias dos Estados e dos Municípios. Mesmo no âmbito da União, a CF/1988 enquadrava a Procuradoria da Fazenda

---

<sup>192</sup> Ressalte-se, porém, que estes municípios dificilmente apresentam condições de efetivar contratos de PPP, em face do valor mínimo atribuído a estes contratos, salvo em regime de consórcio com outros entes.

<sup>193</sup> O art. 20 da Lei n° 10.522/2002, na redação conferida pela Lei n° 11.033/2004, dispensa a União de promover a execução fiscal se o valor consolidado do débito não ultrapassa R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nacional, órgão responsável pela inscrição e cobrança judicial da dívida ativa, como componente da Advocacia-Geral da União<sup>194</sup>.

Por fim, inexistente, a nosso ver, invasão de competência federativa, porquanto cabe a cada ente federado dispor sobre esta modalidade de garantia em sua legislação própria, bem como nos contratos. Tampouco se trata de absorção por um ente de prerrogativa de constituir e cobrar tributos de outro ente, tendo em vista que a terceirização seria para entidade privada.

Portanto, o oferecimento de encargos de faturamento e cobrança de dívida fiscal pode ser considerada constitucional se houver transferência da cobrança da dívida a terceiros, para matérias específicas<sup>195</sup>. Em se tratando de execuções fiscais, são aquelas cuja demanda não seja de interesse da Fazenda Pública, que decide promover a terceirização da execução, o que inclui os seus custos. Deste modo, o terceirizado faz jus ao recebimento dos encargos de cobrança, se houver êxito, deixando ao Fisco o débito principal, com multa e juros. No tocante ao faturamento, só se admite como garantia se se tratar de crédito decorrente de tributo voltado justamente a garantir operação de PPP e em reforço aos contratos já garantidos pelo mesmo tributo.

#### 9.3.4 Conveniência de adotar esta modalidade de garantia

Superadas as questões de inconstitucionalidade, cumpre averiguar as questões de conveniência de adotar esta modalidade. Em face das circunstâncias envolvendo as operações de terceirização da cobrança de dívida, a alocação desta garantia mostra-se operação arriscada.

Primeiramente, é difícil que o parceiro privado tenha *know-how* para promover a execução eficiente desta dívida, o que vai demandar o repasse a empresas ligadas a recuperação de crédito, que devem cobrar pelos serviços, diminuindo o valor a ser garantido.

---

<sup>194</sup> Vide art. 131 da CF/1988 e art. 2º da Lei Complementar nº 73/1993.

<sup>195</sup> O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em julgamento da apelação em Ação Popular nº 2007.033176-2 (DJMS, 8 jul. 2010), julgou constitucional Lei do Município de Campo Grande que previa a transferência de competência para cobrar e receber extrajudicialmente débitos tributários, por contrato, a empresa privada. No voto que conduziu o julgamento, o Desembargador Relator expressa ser “perfeitamente possível a uma pessoa política com competência para criar o tributo autorizar pessoas jurídicas de direito privado a ‘arrecadá-lo’, termo este que de acordo com o dicionário Aurélio significa ‘cobrar’, pois o que o legislador determina é tão somente que a competência tributária sempre pertencerá à entidade que a recebeu por força da Constituição Federal, podendo ela (a entidade) transferir funções meramente administrativas, nunca o poder de legislar”.

Por outro lado, somente como exceção é que se pode transferir a cobrança da Dívida Ativa para terceiros e, nestas condições, o êxito torna-se mais difícil ou envolve valores de baixa atratividade (o que para a União, ente que trabalha com o maior orçamento de todos, equivale a débitos de até 10 mil reais). E, por fim, trata-se de uma garantia que trabalha com condições resolutivas, ou seja, a garantia só pode ser paga se o executado também pagar. Depende, assim, de ação de terceiro, alheio ao negócio jurídico da PPP. Por isso, não há como oferecer segurança, financeira ou jurídica, de que esta circunstância pode concretizar-se, o que se demonstra pelo elevado estoque da Dívida Ativa de todos os entes federativos e pelo baixo percentual de recuperação.

## CAPÍTULO 10 – EFICIÊNCIA DAS GARANTIAS EM ESTUDO DE CASOS

Superado o debate sobre a constitucionalidade em abstrato da previsão de garantias das contraprestações e a par das questões de conveniência de adotar uma ou outra ferramenta garantidora prevista em lei, é importante verificar como este tema vem sendo encarado na formulação dos contratos de PPP já celebrados. Retoma-se, assim, o problema da conveniência de adoção das garantias tidas por constitucionais, por meio de uma análise no caso concreto.

Com efeito, as garantias das contraprestações permitem a manifestação de um problema de relação agente-principal. Neste caso particular, o parceiro privado representa o principal (que pode ser traduzido como o indivíduo que emprega um ou mais agentes para atingir um objetivo) e o parceiro público exerce o papel de agente (indivíduo empregado por um principal para atingir os objetivos deste). É uma lógica inversa da comumente vislumbrada nos contratos administrativos, mas o fator variante é que, neste item singular, o objetivo pretendido é o pagamento da contraprestação pública, fundamental para alicerçar o equilíbrio econômico-financeiro e a amortização do valor investido no contrato.

A questão principal é que o parceiro público pode não ter incentivo suficiente para cumprir racionalmente o seu contrato, no longo prazo. Observa-se uma assimetria de informações neste relacionamento. A Administração, por razões de natureza política ou financeira, pode preferir descumprir deliberadamente o contratado, não alocando recursos orçamentários para o pagamento das contraprestações. De fato, o parceiro privado não tem mecanismos de controle que permite verificar com antecedência se o Poder Público vai prever

os recursos necessários na lei orçamentária e, mesmo que assim disponha, se a previsão será respeitada ao longo do exercício fiscal.

Assim, tanto mais eficiente será a garantia quanto melhor possa estimular o parceiro público a não recorrer a este mecanismo. De plano, percebe-se que as garantias que provocam um dispêndio imediato de recursos por parte do parceiro público (seguro-garantia ou aquelas prestadas por organismos internacionais, instituições financeiras não estatais e empresas estatais) devem ser usadas com parcimônia, uma vez que geram ônus mesmo que não venham a ser utilizadas.

Por outro lado, para o investidor privado, é mais confiável a garantia prestada por terceiros idôneos, pois diminui o custo de transação no acionamento e reduz a possibilidade de comportamento oportunista da Administração, que não tem a opção de deixar de alocar recursos orçamentários, como é possível para as outras opções (vide os fundos especiais). O ideal, portanto, é que sejam aplicadas de forma conjugada às demais garantias; que sejam utilizadas somente por um período do contrato; ou ainda que não assegurem o valor integral da contraprestação.

Convém, no entanto, não prever de modo indiscriminado todas as garantias no instrumento contratual. Quem sai de casa com cinto e suspensório pode até se julgar mais seguro de não ser pego com as calças no chão, mas a opinião pode mudar se estes acessórios não corresponderem à numeração de seu corpo. Cada contrato de PPP obedece a um trâmite peculiar e os termos contratuais devem vincular-se às características do objeto e das partes contratantes, considerando o ambiente institucional. É preferível delimitar de antemão as garantias prestadas. Destarte, ao dispor que a contraprestação será assegurada, p. ex., pela vinculação de receitas, deve-se desde logo indicar quais serão as receitas vinculadas.

Por fim, recomenda-se que o contrato preveja item determinando que, uma vez acionada a garantia, esta deve ser repostada pela Administração contratante.

A seguir, passamos a analisar as garantias constantes de alguns dos principais contratos de PPP firmados pela União e Estados.

### 10.1 Projeto Público de Irrigação “Pontal” de Petrolina-PE (União/CODEVASF)

Os projetos de PPP no âmbito federal ainda não deslancharam, em que pese a aprovação das normas gerais de sua contratação em 2004. Alguns projetos originalmente

concebidos para contratação nesta modalidade, como a Ferrovia Norte-Sul e a BR 116-324, foram excluídos da carteira das PPPs e licitados na forma de concessão comum.

A primeira concessão patrocinada celebrada pela União, tendo como anuentes a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (CODEVASF) e a Agência Nacional das Águas (ANA), foi firmada em 2010 para exploração do serviço de irrigação no perímetro público denominado Pontal, situado no município de Petrolina, sertão de Pernambuco. Trata-se de uma obra estratégica para desenvolver o agronegócio na região do Vale do São Francisco, sendo concedido aos parceiros privados o direito de ocupar e desenvolver lotes voltados para a produção agrícola irrigada, ficando ainda responsáveis pela construção e operação da infraestrutura comum e, posteriormente, pela gestão da ocupação da terra pelos usuários<sup>196</sup>.

As contraprestações foram garantidas pelo FGP, por meio de fiança a ser concedida à concessionária, nos termos do Contrato de Fiança celebrado no mesmo ato de assinatura do contrato de concessão. Optou-se, assim, por uma única garantia, mas vantajosa para o parceiro privado por já se prever o modo de acionamento, ou seja, pela fiança contratada, o que garante celeridade e maior segurança ao mecanismo.

#### 10.2 Linha 4 (Amarela) do metrô (Estado de São Paulo)

Em que pese ter sido o primeiro projeto de PPP lançado, licitado e contratado no Brasil, os resultados apresentados foram modestos e a eficiência de sua gestão bastante questionada. Das 11 estações planejadas, que deveriam cobrir até 2009 áreas nobres e de grande adensamento urbano, como a Faria Lima, Paulista, Oscar Freire e Higienópolis, somente um curto trecho entre duas estações foi inaugurado em 2010.

Os atrasos e os acidentes ocorridos na obra motivaram o governo estadual a rever o programa de PPP para o metrô paulista. Ao invés de efetuar a construção da obra para depois repassar ao parceiro privado a operação, a ideia presente é transferir de forma global o empreendimento, desde a concepção até a gestão.

---

<sup>196</sup> Disponível em: <<http://ppp-projetopontal.codevasf.gov.br/licitacoes/ppp-projetopontal/getFile?PPPFileId=59>>. Acesso em: 27 mar. 2011.



A garantia acima indicada tem por vantagem a vinculação de uma receita não-tributária administrada por uma empresa pública não-dependente, cujos débitos, portanto, não se submetem ao regime do pagamento por precatório. Tanto assim que estes valores, por contrato, devem estar vinculados a conta corrente especial.

#### 10.4 Ponte e Acesso à Praia do Paiva e Cidade da Copa (Estado de Pernambuco)

Os investimentos públicos e privados no Porto de Suape ajudaram a alavancar a economia pernambucana. Como forma de constituir rota alternativa de acesso a Suape e também para dinamizar a praia do Paiva como destino turístico e de moradia na região metropolitana de Recife, foi contratada, por meio de PPP, a construção, operação e manutenção de ponte com 320 metros de extensão e de sistema viário com 6,2 km de extensão<sup>200</sup>.

Como garantia das contraprestações, previu-se a abertura de conta vinculada na instituição financeira responsável pelo depósito das obrigações contratuais do parceiro público. Nesta conta, deve ser depositada a quantia correspondente a 20% do valor devido ao Estado de Pernambuco como repasse da CIDE-combustíveis, conforme previsto no inciso III do art. 159 da CF/1988, na redação conferida pela EC nº 44/2004.

O governo aproveitou os recursos da CIDE-combustíveis para promover uma obra ligada ao setor de transportes, no que preenche corretamente a finalidade legal da referida contribuição. Porém, é temerário contar com o repasse de uma contribuição cujas alíquotas podem ser estipuladas livremente, por decreto do presidente da República, dentro da margem legal. Aliás, a própria contribuição pode ser extinta no interregno do contrato. Tanto é que, por segurança, previu-se a possibilidade de substituição desta garantia, ofertando-se em troca (a) fiança bancária; (b) carta de garantia, oferecida por organismo multilateral de crédito com classificação de risco AAA<sup>201</sup> ou equivalente; ou (c) outra forma negociada diretamente com a concessionária.

---

<sup>200</sup> Disponível em:  
<[http://www2.ppp.seplag.pe.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=28878&folderId=27030&name=DL-FE-3379.pdf](http://www2.ppp.seplag.pe.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=28878&folderId=27030&name=DL-FE-3379.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2011.

<sup>201</sup> “AAA” é o mais alto grau de confiança que um título ou uma obrigação (em geral de empresa) pode receber de uma agência financeira, funcionando como um índice de desempenho, que considera o regular pagamento de juros e o baixo risco de calote.

Fórmula semelhante foi aplicada na contratação da PPP para construção e operação da Arena multiuso a ser utilizada na Copa do Mundo de Futebol de 2014. A garantia da contraprestação deve ser depositada na mesma conta-garantia, com vinculação de percentual dos recursos decorrentes do FPE e da compensação do ICMS-exportação<sup>202</sup>.

#### 10.5 ERS-101 Rodovia do Progresso (Estado do Rio Grande do Sul)

Em que pese contar desde 2005 com uma legislação própria regulamentando o uso de PPP, o Estado gaúcho ainda não celebrou contratos de concessão nesta modalidade. O projeto de construção e operação da ERS-101, conhecida por Rodovia do Progresso, é o que apresenta o trâmite mais adiantado<sup>203</sup>.

De acordo com a minuta do contrato, disponível ao público em audiência, prevê-se como forma única de garantia das contraprestações a fiança bancária prestada pela instituição financeira onde será aberta e mantida, pelo poder concedente, a conta para pagamento desta contrapartida estatal. Cabe à Administração negociar com esta instituição para que não precise efetuar o desembolso imediato, evitando-se, assim, este ônus.

#### 10.6 Estádio da Fonte Nova e Hospital do Subúrbio de Salvador (Estado da Bahia)

Excepcionalmente, o contrato para construção do novo estádio da Fonte Nova, a ser utilizado nos jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014, não prevê nenhuma garantia das contraprestações públicas. Na verdade, esta garantia deve ser outorgada pelo concedente em instrumento próprio, a ser firmado no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da assinatura da concessão<sup>204</sup>. Por se tratar de uma garantia firmada *ex post*, seu efeito positivo é reduzido, pois, como o parceiro privado não tem conhecimento prévio do teor, o risco não é mitigado

---

<sup>202</sup> Disponível em: <[http://200.238.107.80/c/document\\_library/get\\_file?uuid=91a23030-63b7-42c1-9d9c-ea61f9480180&groupId=26804](http://200.238.107.80/c/document_library/get_file?uuid=91a23030-63b7-42c1-9d9c-ea61f9480180&groupId=26804)>. Acesso em: 27 mar. 2011.

<sup>203</sup> Disponível em: <<http://www.investimentos.ppp.rs.gov.br/>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

<sup>204</sup> Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/contrato\\_fonte\\_nova.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/contrato_fonte_nova.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2011.

como deveria, o que influencia no valor da proposta quando da licitação desta concessão patrocinada.

Tal situação não se repete na concessão administrativa para instalação e montagem dos equipamentos hospitalares e posterior operação da unidade hospitalar (incluindo serviços médicos) do Hospital do Subúrbio, na capital baiana. Neste caso, semelhante ao observado nas PPP pernambucanas, previu-se a abertura de conta específica para destinar valores relativos ao FPE destinado à Bahia, por todo o prazo de concessão, até o limite do valor da contraprestação a ser garantida<sup>205</sup>. Mais uma vez deve-se ressaltar que as receitas transferidas do FPE, muito embora tenham assento constitucional no regime de repartição tributária, são formados por tributos recolhidos por outro ente da federação (no caso, o produto da arrecadação do IPI e IR pela União). Ademais, esta verba pode ser retida administrativamente para pagamento dos créditos da União, inclusive de suas autarquias, conforme previsto no art. 160, inciso I da CF/1988. Seria preferível, deste modo, prever garantias alternativas no contrato, para não depender de ações de terceiros.

---

<sup>205</sup> Disponível em: <[http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP\\_HospitalSuburbio.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/hospitaldosuburbio/docs/EditalPPP_HospitalSuburbio.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2011.

## CONCLUSÕES

O modelo brasileiro de PPP, fruto do sincretismo dos modelos estrangeiros com as formas tradicionais de contratação administrativa, importa no reconhecimento jurídico de que (a) o Poder Público carece de recursos suficientes para realizar investimentos em infraestrutura necessários para prover serviços públicos e promover desenvolvimento econômico e social, (b) que lhe falta ainda a *expertise* presente na gestão privada, e (c) que existem serviços não rentáveis unicamente pelas tarifas cobradas do usuário sem comprometer a sua modicidade, o que inviabiliza a contratação pelo regime comum de concessão, em que inexistente contrapartida pública.

Porém, inserido no ambiente institucional atualmente observado no país, que oferece riscos ao parceiro privado, para que este modelo de contratação administrativa, que só funciona mediante paga de contrapartida pública integral ou parcial, possa ser viável, faz-se necessário oferecer mecanismos que garantam que a prestação do parceiro público será paga, cobrindo de forma eficaz o eventual inadimplemento.

Estes mecanismos são concretizados no regime de garantias de pagamento das contraprestações das PPPs, objeto central do presente trabalho.

Como o médico que examina o paciente, diagnosticando o corpo doente para propiciar a cura, procuramos analisar as deficiências do ambiente institucional brasileiro e como a legislação referida o trata<sup>206</sup>. O propósito objetivo da Lei Geral das PPPs, ao prever um modelo de garantia ao parceiro privado, foi o de viabilizar esta forma especial de concessão, atraindo parceiros que se sentissem seguros de que o contrato pudesse ser honrado, seja pelo Poder Público contratante ou, na hipótese de falta deste, por um instrumento que permitisse obter a contrapartida devida imediatamente.

A compreensão deste propósito, que ocorreu com o precioso suporte da teoria econômica dos contratos, foi fundamental para se operar uma interpretação teleológica-sistemática dos dispositivos em exame. É evidente, por outro lado, que uma garantia tida posteriormente por inconstitucional ou de baixa viabilidade prática não configuraria

---

<sup>206</sup> “Os médicos podem diagnosticar mais problemas de saúde do que podem curar. O diagnóstico certo pode, às vezes, ajudar o paciente a acelerar sua própria recuperação por meio de cuidado e exercícios, como em muitos casos de dores nas costas. Paralelamente, as ciências sociais têm progredido e melhorado sua capacidade de diagnosticar fraquezas institucionais que impedem o crescimento econômico. Problemas jurídicos não são curados com pílulas milagrosas, porém o correto diagnóstico pode ajudar o Estado a formular políticas que promoverão o desenvolvimento através de melhorias na legislação e em sua aplicação pelos tribunais e pelos órgãos administrativos competentes” (COOTER; SCHÄFER, O Problema..., 2010, p. 317).

segurança suficiente para que o parceiro privado depositasse somas elevadas de recursos que só seriam amortizadas no longo prazo e com necessário aporte estatal. De onde se extrai a relevância de se analisar, em um primeiro momento, a constitucionalidade de cada dispositivo para, em seguida, traçar a conveniência de se adotar um ou outro dentre aqueles tidos por compatíveis com a CF/1988.

Ao contrário do que se possa imaginar, as garantias das PPPs não são cláusulas econômico-financeiras. Constituem, na verdade, cláusulas regulamentares do contrato. Não dizem respeito diretamente a uma prestação financeira, tanto assim que não são itens obrigatórios. Sua presença nos contratos é decorrência de uma situação múltipla de riscos, que, se estiverem ausentes em um momento futuro, não mais exigirão o registro de garantias. Ademais, podem ser modificadas unilateralmente pelo poder concedente, em atendimento ao interesse público. No decorrer do contrato, o oferecimento de uma determinada garantia pode vir a se tornar um ônus mais grave para a Administração, que pode trocá-la por outra, se for provado o dispêndio inferior.

O que não se pode alterar é a repercussão econômica de cada garantia prestada. Se houver uma substituição de garantias, a anterior deve ser repostada por outra equivalente, que ofereça o mesmo padrão de segurança para o parceiro privado ou, se for o caso, devem ser oferecidas medidas compensatórias, como aumento de tarifas ou da contraprestação devida. Para dirimir o impacto dessa medida, convém oferecer mais de uma garantia ao mesmo tempo, o que inclusive pode reduzir o pagamento de seus respectivos encargos<sup>207</sup>.

Especificamente sobre as modalidades de garantia das contraprestações constantes da Lei das PPPs, apontamos o seguinte:

1. as garantias analisadas podem ser editadas por lei ordinária, haja vista que a regra do art. 163, inciso III da CF/1988, que prevê a edição de lei complementar para dispor sobre concessão de garantias pelas entidades públicas, trata de uma norma de finanças públicas, voltada a limitar a oferta de garantias em nome da preservação do equilíbrio das contas públicas e da responsabilidade fiscal. Esta norma já foi promulgada – a Lei Complementar nº 101/2000 – sendo objeto de referência pela Lei nº 11.079/2004. Enquanto a LRF aborda as condições de previsão e controle do endividamento na concessão de garantias em operações de crédito, a Lei Geral das PPPs versa sobre o procedimento para sua concessão e acionamento, sem haver choque de

---

<sup>207</sup> Encargos estes como o prêmio em um contrato de seguro-garantia ou os juros de um financiamento bancário por instituição financeira ou organismo internacional.

atribuições constitucionais. Outrossim, esta consideração só valeria para as garantias oferecidas por entidades públicas brasileiras e não por organismos privados de qualquer origem ou públicos de origem internacional, hipótese na qual sequer se pode discutir qualquer afronta à Constituição;

2. a *vinculação de receitas* orçamentárias, ponto nevrálgico de polêmicas doutrinárias, requer inicialmente que se estabeleça quais as receitas abordadas. Em se tratando de receitas não tributárias, a exemplo das provenientes do pagamento de *royalties*, como da extração de petróleo, gás ou geração de energia a partir de hidroelétricas, não há impeditivo legal. Ao tratar de receitas tributárias, as de natureza vinculadas, como os impostos, só podem ser utilizadas nas exceções constitucionais, em razão da regra prevista no inciso IV do art. 167 da CF/1988, expressamente referido na Lei Geral das PPPs. No que toca aos demais tributos (taxas, contribuições sociais, corporativas ou de intervenção no domínio econômico, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios) também é descabida justamente porquanto estes se destinam a despesas previamente disciplinadas em lei, salvo se a previsão for justamente a de compor as garantias de contrato de PPP. Assim, a CIDE e as contribuições de melhoria podem ter sua arrecadação vinculada a uma garantia de PPP. No entanto, em qualquer dessas hipóteses, o acionamento desta garantia depende do pagamento pelo regime de precatórios, o que impossibilita a execução imediata do mecanismo;
3. os *fundos especiais*, a exemplo do *FGP*, podem ser criados por lei ordinária, com força no art. 165, §9º, inciso II da CF/1988, pois o que o dispositivo constitucional exige é que a lei complementar discipline as condições para instituição e funcionamento dos fundos e não que a criação de cada fundo particular ocorra por esta via legislativa. Constituem exceção à regra da unidade de tesouraria, o que não impede, porém, seu controle pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas. A principal vantagem desta modalidade para o Poder Público é que não exige o desembolso imediato de valores. Para o parceiro privado, representa também maior segurança, pelo acionamento praticamente imediato, pois independe da regra dos precatórios, uma vez que os fundos são sujeitos de direito e obrigações, com patrimônio distinto de seus cotistas;

4. o *seguro-garantia* compreende um ramo especial do contrato de seguro, destinado à cobertura de riscos relacionados à garantia de obrigações contratuais (*surety bond*). Sua utilização é precipuamente destinada a garantir obrigações assumidas perante a Administração Pública, direta ou indireta, por empresas privadas, sendo opção menos custosa e de mais fácil obtenção que a fiança bancária, com a vantagem extra de não afetar a linha de crédito. Sua viabilidade, porém, ao menos neste período inicial de início das experiências com contratos de PPP, depende da percepção de risco por parte das instituições seguradoras. Para que o valor do prêmio exigido não se torne demasiadamente oneroso, convém que seja utilizado para operações em que a contraprestação seja de menor monta ou em conjunto com outras garantias;
5. as garantias prestadas por *organismo internacional* ou *instituição financeira* não controlada pelo Poder Público brasileiro podem ser feitas tanto por meio de empréstimo, carta de crédito ou fiança bancária. O Estado brasileiro pode ser membro integrante do organismo internacional e até mesmo o sócio majoritário. Somente no caso das instituições financeiras é que o Poder Público não pode deter o controle. Ou seja, estas instituições financeiras podem ter a participação estatal majoritária, se for de país ou conjunto de países estrangeiros, e podem também ter o Estado nacional como acionista, desde que este não tenha títulos suficientes para assumir o controle;
6. *empresa estatal* é expressão genérica que incorpora as empresas públicas e as sociedades de economia mista. São pessoas jurídicas de direito privado, mas submetidas a regras especiais decorrentes de sua atuação governamental auxiliar, cuja criação deve ser autorizada por lei, como instrumento da ação do Estado, seja para prestar serviços públicos ou para explorar atividade econômica. As empresas públicas devem ter o capital formado exclusivamente por entes da Administração direta ou indireta, ao passo que nas sociedades de economia mista, constituídas obrigatoriamente sob a forma de sociedade anônima, apenas a maioria das ações com direito a voto deve pertencer a entes da Administração direta ou indireta, sobre o remanescente acionário de propriedade particular. Para atuar como garantes das obrigações dos parceiros públicos nas PPPs, estas empresas estatais devem funcionar como exploradoras de atividade econômica, nos moldes de instituições financeiras do ramo comercial bancário ou segurador. Nesta hipótese, o condicionante

constitucional para sua criação – relevante interesse coletivo – encontra-se atendido, haja vista que se trata de elemento mutável, de acordo com a necessidade social no momento de sua instituição. E, conforme demonstrado ao longo do trabalho, é curial que há interesse em dinamizar e viabilizar os investimentos em infraestrutura e melhor governança corporativa propiciados pelas PPPs. Uma empresa estatal cujo objeto social seja o de atender a tal fim não pode ser considerada como uma fuga ao regime de pagamento via precatório, pois sua atuação ocorrerá da mesma forma que os grupos privados similares e mesmo seu patrimônio não pode sofrer constrição diversa daquela prevista para as demais empresas estatais exploradoras de atividade econômica. A Administração deve ponderar, contudo, se há necessidade de arcar com o ônus de criação destas empresas, de acordo com as possibilidades oferecidas no mercado pela iniciativa privada;

7. as contraprestações devidas pelo poder concedente nas PPPs não se resumem a obrigações pecuniárias. Natural, portanto, que outras garantias, também de natureza diversa, possam ser oferecidas. Destarte, direitos de ocupação temporária de bem público dominical, de superfície ou de outorga onerosa do direito de construir podem ser oferecidos em garantia. Mesmo assim, as hipóteses mais frequentes devem ser aquelas que apresentem satisfação imediata, em pecúnia, como é o caso daquelas previstas em diversas legislações estaduais, que atribuem ao contratado o encargo de faturamento e cobrança de crédito fazendário em relação a terceiros. Neste caso, valem as mesmas observações já feitas para a garantia por vinculação de receitas. O produto da arrecadação pela execução fiscal não pode ser de natureza tributária, salvo se versar sobre tributo vinculado a fundo destinado à garantia de PPP. Se se tratar de recuperação de crédito não-tributário, este também não pode estar já vinculado legalmente a obrigação diversa. Por fim, também é defeso o oferecimento de garantia se o encargo da dívida incluir os honorários advocatícios, que devem ser repassados aos advogados públicos em decorrência de sua atuação processual.

A conveniência de se optar dentre as várias modalidades de garantias constitucionalmente válidas varia conforme se pondere o ambiente institucional inserido (diferente para a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios), a assimetria de informações entre as diversas ferramentas e os custos de transação observados.

A vinculação de receitas, por exemplo, ao tempo em que é favorável à Administração, pois prescinde de desembolso imediato, representa uma dificuldade para o parceiro privado, que precisará arcar com o ônus do regime de precatórios. O ideal, assim, é construir um sistema de garantias que possa abranger as diferentes modalidades, ponderando a relação de custo-benefício para todas as partes envolvidas (o que inclui financiadores e usuários, interessados diretos no sucesso do empreendimento).

Em última análise, as garantias tratadas são, no fundo, de promessas. Trivial. O mundo gira em virtude da confiança no cumprimento de promessas, pois elas fazem parte do jogo da vida. Por vezes as promessas são aceitas e tornam-se compromissos. A preocupação do Direito é reger estes compromissos, assegurando que possam ser cumpridos<sup>208</sup>. A contribuição da teoria econômica mostra-se, a seu turno, fundamental para se analisar a eficiência tanto das regras como dos próprios compromissos, para que estes atinjam o seu objetivo, tornando o ambiente institucional de confiança na lealdade dos agentes, inseridos num âmbito racional de conduta. Permite ainda avaliar o grau de risco nos contratos, os custos de transação e as salvaguardas que as partes devem oferecer para incentivar o cumprimento eficiente do pactuado.

As Parcerias Público-Privadas constituem, por lei, espécie do gênero concessão pública, instituídos no Direito brasileiro dentro do processo de reforma da Administração Pública, que passou a buscar o apoio financeiro e gerencial da iniciativa privada para prestação de serviços públicos. Por demandarem objetos de elevado valor econômico e um longo prazo para amortização dos investimentos, há uma nítida percepção de desconfiança no cumprimento destas contrapartidas devidas pelo Poder Público, em face do seu reconhecido histórico de mau pagador.

Para dirimir este problema, aumentar o grau de confiança e prevenir a circunstância de descumprimento racional é que a legislação brasileira, seguindo uma linha adotada majoritariamente em sociedades economicamente menos desenvolvidas – uma vez que em países como a Inglaterra e os EUA não se prevê esta possibilidade –, oferta ao parceiro privado uma série de garantias ao investidor privado. Dentre elas, as garantias de pagamento das contraprestações outorgadas ao parceiro privado é uma solução brasileirinha da silva, porquanto por ora só presente em nosso ordenamento.

---

<sup>208</sup> *People continually make promises: Sales people promise happiness; lovers promise marriage; generals promise victory; and children promise to behave better. The law becomes involved when someone seeks to have a promise enforced.* (COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5. ed. Boston: Pearson, 2008. p. 195). Esta preocupação de ordem jurídica fundamenta-se no próprio princípio democrático, pela identificação da democracia com o respeito às regras do jogo (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 77-95).

Sucedem que estas garantias devem ser, elas mesmas, seguras o suficiente para que atinjam seu objetivo. Se sobre elas pender receio de reconhecimento de inconstitucionalidade, é preferível que não se apliquem estes dispositivos ou que sejam aplicados em uma interpretação conforme a Constituição. Noutro aspecto, mesmo que não haja pecha de inconstitucionalidade, ao menos com fundado embasamento doutrinário, algumas garantias não se mostram adequadas para contratos de longa duração, pois por vezes os encargos exigidos podem ser superiores a outras modalidades.

Busca-se, assim, um modelo de efetiva garantia, evitando-se o risco moral de garantir algo que mais tarde não possa ser exigido, tal qual na trama shakespereana “O Mercador de Veneza”. Nesta obra<sup>209</sup>, o bardo inglês nos remete à Itália renascentista, onde o agiota Shylock concede um vultoso empréstimo ao habilidoso comerciante Antonio, sob uma garantia inusitada: 453 gramas da carne do devedor. Sucede que, no momento de acionar o cumprimento da garantia, é revelado a Shylock que ele poderia retirar a carne, desde que não derramasse uma gota de sangue de Antonio, que assim preserva a própria pele, mas mantém a dívida, para desespero de seu credor.

O risco de o Estado brasileiro agir como o mercador veneziano da peça é não somente o da quebra de uma credibilidade que duramente vem conquistando, mas também a própria inviabilidade do modelo de Parcerias Público-Privadas.

---

<sup>209</sup> SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Versão para *e-book* [por] e-booksBrasil.com. Edição Ridendo Castigat Mores, 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/mercador.html>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

**REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Possibilidade de Afetação dos Recebíveis de Royalties aos Fundos Garantidores de Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 25, p. 9-38, 2009.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica dos Contratos**. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAIRD, Douglas C.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 2, ano 3, 1951.

BENDER, Paul; GIBSON, Stewart. **Case Study for the 10 Years of the Mbombela (Nelspruit) Water and Sanitation Concession South Africa**. Washington, DC: The World Bank, 2010. Disponível em: <<http://www.ppp.gov.za/documents/casestudies/Nelspruit%20Case%20Study%20Final%209%20May%202010.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

BEZANÇON, Xavier; CUCCHIARINI, Christian; COSSALTER, Philippe. **Le Guide de la Commande Publique**. 2. ed. Paris: Le Moniteur, 2009.

BILAC PINTO, Olavo. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, p. 12, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONELLI, Cláudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. Contratos de Parceria Público-Privada: PPP no Brasil. *In*: CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Estudo sobre as parcerias público-privadas**. São Paulo: Thomson IOB, 2006. p. 89-99.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: RT; EDUC, 1975.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Parceria Público-Privada (PPP): Riscos e Mitigações em Operações Estruturadas de Investimentos de Infraestrutura. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 61/62, p. 31-76, 2005.

BURANELLO, Renato Macedo. **Seguro Garantia de Obrigações Contratuais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Orientador: Fábio Ulhoa Coelho.

CABRAL, Nazaré da Costa. **As Parcerias Público-Privadas**. Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **As Parcerias Público-Privadas e a Atividade Financeira do Estado**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Orientador: Régis Fernandes de Oliveira.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Concessão de Obras Públicas. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, p. 341-350, 1925.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. v. 1.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2.

COASE, R. H. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: University of Chicago, 1988

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O Problema da Desconfiança Recíproca. Trad. Luciano Beneti Timm. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305-323.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. **Abordagens Institucionalistas das Parcerias Público-Privadas: As Experiências da Inglaterra e de Minas Gerais**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. Orientadora: Regina Silvia Viotto Monteiro Pacheco

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45-79.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção da Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 275-276, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Market Economy in Developing Countries*. Walberberg, Bonn: Gesellschaftswissenschaften, 1982.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos: (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-Outs e Outras Figuras Afins)**, São Paulo: Saraiva, 2007

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Apontamentos sobre Aspectos Controversos das Parcerias Público-Privadas. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 113-121, dez. 2009.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: Produtos e Serviços**. 18. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e Desafios Regulatórios. **Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, v. 32, n. 100, p. 201-227, 2005.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Serviço Público: do Estatismo às Parcerias Público Privadas. *In*: GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Lições de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Octavio Germano**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71-84.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GÓMEZ-LOBO, Andres; HINOJOSA, Sergio. **Broad Roads in a Thin Country: Infrastructure Concessions in Chile**. Washington, DC: The World Bank, 2000. (Policy Research Working Paper, 2279).

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviço Público: (uma Aplicação da Técnica Concessória)**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUASCH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right**. Washington, DC: The World Bank, 2004.

GUERRA, Evandro Martins. Parcerias Público Privadas. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, p. 7-21, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor. *In*: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: MP, 2006. p. 205-222.

HORBACH, Carlos Bastide. Parcerias Público-Privadas: Aspectos Gerais. *In*: CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Estudo Sobre as Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 23-44.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 4.

JHERING, Rudolf von. **O Espírito do Direito Romano**: nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento. Trad. Rafael Bemaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOHAMA, Helio. **Contabilidade Pública**: Teoria e Prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEITE, Harrison Ferreira. Adequação da Lei de PPP às Normas de Direito Financeiro. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, n. 8, p. 336-346, 2007.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007

LOREZEN, Carlos Cruz; BARRIENTOS, María Elena; BABBAR, Suman. **Toll Roads Concessions**: The Chilean Experience. Washington, DC: The World Bank, [2003]. (Private Finance Group Discussion Paper Series, n. 124). Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/TollRoads\\_Concessions.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/TollRoads_Concessions.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARENSI, Voltaire. **O Seguro no Direito Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MASAGÃO, Mario. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

MELLO, José Antônio Gonsalves de. **Tempo dos Flamengos: Influência da Ocupação Holandesa na Vida e na Cultura do Norte do Brasil**. São Paulo: Topbooks, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. **Revista Brasileira de Direito Público**: RBDP, Belo Horizonte, n. 10, p. 9-53, 2005.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs, **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo, n. 1, p. 123-141, 2010.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York, NY: Cambridge University Press, 1990.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Garantias no Direito das Obrigações**: um Ensaio de Sistematização. 2005. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa; PULINO, Marcus Vinícius. O Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 114, p. 208-211, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. v. 22.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**: Relatório Final. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada**: Fundamentos Econômico-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 6. ed. Paris: Lextenso, 2008.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às Leis das PPPs, dos Consórcios Públicos e das Organizações Sociais**: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Noção de Serviço Público nas Parcerias Público-Privadas. **Revista de Direito Público da Economia**: RDPE, Belo Horizonte, v. 20, p. 209-218, 2005.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 5. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Versão para *e-book* [por] e-booksBrasil.com. Edição Ridendo Castigat Mores, 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/mercador.html>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Belknap Press, 2004.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STATIONERY OFFICE. **Public Private Partnerships: The Government's Approach**. London: The Stationery Office, 2000. Disponível em:  
<<http://archive.treasury.gov.uk/docs/2000/ppp.html>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas, *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. O Contrato nas Parcerias Público-Privadas numa perspectiva de direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, p. 165-173, 2006.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro: de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

VALLE, Vanice Lírio do. Repartição Objetiva de Riscos: Desafio de Modelagem nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 11-23, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: (Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente)**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York, NY: Oxford University Press, 1996.

WORLD BANK. **Attracting Investors to African Public-Private Partnerships**: a Project Preparation Guide. Washington, DC: The World Bank, 2009. Disponível em: <[http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/publication/Attracting\\_Investors\\_to\\_African\\_PPP.pdf](http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/publication/Attracting_Investors_to_African_PPP.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2010.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**, 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

YESCOMBE, E. R. **Public-Private Partnerships**: Principles of Policy and Finance. Oxford: Elsevier, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136.

## SÍNTESE BIOBIBLIOGRÁFICA

Luís Fernando Lima de Oliveira, nascido em Recife, Pernambuco, em 22 de agosto de 1978, é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco), Procurador da Fazenda Nacional, e autor de artigos publicados em revistas jurídicas especializadas. É membro da Associação Brasileira de Direito e Economia. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo, Administrativo-econômico, Tributário e nas relações de Direito & Economia.

Seu currículo acadêmico encontra-se publicado na Plataforma Lattes do CNPQ: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4764847P7>.

Contatos pelo *e-mail*: [luis-fernando.oliveira@uol.com.br](mailto:luis-fernando.oliveira@uol.com.br).