



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARÍLIA GABRIELA DE ARAÚJO MELO PEREIRA DE LIRA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS REPACTUAÇÕES
CONTRATUAIS NAS OBRAS DA ARENA PERNAMBUCO**

RECIFE

2019

MARÍLIA GABRIELA DE ARAÚJO MELO PEREIRA DE LIRA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS REPACTUAÇÕES
CONTRATUAIS NAS OBRAS DA ARENA PERNAMBUCO**

Tese apresentada para o cumprimento parcial das exigências para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Área de concentração: Estado, Regulação e Tributação Indutora

Linha de Pesquisa: Legalidade e Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Coorientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

RECIFE

2019

L768p Lira, Marília Gabriela de Araújo Melo Pereira de.
As parcerias público-privadas e as repactuações contratuais nas obras da
Arena Pernambuco / Marília Gabriela de Araújo Melo Pereira de Lira. –
Recife, 2019.
252 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega.
Coorientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Direito Administrativo - Brasil. 2. Parceria Público-Privada (PPP). 3.
Administração Pública. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da. (Orientador). II.
Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra (Coorientador). III. Título.

342.8106 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2020-07)

MARÍLIA GABRIELA DE ARAÚJO MELO PEREIRA DE LIRA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS REPACTUAÇÕES
CONTRATUAIS NAS OBRAS DA ARENA PERNAMBUCO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas, da Faculdade
de Direito do Recife da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do
título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 16/03/2019

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Boaviagem** (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. **Luciana Grassano** (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Professor Dr. **Michel Zaidan** (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Professor Dr. **André Menezes** (Examinador externo)

Centro Universitário Estácio do Recife

Profa. Dra. **Thaminne Rodrigues** (Examinador externo)

Faculdade de Olinda

Aos meus pais, Graça e Erivaldo;

Ao meu filho, Luís Gabriel,

Ao meu esposo, Raphael Lucas;

Ao meu irmão, Felipe César;

Aos meus sogros, Luís e Zilma,

Por todo o apoio, compreensão e cooperação para a propositura deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelas forças concedidas;

Ao meu filho, o meu maior motivo para crescer continuamente em todos os dias da minha vida;

A minha mãe por todo o amor e compreensão;

Ao meu esposo, por todo o amor, companheirismo e incentivo em todos os sentidos, pois sem ele a caminhada seria muito mais difícil;

Ao cunhado Henrique, pelos auxílios prestados;

Aos professores Marcos, Francisco, Aurélio, Edílson, Zaidan, André, Luciana e Thaminne, pela credibilidade, pelo aprendizado, pelos auxílios, pelos conselhos, pelo carinho, pela atenção e pela humildade nos momentos em que precisei;

A todos os funcionários da pós graduação, que quotidianamente prestam os serviços com presteza e atenção;

E a todos os colegas que de alguma forma contribuíram para o trabalho.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”. (Madre Teresa de Calcutá)

RESUMO

Tendo em vista que as Parcerias Público-Privadas surgiram com a ideia de implementar tecnologia para a melhor prestação de serviços de qualidade na Administração Pública a um custo menor, objetivando o desenvolvimento nacional, veio a Lei 11.079/04, executar este modelo no sistema jurídico brasileiro. Posteriormente, através da Lei 13.334/16 surge o Programa de Parcerias de Investimento a propor a otimização destes objetivos no sentido de ampliar a participação das parcerias nos próximos anos. É certo que sem infraestrutura não há desenvolvimento, no entanto faz-se mister refletir sobre a forma como as parcerias são concretizadas no nosso país, notadamente em relação aos empréstimos corriqueiros concedidos pelo Estado, para garantir o interesse do setor privado na participação contratual, bem como através de um sistema vasto de garantias, colmatando as lacunas da insegurança jurídica, regulatória e política. Isto é bem cristalino no contrato efetivado pelo governo do Estado de Pernambuco e a empresa Odebrecht, quando da elaboração do contrato para as obras relacionadas à construção da Arena Multiuso em Pernambuco. É perceptível o oportunismo da empresa quando solicita o acréscimo de três aditivos contratuais, para evitar quaisquer riscos nas obras da Arena, argumentando reequilíbrio econômico-financeiro quando praticamente não houve participação de capital privado no contrato em questão, mas repasse de recursos públicos, mediante o BNDES, BNB, e valores fixos mensais, repassados pelo governo estadual, descaracterizando o ideal de Eficiência e Economicidade nestes contratos, diante da Administração Pública deficitária. Além disso, o trabalho em questão apresenta a origem das parcerias público-privadas, a forma de aplicação destas nos países estrangeiros, a perspectiva econômico-comportamental dos agentes contratuais, o sistema de garantias, matriz de riscos, a constituição da SPE- Sociedade de Propósito Específico, o FGP – Fundo Garantidor de Parcerias, a constitucionalidade destes institutos e sua relação com o orçamento público e a Lei de Responsabilidade Fiscal, o uso da arbitragem para a solução de conflitos na Administração Pública e na lei em comento, bem como o controle efetivado pelo TCU, TCE/PE e TJPE no caso em tela. Neste condão, o objetivo da pesquisa é alertar a sociedade sobre a ausência de economicidade no contrato de parceria público-privada nas obras da Arena Pernambuco, tendo em vista a ampla assunção de riscos pelo Poder Público, mediante a repactuação contratual, com fundamento no reequilíbrio econômico-financeiro no caso ora vergastado. A metodologia abordada foi a doutrinária e a jurisprudencial, com embasamento nos métodos hipotético-dedutivo, histórico e comparativo.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas. Arena Pernambuco. Reequilíbrio econômico financeiro.

ABSTRACT

Given that public-private partnerships have emerged with the idea of implementing technology for better provision of quality services in the public service at a lower cost, aiming national development, the Law 11.079/04 was approved to run this model in the Brazilian legal system. Subsequently, by Law 13.334.16 arises the Investment Partnership Program to propose the optimization of these goals in order to expand the involvement of partnerships in the coming years. It is true that without infrastructure there is no development, however, however, it is necessary to reflect on the way in which partnerships are implemented in our country, notably in relation to current loans granted by the State, to ensure the private sector's interest in contractual participation, as well as through a comprehensive system of guarantees, bridging the gaps of legal, regulatory and political insecurity. This is very crystalline in the contract signed by the Pernambuco State Government and the Odebrecht company, when the contract for the construction of the Multipurpose Arena in Pernambuco was drawn up. It is noticeable the opportunism of the company when requesting the addition of three contract amendments, to avoid any risk in the construction work of Arena, arguing the need for economic and financial rebalancing when there was practically no private capital participation in the contract in question, but a transfer of public resources through BNDES, BNB, and monthly fixed amounts, passed on by the state government, contradicting the ideal of Efficiency and Economics in these contracts, in a deficit public administration scenario. In addition, this work presents the origin of public-private partnerships, their application in foreign countries, the economic-behavioral perspective of contractual agents, the system of guarantees, the matrix of risks, the constitution of the SPE- Specific Purpose Entity, the GFP - Guarantee Fund for Partnerships and the constitutionality of these institutes and still their relationship with the public budget and the Fiscal Responsibility Law. Also the use of arbitration for the solution of conflicts in the Public Administration and in the law in question, as well as the effective control by TCU, TCE/PE and TJPE in the case under review. Based on these concerns, the objective of the research is to alert the society about the lack of economy in the public-private partnership agreement in the Pernambuco Arena works, considering the broad assumption of risks by the Public Power, through contractual renegotiation, based on the rebalancing economic and financial situation in the case now scrutinized. The methodology was doctrinal and jurisprudential, based on hypothetical-deductive, historical and comparative methods.

Keywords: Public-Private Partnerships. Pernambuco Arena. Economic and financial rebalancing.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS..... | 16 |
| 2.1 INGLATERRA..... | 24 |
| 2.2 ESTADOS UNIDOS..... | 26 |
| 2.3 CHILE..... | 29 |
| 2.4 PORTUGAL..... | 31 |
| 2.5 AS EXPERIÊNCIAS GERAIS NOS CONTRATOS DE PPPS..... | 32 |
| | |
| 3 INTRODUÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL..... | 35 |
| 3.1 CONCEITO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS..... | 35 |
| 3.2 MODELOS DE CONTRATO DE PPPS..... | 36 |
| 3.3 ESPÉCIES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI 11.079/2004..... | 38 |
| 3.4 IMPORTAÇÃO DE PPP DIANTE DO CENÁRIO DE MODIFICAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 43 |
| 3.5 DESESTATIZAÇÃO E REFORMA DO ESTADO..... | 45 |
| | |
| 4 OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS CONCESSÕES..... | 49 |
| 4.1 CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 49 |
| 4.2 ESPÉCIES DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 52 |
| 4.3 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO..... | 63 |
| 4.4 CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 66 |

| | |
|---|------------|
| 4.5 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA..... | 70 |
| 5 A CONCESSÃO ESPECIAL E A MITIGAÇÃO DOS RISCOS POR MEIO DE SUAS GARANTIAS | 80 |
| 5.1 OS RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... | 89 |
| 5.2 ESPÉCIES DE RISCOS E AS TARIFAS..... | 92 |
| 5.3 ALTERAÇÃO DO VALOR TARIFÁRIO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO..... | 101 |
| 6 GARANTIAS EM PPP E SUA VINCULAÇÃO AO ORÇAMENTO..... | 109 |
| 6.1 O ORÇAMENTO E SUAS ESPÉCIES..... | 114 |
| 6.2 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS | 120 |
| 6.3 AS PPPS E AS LIMITAÇÕES ÀS FONTES DE RECEITAS | 122 |
| 6.4 FUNDO GARANTIDOR DE PPP..... | 127 |
| 6.5 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E SISTEMA DE GARANTIAS.. | 134 |
| 7 ANÁLISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL | 147 |
| 7.1 A ABORDAGEM RELACIONAL E AS DELEGAÇÕES NEGOCIAIS..... | 166 |
| 7.2 A INEFICIÊNCIA CONTRATUAL E AS PRIVATIZAÇÕES..... | 169 |
| 7.3 .GESTÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE PPP..... | 173 |
| 8 A FISCALIZAÇÃO E A ARBITRAGEM EM PPPS | 179 |

| | |
|---|------------|
| 8.1 A CAPTURA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA..... | 179 |
| 8.2 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE MITIGAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DIANTE DA INEFICIÊNCIA REGULATÓR..... | 183 |
| 9 ANÁLISE DO CONTRATO DE PPP NA ARENA PERNAMBUCO E A PROSPERIDADE PÚBLICA..... | 197 |
| 9.1 PROCESSO Nº n° 1103358-7 TCE/PE..... | 198 |
| 9.2 PROCESSO Nº 028.115/2010-4 TCU..... | 205 |
| 9.3 PROCESSO Nº 0005044-25.2017.8.17.9000 TJPE..... | 208 |
| 9.4 INCONSTITUCIONALIDADES NA COPA DO BRASIL DE 2014..... | 210 |
| 9.5 AS PPPs E A PROSPERIDADE PÚBLICA DE ACORDO COM O PPI - O PROGRAMA DE PARCERIAS EM INVESTIMENTOS | 224 |
| 10 CONCLUSÃO..... | 230 |
| REFERÊNCIAS | 241 |

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade alertar a sociedade sobre as despesas públicas contraídas pelo governo em relação às obras relacionadas à Arena Multiuso em Pernambuco, enfatizando a repactuação contratual, diante dos três aditivos realizados no transcurso do contrato, o montante dos empréstimos concedidos pelo Poder Público à empresa Odebrecht, afora o excesso de garantias concedidas ao parceiro privado, retirando todo o arcabouço construído em torno da economicidade aventada para a propositura de um contrato de parceria público-privada.

No primeiro Capítulo serão abordadas as origens das Parcerias Público-Privadas, e as críticas atinentes a sua real origem, apresentado a Inglaterra como precursora, e a sua utilização em outros países como Portugal, Chile, Estados Unidos e Brasil.

No segundo Capítulo, serão elencados os aspectos relacionados ao surgimento das Parcerias Público-Privadas no contexto brasileiro, no que tange ao seu conceito, os modelos adotados de forma genérica nos países, as espécies legais da Lei 11.079/04, o contexto histórico quanto ao aparecimento das parcerias público-privadas no Brasil perante o fenômeno da desestatização e da reforma do Estado brasileiro, bem como as críticas concernentes a sua importação.

No terceiro Capítulo, será explanada a atuação do Estado na prestação de serviços públicos, externando-os através dos contratos de parcerias público-privadas, bem como apresentando similitudes e divergências em relação à legislação geral, quando aplicada de forma subsidiária, complementando a legislação especial. Salienta ainda as espécies de serviços públicos, seus princípios e suas características.

No quarto Capítulo, fará a elucidação dos riscos nos contratos administrativos, suas espécies, sua relação com a questão tarifária, e o argumento do equilíbrio econômico-financeiro, no sentido de eliminar os riscos não contabilizados nos referidos contratos, de acordo com as hipóteses legais, e sua mitigação para gerar interesse na participação do parceiro privado nos contratos administrativos brasileiros, bem como a crítica atinente ao princípio da economicidade na Administração Pública,

quanto a esta mitigação no contrato de parcerias na obra da Arena Multiuso em Pernambuco.

No quinto Capítulo, são demonstradas as garantias contratuais nas parcerias público-privadas, e a sua relação com o orçamento público, envolvendo os princípios orçamentários, sua caracterização, às limitações às fontes de receitas junto à Lei de Responsabilidade Fiscal, as críticas direcionadas pela doutrina ao Fundo Garantidor de Parcerias, e os aspectos constitucionais relacionados, bem como a Sociedade de Propósito Específico, e a participação privada no comando da prestação do serviço.

No sexto Capítulo, é realizada uma análise comportamental nos contratos de parcerias, enfatizando a questão econômica, a abordagem relacional, a delegação negocial, os problemas referentes à ineficiência dos contratos administrativos brasileiros, as razões ensejadoras para o fenômeno das privatizações e sua formatação nos padrões brasileiros, relativas ao Estado deficitário, bem como a gestão dos riscos nesta espécie contratual, norteando a atividade comportamental de cada parceiro desde a elaboração do projeto até a sua execução.

No sétimo Capítulo, apresentará a maneira de melhor acompanhar a execução contratual, através da fiscalização do Estado, por meio da regulamentação de políticas públicas ou, em se tratando de litígios processuais, elencando as hipóteses de redução dos custos de transação provenientes dos métodos alternativos de solução de conflitos, englobando as críticas doutrinárias quanto ao uso da arbitragem no cerne da Administração Pública. Outrossim, explanará a possibilidade da captura tanto no âmbito da regulação, corroborando com a sua ineficiência, quanto no âmbito da arbitragem nas obras de infraestrutura.

No oitavo Capítulo, será efetivada uma análise em relação aos contratos elaborados para a concretização das obras da Arena Pernambuco, bem como sua constitucionalidade, os aditivos contratuais efetivados para beneficiar a parceira privada Odebrecht, a formulação contratual, o planejamento na mensuração e previsibilidade dos riscos através, do *value for money*, as inconstitucionalidades na Lei Geral da Copa, o abandono contratual pela parceira privada, o déficit público gerado em função dos inúmeros empréstimos concedidos pelo BNDES e BNB a empresa, repasses públicos mediante a constituição de FGP, a justiça social e a problemática em torno do Princípio da Eficiência na Administração Pública, mediante os processos em tramitação no

Tribunal de Justiça de Pernambuco, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e do Tribunal de Contas da União, demonstrando a incongruência no uso da referida PPP ante o alto custo gerado à Administração Pública.

Ao fim, será elencado como deveria ser a aplicação de uma genuína parceria público-privada, mediante a real partilha de riscos entre ambos os pactuantes, nos moldes ideias de economicidade, por meio da verdadeira participação do capital privado, apontando a importância das parcerias diante do PPI - Programa de Parcerias de Investimentos, almejando adequá-lo à ideia de desenvolvimento estrutural, em termos de inovação tecnológica, especialização da mão-de-obra, recursos de última geração, objetivando a celeridade e qualidade dos serviços públicos, para otimizar a concretização no desenvolvimento de infraestrutura para o êxito econômico e social das nações, mediante uma política austera, de responsabilidade, *accountability*, transparência e fiscalização em todos os setores da sociedade.

Quanto à metodologia, serão utilizadas técnicas de abordagem hipotético-dedutiva, partindo de uma perspectiva teórica, com análise de dados bibliográficos em busca da solução ao problema em comento, submetendo críticas e testes de falseabilidade qualitativos com o intuito de eliminar erros para alcançar a melhor solução possível.

A adoção deste método é justificável devido à abrangência e poder de análise, corroborando com a elaboração de hipóteses, as quais poderão ou não ser confirmadas, dando um grau de cientificidade à pesquisa.

Afora isto, adotará os métodos histórico e comparativo, posto ser imprescindível à compreensão dos sistemas jurídicos os fatores históricos, sociológicos e econômicos cambiantes na própria estrutura da administração, apontando as semelhanças e dessemelhanças entre os grupos em estudo, o método monográfico através do estudo destas instituições em profundidade com o fito de obter generalizações referentes à atuação deste ente em nosso sistema jurídico, justificável em virtude do poder de análise da situação concreta, ao que possibilita a elaboração de teorias que preencham possíveis lacunas no decorrer da pesquisa. Estruturalista, em virtude de uma investigação dos fenômenos concretos com a finalidade de elevá-los a um nível abstrato, criando-se um modelo que represente adequadamente o objeto de estudo para retomá-lo como realidade concreta com possíveis soluções a problemática.

A linha de pesquisa será teórica, com a busca de uma explicação dos quadros teóricos de referência, por meio de leituras e interpretações.

Quanto à técnica empregada na produção, será realizada uma pesquisa bibliográfica, em meio à análise de livros, artigos, revistas, periódicos, legislações e jurisprudências correlatas.

Enfim, através da pesquisa será avaliado o problema pautando uma contribuição social rumo a um regramento a atitude abusiva nas repactuações contratuais entre o parceiro privado e o poder público, gerando déficit ao Estado, objetivando torná-las díspares das anomalias que impedem solidificar a razão de unir o desenvolvimento à eficiência e economicidade na Administração Pública.

2 ORIGEM DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Há uma discussão em torno da real origem desta forma *sui generis* de contratos administrativos, que são as denominadas parcerias público-privadas, pois embora a doutrina majoritária a encontre no Reino Unido, a partir do contexto de pós-guerra, há de forma cristalina a sua utilização em tempos muito remotos.

De acordo com Francisco Cavalcanti, no Brasil, por exemplo, na época imperial advieram as primeiras ferrovias, como a D. Pedro II, a Estrada de Ferro do Recife, a Estrada de Ferro da Província de Pernambuco, a Estrada de Ferro da Bahia à Vila Juazeiro, a Estrada de Ferro de Mauá¹, a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí, as quais foram exploradas através de concessões, cujo intuito maior era poupar recursos públicos, tendo em vista a má gestão das empresas estatais e seu ínfimo traço desenvolvimentista no setor tecnológico.²

Além destes, os telégrafos também eram explorados sob a mesma ótica, e no mesmo período como pode ser vislumbrado no trecho a seguir colacionado:

A exploração de telégrafos, outro exemplo interessante, também era objeto de concessão estatal, disciplinada pelo Aviso Imperial de 17 de janeiro de 1854. Em verdade, já ali, embora de modo ainda tosco, fixavam-se as características da concessão: ato estatal de autorização, transferência do exercício da atividade, tarifa compatível com o serviço, amortização do capital e longa duração.³

Neste sentido, é natural observar que mais uma vez, a doutrina e a lei se utilizaram de institutos antes empregados, renomeando-os para parecerem inovadores, embora o contexto ideológico tenha sido o mesmo atribuído a esta “nova” modalidade de contratos administrativos.

¹“A criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo, se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços. Nossa história econômica está pontilhada de nomes ilustres que se ocuparam destas atividades, mobilizando recursos em empreendimentos desta natureza. Mauá, no setor de ferrovias, foi um criador e coordenador de empresas concessionárias de serviços públicos. Um homem como Teófilo Ottoni sonhou abrir um caminho marítimo para Minas Gerais, através do Vale do Mucuri, no Espírito Santo, numa realização que não teve êxito e que fora planejada através do esquema de uma empresa concessionária. O grande desenvolvimento da região Sul, especialmente de São Paulo, foi em grande parte possibilitado pela existência de suficiente potencial elétrico fornecido por empresa concessionária.” TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**, vol 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 754-755

² CAVALCANTI, op. Cit., p. 237-238

³ Idem

Em que se afastariam as PPP das concessões? Inicialmente, de destacar-se aqui o velho e repetido equívoco de pretender-se enquadrar novos modelos em rótulos antigos. Afastam-se, quanto aos prazos, sendo os das PPP bem mais curtos; apartam-se pela existência de uma garantia, quanto às obrigações do parceiro público; diferenciam-se pelo fato de a execução do contrato não ser realizada pela parceira privada, mas pela sociedade de propósito específico da qual ela é sócia, juntamente com o parceiro público; distinguem-se, ainda, pelo fato de se poder firmar contratos de PPP referentes a áreas nas quais não há monopólio legal, ou constitucional do Estado para exercício da atividade.⁴

Do mesmo pensamento, compactua o autor Delpiazzo, ao afirmar que: *“La participación público privada en el desenvolvimiento de los cometidos estatales no es una novedad.”* E acrescenta exemplificando o uso da referida concessão no Uruguai: *“Así, registra la historia que em 1854 se constituyó una sociedad anónima para construir “un puente de piedra o de buena madera com cabezas y pilares de piedra”.*⁵

Logo, deve-se analisar que o instituto das parcerias público-privadas, embora tenha surgido hodiernamente de forma legal, no Brasil, a partir da Lei 11.079/2004, esta pode ser visualizada desde a época do Brasil Império, com algumas peculiaridades:

a) Autorização legislativa, na Resolução Legislativa n. 641, de 26 de junho de 1852; b) a concessão, compreendendo o “privilégio do caminho de ferro”, por prazo não superior a noventa anos, contado da incorporação da companhia; c) direito da companhia de desapropriar, na forma da lei, os terrenos particulares necessários ao leito do caminho de ferro, estações, armazéns e demais obras adjacentes, “sendo-lhe para o mesmo fim concedidos os terrenos devolutos e nacionais”; d) exclusividade, não se podendo conceder outros caminhos de ferro a uma distância de cinco léguas de cada um dos lados, salvo acordo com a concessionária; e) durante o prazo de concessão, teria a concessionária “direito de perceber os preços de transportes fixados pelo governo na tabela organizada de acordo com a companhia, cujo máximo na excederá o custo actual das conduções garantindo o governo à concessionária o juro de até 5% do capital empregado na construção da estrada de ferro”⁶⁷

Segundo observação realizada, mesmo existindo escravidão no Brasil, à época, a companhia preferia não possuir escravos, mas utilizar apenas a mão de obra de

⁴ Ibidem, p. 258

⁵ DELPIAZZO, Carlos E. *PPP y concesiones em Uruguay*. In: CAVALVANTI; MATILLA, op. Cit. p. 299.

⁶ VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1857, p. 408-409

⁷ VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1857, p. 408-409

peças livres para a construção e custeio da estrada, demonstrando um maior compromisso com a especialidade de mão de obra.⁸

Neste sentido, embora os ideais de introdução de capital privado para a execução dos contratos da época imperial, objetivando a melhoria da estrutura da administração pública, sejam os mesmos argumentos das PPPs no cenário atual, ou seja, modernização e economicidade, os requisitos provenientes das primeiras contratações são diversos das parcerias.

As PPPs tem uma aceção mais ampla do que a relacionada às concessões comuns, pois abrangem serviços dos quais o Estado não é o titular exclusivo, e nem sempre haverá remuneração por seus usuários.⁹

É notório perceber que a iniciativa privada tende a ser mais eficiente, mais proativa, dotada de mais recursos tecnológicos, e portanto com mais capacitação na prestação de serviços, eis que a livre concorrência exige cada vez mais perfeição de mão de obra, devendo a empresa privada buscar capacitação constantemente objetivando a conquista por uma posição hegemônica no mercado.

As Parcerias Público-Privadas aparecem oficialmente no Brasil na década de 90, no governo de Fernando Henrique Cardoso, em virtude da Reforma do Estado, mas ganharam força apenas em 2002, no governo Lula.

Reputadas como acordos realizados entre o poder público e empresa privada para a realização de uma obra pública e/ou para a prestação de um serviço público, que se darão por meio de um contrato de concessão, o qual será precedido de licitação.

Elas foram introduzidas no direito brasileiro, por meio da Lei 11.079/04, criando duas novas formas de contratos administrativos: a concessão administrativa e a patrocinada. As PPPs administrativas são aquelas pagas pelo governo pelo serviço prestado pela concessionária, como, por exemplo, o que ocorre com a coleta de lixo e a construção de presídios, já as patrocinadas são aquelas onde o poder público paga a remuneração adicional, além da tarifa que é cobrada ao particular por meio da eventual utilização, como por exemplo, observado em rodovias pedagiadas de tráfego insuficiente.

⁸CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. *In*: CAVALCANTI Bruno; MATILLA, Andry. Estudios latino-americanos sobre concesiones y PPP. **Ratio Legis Librería Jurídica**, 2013, p. 238

⁹CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. *In*: CAVALCANTI Bruno; MATILLA, Andry. Estudios latino-americanos sobre concesiones y PPP. **Ratio Legis Librería Jurídica**, 2013, p. 249

Segundo Yescombe, os arranjos contratuais que aliam parceiros públicos e privados para provisão de serviços públicos são um fato que vem ocorrendo com frequência desde os anos 90, por se tratar de alternativa mais viável no atendimento da demanda destes serviços e pela insuficiente qualidade de sua prestação.¹⁰

Segundo Maria Eduarda Azevedo¹¹, as parcerias público privadas (PPP) foram reflexo da situação econômica do pós guerra, na qual os países se encontravam. Assim, sem condições de atender aos serviços públicos e propor melhorias a sociedade, o Estado fez uso de uma alternativa *sui generis* de concessão¹², por meio da qual a empresa privada se responsabilizaria por toda a parte executiva do projeto, devendo o poder público unicamente fiscalizar o setor e pagar a longos prazos a execução privada ou transferir para a sociedade a quitação dos investimentos.

Para Celso Antônio, as Parcerias Público-Privadas caracterizam-se meramente como contrato de prestação de serviço público:

Ocorre que é praticamente impossível dificilmente se poderá conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria de pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, **não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra, o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão.** Deveras. Não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão, para que ele adquira, como em um passe de mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole, para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão, assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons por meio dela.¹³

A Constituição Federal Brasileira de 1934 se demonstrava fragilizada, e o Estado do bem estar social, vinha sendo substituído por um Estado mais reduzido, tendo em vista os reflexos do neoliberalismo, e o excesso de endividamento nos países subdesenvolvidos.¹⁴

¹⁰ YESCOMBE, E. R. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. BH, 2007, p. 50-70

¹¹ AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público privadas: instrumentos de uma nova governação pública**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 27-36, 41-49

¹² Para alguns autores, como AZEVEDO e CAVALCANTI, mencionar PPP como espécie de concessão se trata de um equívoco, eis que há remissão a algo mais abrangente.

¹³ Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

¹⁴ CAVALCANTI, op. Cit., p. 243

Nesta ótica, o sistema capitalista era defendido, em função do expansionismo e dos reflexos do Consenso de Washington¹⁵, propondo a inserção no fenômeno de globalização das economias, com a desestatização do setor produtivo e pagamento das dívidas públicas.¹⁶

Neste diapasão, em razão da impossibilidade financeira do estado no atendimento das demandas dos cidadãos, resolveu-se adotar uma forma de investimento mais eficaz, onde estado e particular se unissem para juntos cooperarem com o desenvolvimento, através das PPP's.

Assim, as PPPs são conforme Maria Eduarda Azevedo¹⁷, modo de concretizar projetos de investimento público, redimensionando, reorientando e favorecendo a participação da iniciativa privada, com a partilha de riscos, minimizando as falhas de mercado e promovendo a sustentabilidade das finanças.

De acordo com Marcos Nóbrega, os contratos de PPP podem ser de várias modalidades: modelo BOT (*build-operate-transfer*- construir, operar ou explorar e transferir); modelo BOOT (*build-own-operate-transfer*-construir, ser proprietário, operar ou explorar e transferir); modelo BOO (*build-own-operate*- construir, ser proprietário e operar ou explorar); modelo DBFO (*design-build-finance-operate*- projetar, construir, financiar e operar ou explorar); e modelo DBFT (*design-build-finance-transfer*- projetar, construir, financiar e transferir). Todos estes serão melhor delineados em seguida.¹⁸

Rompendo a estreita visão tradicional e considerando o arcabouço teórico da teoria da incompletude contratual, há em largo espectro em que as soluções exclusivamente de mercado e as soluções integradas de dissipação de risco estariam nas opções extremas. Os contratos, portanto, seriam uma solução de permeio considerando os dois extremos. Assim, os contratos, portanto, seriam uma solução intermediária entre o mercado que conquanto menos custoso inicialmente demonstra-se inapto para uma correta dissipação e cobertura de riscos e as estratégias de integração que, embora sejam mais adequadas para a alocação de riscos, se revelam com elevados custos de instalação. Logo existirá um *trade off* entre mercado (com seus incentivos) e estratégias extracontratuais de resolução de conflitos. O contrato será a chave

¹⁵ O Consenso de Washington foi um acordo realizado em 1989, com o objetivo de promover o ajustamento macroeconômico dos países subdesenvolvidos, para acelerar seu processo de desenvolvimento no mercado globalizado, apoiado no neoliberalismo e no livre mercado.

¹⁶ Idem

¹⁷ Idem.

¹⁸ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infra-estrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, 2010, V. 1, P. 123 a 141

para a resolução dessas questões e qual a viabilidade econômica de escolher a opção contratual passa a ser de grande relevância.¹⁹

A doutrina majoritária tem o Reino Unido como pioneiro nos anos 90, na utilização de PPP, com um triplo objetivo: aumento da capacidade de financiamento do estado por meio de pagamentos plurianuais, melhoria na qualidade dos serviços públicos ao impor ao parceiro privado critérios de qualidade e diminuição da despesa pública, aproveitando a inovação do setor privado.²⁰

O modelo adotado no Reino Unido é o *DBFO* (*design, building, finance and operate*) ou contrato global, no qual há concepção, construção, financiamento e exploração com pagamentos anuais regulares. Iniciando em 1997 a reforma com uma administração pública mais eficiente, com qualidade nos serviços e a um custo menor, sendo os capitais privados complementos do público. Inicialmente conhecidas como *Private Finance Initiative (PFI)*, mais amplos, cujos objetivos são melhoria da infraestrutura em virtude da maior eficiência do setor privado, contabilizando o *value for money* (eficiência) no uso dos recursos públicos, compartilhamento de riscos, capacitação, superação de dilemas fiscais, bem como o engajamento dos cidadãos no monitoramento.

O aspecto fundamental na obtenção dos ganhos de eficiência é a adequada alocação dos riscos entre os setores público e privado (...) A estruturação de um projeto de parceria segue normalmente o formato de um *Project Finance*, que é uma forma de financiamento de um investimento de capital economicamente separável, que tem no fluxo de caixa do projeto a fonte de pagamento dos empréstimos e do retorno do capital investido... A alocação de riscos em um *Project Finance* é feita por meio de uma complexa estrutura contratual, que, para o caso de uma concessão de serviço público, pode envolver: autoridade contratante, investidores, bancos, seguradoras, fornecedores de insumos, empresa construtora, operador e, quando é o caso, comprador da produção...Essa intrincada teia de contratos segmenta e compartilha o risco entre as diversas partes, possibilitando que cada agente fique responsável pela parcela de risco que mais lhe convém e que pode melhor gerenciar.²¹

Em 1997, foi criada no Tesouro inglês, uma força tarefa para coordenar a PFI, o que representou um sucesso, sendo fundado em 2000, um centro permanente para

¹⁹ Idem

²⁰ Idem, p. 125-136

²¹ BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do serviço público**, Brasília, n 56,p. 7-21, jan/mar. 2005

auxiliar o setor público, a Partnerships UK - PUK, cujo capital social seria formado por 49% público e 51% privado, a fim de prestar consultoria técnica sobre PFI.²²

Para Yescombe, tem sido observado em outros países uma estrutura semelhante à PUK²³, no entanto não são criadas como PPPs, cujo objetivo seria evitar conflitos entre os setores, no Brasil por exemplo, há órgãos públicos especializados na matéria.²⁴

Na visão de Yescombe, a vida de um projeto pode ser dividida em três etapas: desenvolvimento da estrutura, construção e operação. No primeiro é estabelecido o contrato e sua estrutura financeira, a cargo dos patrocinadores, geralmente é neste momento que se cria a Sociedade de Propósito Específico, para em seguida passar para a etapa de constituição, e na seguinte realizar a operação, com a produção de recursos que retornam aos acionistas.²⁵

Há projetos auto-sustentáveis na geração de receitas, como pedágios em pontes, e outros que necessitam dos recursos públicos para cobrir os investimentos, visando sempre ao *best value*, se submetendo a uma pesquisa e avaliação prévia por meio do instrumento *PSC (Public Sector Comparator)*, comparador do setor público, que averigua o custo global.²⁶

Pode ocorrer de na licitação, haver consórcio de *joint venture*, com maior especialização, terceirização, justificada para atribuir os riscos a parte que sabe melhor lidar com eles. Mas o que diferencia esse modelo do brasileiro é que no Brasil, o risco financeiro em bancos é do parceiro privado. Assim, se o setor privado faz um financiamento, não há despesa pública, sendo contado apenas o pagamento pelo poder público no decorrer do projeto.

Na França, são os denominados *contrat de partenariat public-privé*, contratos globais, de infraestrutura, com partilha de riscos, salientando que antes havia alguns empecilhos na obtenção de receita, em virtude do código de mercados proibir as

²² EVINA, Renaud Bruno Etoua. **Teoria dos Contratos incompletos e parcerias público-privadas: uma aplicação para concessões aeroportuárias no Brasil**. Brasília, UNB, 2016, p. 6

²³ PUK significa *Partnerships United Kingdom*. Elas foram lançadas em 2000, com o objetivo de melhorar o planejamento, negociação e implantação das PPPs, cuja diretoria possui membros do setores público e privado.

²⁴ YESCOMBRE, E. R. *Public-Private Partnerships*. Butterworth-Heinemann, 2007, p. 50-70

²⁵ YESCOMBE, E. R. *Principles of Project finance*. Academic Press. Londres, 2002, p. 246

²⁶ Idem

portagens ocultas e os pagamentos por disponibilidade, além da separação entre contratos de construção e de manutenção de obra. Assim, resolveram criar dois novos tipos: concepção, realização, transformação, exploração e gestão, ou seja, global, sem o prefinanciamento privado e a enfiteuse administrativa que permitiu o uso da PPP, transferindo a responsabilidade para o privado.²⁷

Na Itália, as grandes carências estruturais também levaram ao uso desse tipo de contrato, mas a rigidez estrutural no setor de obras públicas e a relutância política de esquemas arrojados e falta de enquadramento jurídico, ainda prejudicavam o recurso à alternativa. Até que em 1998, foi aprovada a nova lei quadro das obras públicas, a lei Merloni, que retomou a concessão de obra pública e a PPP, com abrangência, concepção, construção, execução e gestão. Em 1999, o governo criou também uma unidade financeira e um código de PPP, para fomentar as parcerias.

Sem o financiamento privado aventado anteriormente no modelo inglês, o PFI não seria diferente das outras PPPs, porém caso fosse utilizado no Brasil teria o alto custo do privado e a desconfiança, pois há ausência de avaliação adequada do VFM, reduzido potencial de transferência para o privado, reduzida experiência do modelo e poderia não despertar interesse no setor privado, que não contaria com os subsídios públicos, e assim teve que se adaptar às condições locais.²⁸

Em relação a esta experiência internacional no uso das Parcerias Público-Privadas, as que merecem uma maior apreciação são as concernentes às experiências inglesa, norte-americana, chilena, portuguesa e a brasileira, objeto do estudo no capítulo em questão.²⁹

As razões para escolher os países supra selecionados se dão porque, em relação ao Reino Unido, depreende-se como importantes o pioneirismo e a semelhança com o Brasil no que tange às reformas de estado nas décadas de 80 e 90. Os Estados Unidos por ser um país em que os serviços públicos e a infraestrutura foram basicamente erguidos pelo capital privado. E Chile e Portugal, pela tradição jurídico-ibérica, relativamente bem sucedidas, cujas ressalvas serão apontadas em seguida.

²⁷ Idem p. 137

²⁸ Idem.

²⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais**, In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47-81

2.1 INGLATERRA

No Reino Unido, adotadas em paralelo às privatizações e terceirizações, em meio ao *new public management*, através de sua versão *Private Finance Initiative* (PFI), nasceu em 1922, por iniciativa de John Major, em um contexto de implementação da agenda liberal de Margareth Thatcher.

No caso inglês há alocação de risco para o capital privado, no entanto há casos de compartilhamento de riscos, a exemplo das funções de concepção (*designing*) e construção (*building*) a cargo do privado, e o risco da demanda do serviço a cargo do público.

Em maio de 1989, o Secretário do Tesouro Nacional, John Major, incorporou ao discurso o argumento do *good value for Money*, para a nova empreitada britânica, os quais seriam contratos baseados em resultados, com aproveitamento de economias de escala, competição, transferência de risco para a iniciativa privada, divisão explícita de responsabilidades.³⁰

Em seu discurso anunciou:

Estou em condições de anunciar três avanços significativos. No passado, o Governo estava preparado para dar o sinal verde a projetos somente depois de compará-los com projetos similares no setor público. Isso acontecia independentemente de o projeto ser ou não de fato levado a cabo no setor público. Decidi abandonar essa regra. No futuro, qualquer projeto financiado privadamente que possa ser operacionalizado de modo lucrativo terá autorização para ser implementado. Em segundo lugar, no passado o Governo muito frequentemente tratou projetos apresentados a ele como inteiramente privados ou inteiramente públicos. No futuro, o Governo vai, ativamente, estimular empreendimentos conjuntos [*joint ventures*] com o setor privado. (...). Em terceiro lugar, vamos permitir a utilização mais intensa do *leasing* quando este assegurar bom emprego de recursos [*good value for Money*]. Desde que se possa comprovar que o risco fique sempre com o setor privado, organizações públicas estarão autorizadas a celebrar esses contratos, sendo que os pagamentos pelo *lease* contarão como gasto, sem que haja cortes no orçamento.³¹

³⁰ Idem

³¹ Idem

Nos primeiros meses a PFI representou um pequeno impacto, mas em 1993, o novo chanceler, Keneth Clarke, equivalente ao Ministro da Fazenda, cria o PFP (*Private Finance Panel*), que tinha o papel de incentivar a participação pública e privada, com o objetivo de trazer inovação dentro das novas demandas públicas solucionando os empecilhos identificados na PFI.³²

Neste sentido, o chanceler enfatizou que os recursos públicos deveriam ser racionalizados e maximizados em áreas em que o investimento privado fosse inapropriado ou deficitário, salientando os dois princípios centrais para a PFI: o setor privado deveria assumir o risco do projeto sem garantia contra prejuízos, e deveria vir demonstrado o *good value for Money*, não havendo taxas de retorno, nem pisos de lucratividade.³³

Com o *New Labour*, os neotrabalhistas, através da liderança de Tony Blair, em 1997, revisaram o PFI, revogando o *universal test*, o qual obrigava a efetivação de testes em todos os projetos, a fim de aferir o potencial de participação privada, mas que levou a melhorar os projetos de PFI.³⁴

Houve mais de 600 projetos de PFIs, com mais de 50 bilhões de libras envolvidas, dos quais 275 estão em fase operacional nos setores de transporte, educação, saúde, presídios, defesa, lazer, meio ambiente, habitação, desenvolvimento de tecnologia e obras públicas.³⁵

O projeto de maior envergadura se deu em 1966, com a construção da linha de trem, em parte submersa, que cruza o canal da Mancha, com um custo equivalente a

³² Idem

³³ Idem

³⁴ “O *new labour* é assim chamado por ser resultado da revisão programática dos trabalhistas, na Oposição durante toda a “era Thatcher” (1979-1997). Um exemplo dessa mudança nas diretrizes político-ideológicas do partido é a revisão da Constituição do partido, antes defensora da estatização e da prestação do serviço público por entes públicos. Entre outras modificações, a nova redação incorporou a ideia de parceria, que passou a ser vista como um elemento de “uma economia dinâmica, a serviço do interesse público, em que a capacidade empreendedora do mercado e o rigor da competição são associados às forças de parceria e cooperação” (trecho da nova redação da Cláusula IV). Em novembro/1998 o então Ministro dos Transportes, John Reid, enfatizou a importância das parcerias nos seguintes termos: “Não vai haver volta aos ‘velhos dias’, com o Estado no comando de tudo, sem atentar para os resultados e para a prestação de serviços para o público e para o consumidor. A proposta do Governo para as parcerias público-privadas demonstra que não vai ficar de pé nenhum dogma na busca da solução correta, no equilíbrio das responsabilidades públicas e privadas. Alcançar um sistema de transporte sustentável deve ser uma responsabilidade conjunta”. Como representante dessa guinada programática do *Labour* ficou também conhecida uma frase dita por Tony Blair: *what matters is what Works* (“o que interessa é o que funciona”). Idem

³⁵ Idem

mais de 4 bilhões de libras, e hoje se discutem possibilidades para modernização e manutenção do Metrô de Londres, que somados representarão a maior PPP britânica no país.³⁶

Os contratos de PPP britânico podem ser do tipo *free standing* ou *joint ventures*. Com relação aos primeiros, seus custos são recuperados de forma integral através de cobrança do serviço pelo usuário final, a exemplo da Ponte Rainha Elizabeth II.³⁷

Nos projetos de *joint venture*, os setores público e privado participam conjuntamente, e são realizados por concorrência, controlados pelo setor privado e com a contribuição do governo limitada e definida, podendo conceder empréstimos, transferir ativos, participar por ações ou prestar serviços secundários.³⁸

Do ponto de vista fiscal, as PFIs britânicas não são classificados como gasto público, tendo em vista os imperativos da austeridade fiscal, e sem estas muitos hospitais e escolas jamais teriam sido construídos na Inglaterra, simplesmente porque os recursos públicos não estavam disponíveis, daí a importância do instituto no país em referência.

2.2 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América, há uma longa história de parceria entre os governos e entidades privadas, com a prestação de serviços não apenas de infraestrutura, mas de serviços sociais, como educação e saúde, com participação bem expressiva de organizações não governamentais ou não lucrativas.³⁹

Com relação aos serviços sociais, percebeu-se durante um longo tempo a assunção por organizações não lucrativas mediante o desempenho de vários papéis voltados às necessidades públicas, e hoje as organizações não lucrativas respondem por quase 60% das agências de serviços sociais.⁴⁰

³⁶ Idem

³⁷ Idem

³⁸ Idem

³⁹ Idem

⁴⁰ Idem

Seus recursos provêm de doações realizadas por entidades privadas, pelo governo, através de pagamentos diretos, isenções fiscais, regulação preferencial, dedução em doações e subsídios, formando os contratos de aquisição de serviços – *purchase of services contracts*, onde as entidades não lucrativas estão subordinadas ao Estado.⁴¹

O Estado norte-americano é pequeno em relação às políticas públicas, o que o impede de assumir papéis exclusivos de provedor, como nos setores de saúde, educação, serviços sociais e promoção da cultura. Nas palavras de Moulton e Anheier “A versão norte-americana do Welfare State consiste em um setor público que faz a política, gera a receita tributária e contrata agências não lucrativas para administrar e prover bens e serviços”.⁴²

A relação de dependência do setor não lucrativo é tão intensa que tem se organizado cada vez mais para obter recursos para suas atividades, com o governo através de *lobbies*, levando a profissionalização de grupos de pressão especializados para este fim, mas que em razão da escassez de recursos tem levado a iniciativa privada lucrativa a dispor de recursos em troca de venda e investimentos, conforme a lógica mercantil, fazendo surgir os *business-like non-profits*.⁴³

No que tange ao setor de infraestrutura, a sua expansão envolvendo o setor público e o setor privado se dá no século XIX, com a construção da Transcontinental Railroad, em 1860, no entanto hoje as PPPs mais relevantes se encontram nos setores de habitação, desenvolvimento urbano, transportes, água e saneamento.⁴⁴

E os motivos que levaram os americanos a utilizar PPPs são a redução dos custos, ausência de mão de obra especializada no setor público, expertise no setor privado, falta de suporte do governo, excesso de burocracia, necessidade de implementação de projetos de forma célere, de forma inovadora e qualificada, qualificando como PPPs as atividades de concepção e planejamento de projetos,

⁴¹ Idem

⁴² MOULTON, Lynne ; ANHEIER, Helmut K. *Public-Private Partnerships in the United States: historical patterns and current trends*. In: OSBORNE, Stephen P. ed. *Public-Private Partnerships – Theory and Practice in International Perspective*. Routledge Advances in Management and Business Studies, 2000, p. 107

⁴³ COUTINHO, op. Cit. , p. 63

⁴⁴ Idem

financiamento, construção e operação pelo setor privado, com ou sem transferência posterior ao Poder Público.⁴⁵

Dentre os tipos contratuais de PPPs nos EUA, tem-se o BT (*built-transfer ou turnkey*), através do qual o governo solicita um projeto e o capital privado implementa e realiza a entrega. Nestes, a parte privada concebe, financia e constrói, e a parte pública financia e opera.⁴⁶

Há o tipo de parceria BLT (*built-lease-transfer*), cuja diferença com o anterior é que antes da entrega do empreendimento, o privado auferia receitas públicas por meio de arrendamento, para que apenas ao final transfira as instalações em definitivo para o governo.⁴⁷

Outro tipo contratual é o BOT (*built-operate-transfer*), por meio do qual o governo transfere à iniciativa privada o financiamento e a execução de um projeto, mediante operação privada durante um tempo, para depois transferir em definitivo para o setor público. Caso ele seja usado para reabilitação ou expansão de instalações haverá o ROT (*rehabilitate-operate-transfer*).⁴⁸

Afora estes, há o BOOT (*build-own-operate-transfer*), semelhante a um empreendimento comercial, eis que não há operação envolvendo setor público e privado, pois o privado é proprietário do empreendimento, e apenas após a recuperação do investimento, o transferirá ao setor público.⁴⁹

No contrato do tipo BOO (*build-own-operate*), envolve uma grande participação do setor privado, eis que uma empresa ou consórcio financia e opera o empreendimento como proprietário, sem precisar transferir a propriedade para o governo, e neste caso se aplica aos setores em que há certeza de demanda, a exemplo do tratamento de resíduos sólidos, sendo o risco igual a todos os empreendimentos privados.⁵⁰

Há ainda as PPPs que envolvem operação (*service contract*), por meio do qual há retenção de grande parte do controle pelo setor público; financiamento

⁴⁵ Idem

⁴⁶ Idem

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Idem

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Idem

(*management contract*), em que o privado opera uma instalação mediante contrato com o poder público, onde o operador privado responderá por todos os aspectos de operação e manutenção do serviço, apesar de não ser seu proprietário, como os serviços de saúde, educação, água e esgoto.⁵¹

Na modalidade *lease*, o poder público realiza um contrato para que o setor privado tenha direito a alguns ativos com a recolha perante os usuários de uma tarifa pactuada com o governo, ficando o setor privado limitado à manutenção e reparos, pois investimentos em expansão são de responsabilidade do poder público.⁵²

Na modalidade *concession*, o governo assegura o direito exclusivo para a iniciativa privada operar, manter e administrar por um lapso temporal, como acontece no Brasil, onde o monitoramento e regulação partem do setor público, estipulando a tarifa paga pelo concessionário ao governo inicialmente para obter o direito de concessão, a exemplo do setor elétrico norte americano.⁵³

Na modalidade *partial/full divestiture*, desinvestimento total ou parcial, haverá venda da infraestrutura pública para o privado, com uma espécie de privatização, que ocorrerá quando esta for bastante vantajosa para o poder público, ocorridas com a *U.S. Nuclear Enrichment Corporation e Conrail Railroad*.⁵⁴

O que se percebe de uma forma geral é que há uma participação muito forte da iniciativa privada nas PPPs americanas, o que para uns funciona como intromissão do capitalismo no âmbito público, em contrapartida são o modo mais eficiente de dispor de serviços de qualidade a população.

2.3 CHILE

Em 1994, o Chile engajou-se em 36 projetos, para suprir a lacuna no estoque de infraestrutura no país, envolvendo cerca de 5,5 bilhões de dólares, dos quais

⁵¹ Idem

⁵² Idem

⁵³ Idem

⁵⁴ Idem

24 foram relacionados a transportes rodoviários, 9 em aeroportos, 2 em prisões, e 1 em reservatórios de abastecimento, dentre os quais 20 estão em pleno funcionamento.⁵⁵

Percebeu-se que a ausência de infraestrutura ameaçava o crescimento econômico do país, cuja roupagem de PPP se deu mediante concessão a empresa privada no desenvolvimento de um projeto, construção e operação por um tempo, a fim de recuperar os investimentos, através da cobrança de pedágios aos usuários.⁵⁶ Neste sentido, quando a PPP foi introduzida, o Chile possuía 12.500 km de estradas pavimentadas, e 36.200km não pavimentadas.⁵⁷

No entanto, para permitir a introdução das PPPs, teria que alterar a lei de concessões, para abarcar construção, reabilitação, operação de infraestruturas, sob responsabilidade do MOP (Ministério de Obras Públicas), onde os demais Ministérios setoriais outorgavam um mandato para a administração do MOP.

Sendo assim, os novos arranjos trouxeram mais flexibilidade, com obrigações mútuas, delineamento de procedimentos e resolução de conflitos, mecanismos de estímulo à indução de subsídios e garantias governamentais, através dos quais as próprias obras públicas serviam como garantia para o financiamento das concessões.

As concessões podem no Chile se dar por postulação, como resposta a uma proposta particular, ou por recomendação do MOP, cabendo licitação para os dois casos, cujos critérios são valor da tarifa, tempo, valor do subsídio, valor dos pagamentos pelo concessionário no uso de infraestrutura já existente, valores mínimos de receita assegurados pelo governo e distribuição dos riscos.⁵⁸

No Chile, o concessionário é responsável por todos os riscos, construção e operação, salvo por atrasos gerados por ausência de atos essenciais do governo, como

⁵⁵ Idem

⁵⁶ Idem

⁵⁷ LORENZEN, Carlos; BARRIENTOS, Maria Elena; BABBAR, Summan. *Toll Road concessions: the chilean experience. Project Finance and Guarantee (PFG)*, Discussion paper n. 124, Washington, World Bank. Disponível em www.worldbank.org/html/fpd/guarantees/assets/images/TollRoads_0514.pdf, 2000, p. 3. Acesso em 16/01/18

⁵⁸ Ibidem, p. 4

expropriação, servidão, etc, sendo a primeira PPP chilena a construção do *Túnel El Melón*, pagos com receitas do pedágio e do Estado.⁵⁹

Em razão do alto valor de pagamento para o Estado por uso de infraestrutura preexistente, foi cobrada alta tarifa aos usuários, gerando o recurso a via alternativa na montanha onde o túnel foi instalado, repercutindo na renegociação das obrigações, mediante os aditamentos.⁶⁰

Após, as PPPs passaram a ser utilizadas em rodovias para exportação, no sentido dos portos de Santo Antônio, Valparaíso, a estrada Santiago-Los Andes, a Argentina, estradas Chilán-Concepción, Pan-Americana.⁶¹

A garantia de uma renda mínima de 70% dos fluxos de receita do projeto, foram fundamentais para o desenvolvimento das PPPs no Chile, com mais de 2000km de estradas concedidas por cerca de 3,3 bilhões.⁶²

2.4 PORTUGAL

Em Portugal, as PPPs servem como maneira de refletir sobre a construção de estradas, no que pertine ao importante investimento institucional em planejamento, capacitação, e gestão dos contratos, para que funcionem com êxito.⁶³

Neste sentido, Portugal enfrentou problemas de esforço em disciplina fiscal, através de programas para reduzir os déficits orçamentários, que somando-se ao crescimento de despesas primárias pôs o país uma situação de altos índices de gastos públicos, de outra banda, é o país com a menor renda per capita da zona Euro na Europa.⁶⁴

A primeira PPP se deu no início da década de 90, com a construção da ponte Vasco da Gama, sobre o Tejo, uma das maiores do mundo. Além disso, entre 1997 e 2002 surgiram vários projetos em rodovias. Em agosto de 2002, houve a criação

⁵⁹ COUTINHO, op. Cit. , p. 15-75

⁶⁰ Idem

⁶¹ Idem

⁶² Ibidem, p. 48

⁶³ LORENZEN; BARRIENTOS; BABBAR, op. Cit., p. 18 e ss.

⁶⁴ OCDE (2004). *OECD Economic Survey of Portugal 2004: the Public Administration Reform*. September

de 10 novos hospitais mediante PPPs, além das fontes de geração de energia “Tapada do Outeiro” e “Pego” foram construídos sob a modalidade DBFO (*design – built- operate-transfer*), afora o hospital “Amadora-Sintra”.⁶⁵

Parte do programa de construção de estradas ganhou a designação de SCUT – sem custos para o utilizador, o qual diz respeito à forma de financiamento e remuneração do capital privado, adotando-se o “pedágio-sombra”, *shadow-toll*, por meio do qual o operador privado é remunerado pelo setor público, conforme o número de veículos que usam a rodovia, no entanto, estas estão fadadas ao desaparecimento, em razão do insustentável ponto de vista financeiro.⁶⁶

Em 2004, novas leis surgiram para organizar a ação da Administração Central, e o Primeiro Ministro nomeado em 2004, anunciou converter todas as *shadow toll* em pedágios. Além do que resolveu criar uma esfera do Ministério da Fazenda para coletar, analisar e difundir informações, prover expertises técnicas, avaliar licitações e negociar com o parceiro privado, a fim de evitar todos estes infortúnios.⁶⁷

Neste sentido, atrasos, impactos orçamentários significativos, burocracias, compartilhamento impreciso e insuficiente dos riscos e a necessária reflexão sobre a implementação de projetos, servirá como um alerta para as implementações realizadas no âmbito interno, devendo ser combatido o despreparo do poder público na administração das PPPs.

2.5 AS EXPERIÊNCIAS GERAIS NOS CONTRATOS DE PPPS

Na União Europeia, de um modo geral, as experiências são bem sucedidas, tendo em vista a maior estabilidade institucional, no entanto há experiências que não deram muito certo, como o caso de Portugal.⁶⁸

Muitos países adotaram programas de PPP atraídos pela possibilidade de se diluir no tempo o montante de recursos necessários para viabilizar investimentos, permitindo a realização simultânea de um maior número de

⁶⁵ COUTINHO, op. Cit., p. 15- 79

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Idem

⁶⁸ CALDAS, op. Cit. , p. 232

projetos. Em alguns casos, a conta não demorou a chegar. Portugal, por exemplo, enfrenta problemas para honrar os compromissos de PPP resultantes dos contratos de rodovias em pedágios-sombra.⁶⁹

Neste sentido, o pedágio-sombra, ou *shadow-tall*,

(...)é um mecanismo de pagamento em que o poder público remunera integralmente o concessionário com base no tráfego real. Concebido nos primeiros contratos de rodovias no Reino Unido, foi adotado em Portugal no programa de concessões SCUT (Sem cobrança ao Utilizador). O governo português estima, para 2005, um compromisso de pagamento com tais contratos da ordem de 500 milhões de euros, o que representa a totalidade do orçamento do Instituto das Estradas de Portugal (IEP). Está em curso um processo de renegociação desses contratos para que se institua a cobrança de pedágio real.⁷⁰

Embora com essas críticas ao modelo português, a grande maioria dos países da Europa obteve êxito nos contratos de PPP servindo como um referencial, na América Latina, cuja implementação é mais recente, notadamente no Chile e no México, que aparentemente tem aspectos mais interessantes que no Brasil.⁷¹

No Chile, as Parcerias-Público-Privadas garantem uma receita mínima ao privado, e em caso de excesso de receita deve haver o compartilhamento com o poder público. No México, existe um fundo para cobrir alguns custos de construção e do serviço.⁷²

Nota-se que no Brasil, ainda há muito que melhorar em termos de clareza nos marcos regulatórios, fortalecimento institucional, compromisso do setor público em prestar o melhor serviço a seu povo, a um menor custo possível.

E para compensar essa fuga dos investidores privados, e modernizar a máquina estatal, prefere conceder regalias ao parceiro privado, concedendo uma infinidade de garantias, mitigando os riscos contratuais e repercutindo nas incongruências que serão mencionadas nos capítulos seguintes, gerando um altocusto final para o cidadão contribuinte e utente, mediante a adaptação das parcerias público-privadas estrangeiras ao modelo de gestão brasileiro.

⁶⁹ COSTA, Álvaro. Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56, p. 16, jan/mar, 2005

⁷⁰ Ibidem, p. 17.

⁷¹ CALDAS, op. Cit. p. 232

⁷² Idem

No exterior, estes pactos tem sido efetuados baseados em vários formatos, como o tradicional BOT (*build-operate-transfer*), o qual significa construir, operar e transferir, presente nas concessões comuns, eis que há a prévia realização de obra pública, restando ao particular apenas construir, operar e transferir de volta ao poder público.⁷³

O Estado, por sua vez, é o responsável pela concepção do contrato, assumindo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, independentemente do endividamento público, eis que se torna uma ótima opção quando a taxa de retorno financeiro é considerável.⁷⁴

⁷³ Ibidem, p. 234

⁷⁴ Idem

3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

3.1 CONCEITO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Embora a breve passagem realizada anteriormente sobre a ideia de introdução de PPPs, no Brasil Império, este instituto surge oficialmente apenas com a Lei 11.079, em 2004, de modo a instituir as regras faltantes na lei de concessões.

Para Sundfeld, dentre os pontos inovadores há o oferecimento pelo concedente a concessionária, de pagamento de adicional de tarifa, com a criação de um adequado sistema de garantias que protege o concessionário contra o inadimplemento do concedente, por meio das concessões patrocinadas.⁷⁵

Além disso, era preciso criar condições jurídicas para que os particulares assumissem os encargos de investir, implementar e depois manter a infraestrutura, por longo prazo. Assim, as PPPs surgem com múltiplos vínculos negociais de trato continuado entre administração e particular, com algum coeficiente de interesse geral, cujo objetivo principal destas foi gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo.⁷⁶

Este acordo apareceu como uma nova visão contratual em expansão, onde o acordo substitui os atos unilaterais de autoridade, trazendo à baila a denominada administração pública consensual.

De acordo com Maria João Estorninho:⁷⁷

Trata-se de uma forma de administração nova, ‘negociada ou contratual’, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da administração pública.

Neste diapasão, há a introdução de duas outras modalidades de concessões, as denominadas concessões patrocinadas e as concessões administrativas, como espécies do gênero parcerias público-privadas, com base na lei 11.079/04.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 15-46

⁷⁶ Idem

⁷⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 44

3.2 MODELOS DE CONTRATO DE PPPS

Pode ser utilizado o modelo de contrato DBFO (*design-build-finance-operate*), por meio do qual se atribui ao privado a concepção, obtenção de financiamento, elaboração e operação das obras e serviços públicos, ficando a cargo do poder público a fiscalização e a prestação de garantias a fim de mitigar os riscos para o setor privado.⁷⁸

Também é possível neste modelo compartilhar com o Estado os lucros excedentes, em decorrência da álea do crédito dos financiamentos utilizados, e embora haja previsão legal no Brasil, nos moldes do art. 5º, IX da Lei 11.079/04, na prática não se realiza diante do contexto socioeconômico.⁷⁹

Além desses modelos de contratos bem-sucedidos, há os contratos de serviço, contratos de operação e administração e contratos de arrendamento. Nos primeiros, o setor privado obtém, opera e mantém instalações já existentes, perante a coordenação do setor público, responsável pela administração e investimentos, com prazo de curta duração, cerca de meses ou alguns anos.⁸⁰

Nos segundos, o parceiro privado opera e administra os ativos do projeto, enquanto o parceiro público toma as decisões sobre investimento e expansão, sendo tais contratos também de curto prazo.⁸¹

E nos terceiros, o parceiro privado, opera, administra e auferir receitas provenientes da prestação do serviço público, mediante contraparte consistente em pagamento de aluguel ao parceiro público.⁸²

Além dessas maneiras de contratar Parcerias Público-Privadas, há contratações para projetar e construir instalações públicas, em que o privado assume o risco mediante o financiamento realizado pelo Estado.⁸³

⁷⁸ Idem

⁷⁹ MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público 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**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord), *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 477-478

⁸⁰ CALDAS, op. Cit. , p. 235

⁸¹ Idem

⁸² Idem

⁸³ Idem

Dentre as situações desfavoráveis na contratação, existem os conflitos com aspectos ambientais, no planejamento da obra, aumentando o risco operacional, sendo cristalina a falta de atrativos para financiamentos privados.⁸⁴

O modelo contratual BOT (*built-operate-transfer*), que significa construir, operar e transferir, ocorre quando existe a contratação de um empreiteiro particular, que projeta, constrói e opera uma instalação pública por um tempo, e após finalizado, efetua a entrega ao poder público que também financiou e persistiu com sua propriedade. Há transferência do risco operacional para ambos os parceiros, como os riscos de projeto e de construção, e sua aplicação serve para projetos em que o conteúdo operacional é significativo, como serviços de água e esgoto.⁸⁵

Os contratos sob a forma DBFO (*design-build-finance-operate*), também corroboram com a contratação de um empreiteiro particular, para projetar, construir, operar, e financiar uma instalação pública por um tempo, para depois entregar ao poder público, embora a propriedade fique consigo durante a execução do projeto, para fins de recuperação dos custos do investimento por subvenções públicas.⁸⁶

Os aspectos mais valiosos do BOT (*built-operate-transfer*), construir, operar e transferir, com um atrativo para os financiamentos privados, em função dos custos mais previsíveis e consistentes, com maior acompanhamento, tendo em vista a grande responsabilidade do parceiro privado, seria empregá-los nos programas de construção acelerada.⁸⁷

No que pertine aos aspectos desfavoráveis, tem-se os conflitos de planejamento em razão da ordem ambiental, no entanto os procedimentos licitatórios podem ser mais complexos do que o sistema BOT(*built-operate-transfer*), construir, operar e transferir, com o acompanhamento de desempenho, com problemas em caso de retomada do empreendimento, se insatisfeito estiver o parceiro privado, devendo ser substituído.⁸⁸

⁸⁴ ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel; Horta, João Carlos Mascarenhas. **PPP- Parcerias Público-Privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo.** Belo Horizonte: Prax, 2005, p. 25-27

⁸⁵ CALDAS, op. Cit, p. 236-238

⁸⁶ Idem

⁸⁷ Idem

⁸⁸ Idem

As concessões elencam os mesmos traços da forma DBFO (*design-build-finance-operate*), além de cobrar do usuário pelo serviço prestado, para recuperar os custos, há previsão de um plus nos custos, em função de um potencial poluidor, em caso de projetos de rodovia, água e esgoto, não residenciais, por exemplo.⁸⁹

Neste sentido, suas situações mais favoráveis seriam as mesmas do DBFO (*design-build-finance-operate*), e igualmente como desfavorável tem-se os mesmos problemas desta, podendo haver rejeições políticas, e necessidade de administrar vias alternativas, a exemplo de rotas ou opções alternativas de despejos de resíduos.⁹⁰

Se formos analisar a conveniência na introdução das Parcerias Público-Privadas no Brasil, abstrai-se que a grande inovação destas está no sistema de garantias, para atrair o investidor privado.⁹¹

As Parcerias Público-Privadas, no contexto brasileiro, são 'concessões' do Poder Público que se revelam versões 'blindadas' de contratos administrativos bem conhecidos...Por ora, a disciplina conceitual das Parcerias Público-Privadas, mais restrita que a dominante no Direito Comparado, introduz a tentativa de oferecer garantias adicionais (a 'blindagem') para alguns contratos públicos, com o propósito de atrair investidores a aceitar longo prazo de amortização para empreendimentos de monta. Tais garantias são coadjuvantes em termos conceituais e deveriam, antes, receber respaldo constitucional.⁹²

3.3 ESPÉCIES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI 11.079/2004

Há duas espécies de parcerias público-privadas, conforme a Lei 11.079/04, quais sejam: as concessões administrativas e as concessões patrocinadas, dentre as quais serão elencadas as diferenças e características de cada uma a seguir.

As concessões administrativas são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente proibida, como a cobrança pela saúde

⁸⁹ Idem

⁹⁰ Idem

⁹¹ Idem

⁹² FREITAS, Juarez. **Parcerias Público-Privadas (PPPs): natureza jurídica.** In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (org.) curso de direito administrativo econômico. São Paulo : Malheiros, 2006, v.1., p. 679

ou ensino público (arts. 196 e 206, IV da CF/88), ou ainda porque é o próprio Estado o único usuário do serviço prestado.

Já a modalidade patrocinada é a própria concessão de serviço ou obra quando adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, houver contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado.

A concessão patrocinada já era viável anteriormente, eis que os adicionais de tarifa podiam ser pagos como receita complementar de acordo com o art. 11 da lei de concessões, e cuidados com a responsabilidade fiscal já eram devidos, vindo as parcerias, na visão de Sundfeld, reafirmar essas exigências no art. 10 e criar limites específicos para as despesas com contratos de PPPs, nos arts. 22 e 28 da lei de PPPs.⁹³

Já a concessão administrativa não existia, pois os serviços só eram viáveis para a administração através de contrato administrativo da lei de licitações no seguinte regime: a administração definia previamente como o serviço seria prestado, devendo pagar mensalmente o valor correspondente ao custo no período, nos moldes do art. 7º, §2º, III e art. 40 XIV da lei em comento. As parcelas calculadas em função da tarefa, art. 7º§2º, II e art. 40 XIII, não podendo o contratado financiar a operação, art. 7º, §3º, e nos serviços contínuos o prazo seria de um ano, prorrogável por até 5 anos, art 57, caput, II da lei de licitações.

Com a concessão administrativa surge uma nova forma de contratar, pois o contratado fará investimentos de no mínimo 10 milhões de reais, art. 2º, §4º, I, a remuneração dependerá dos resultados, art. 6º, parágrafo único e art. 7º e não da execução, art. 4º VI e 5º III, prestado por no mínimo 5 anos e no máximo 35 anos, art. 2º, §4º, II e art. 5º, I da Lei de Parcerias.

Para Sundfeld a lei de PPPs não só afirmou a licitude das garantias, em seu art. 8º, como concebeu uma entidade jurídica para esse fim, que é o Fundo Garantidor, baseado no art. 16 da lei, embora haja divergências que serão aventadas mais adiante.

Para o autor, os riscos neste tipo contratual seriam o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, impagáveis ou com projetos não prioritários, por isso a lei teria feito rígidas exigências em relação à responsabilidade fiscal, art. 4º IV, 10, 22 e 28 da lei 11.079/04.

⁹³ Idem

Afora este, existem os riscos das contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas, além do abuso populista no patrocínio estatal das concessões, daí a crítica contra as tarifas de serviços públicos, eis que os governantes populistas são muito sensíveis a essas pressões, e tenderão sempre a conter reajustes tarifários e criar isenções para grupos de usuários.⁹⁴

Para Cooter e Ulen, nem sempre é possível mensurar os riscos, em virtude dos *free-riders* ou “caronas”:

(...)ocorre quando não há como mensurar quanto cada utente contribuiu para o serviço, como no caso do bonde elétrico, em que apenas um utente paga para o medidor de energia funcionar, possibilitando aos demais utentes a garantia de uma viagem independente da participação financeira deles. Os aproveitadores que pagam parte ou nada pelo serviço, podem ensejar o desinteresse da iniciativa privada, por não garantir a manutenção necessária que o serviço exige.⁹⁵

Para evitar gasto excessivo, a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF exigiu autorização legislativa específica para cada concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do concessionário ficasse a cargo da administração.

Um outro risco deve ser visto com o desvio no uso da concessão administrativa, por isso que sua duração só poderá ser de até 35 anos, art. 2º§4º,I e 5º, I, da lei de PPPs, eis que pode gerar um afrouxamento dos conceitos, mediante interpretações extensivas. Embora Sundfeld critique a conduta de tornar os contratos administrativos mais caros para se adequar ao valor mínimo exigido por lei.⁹⁶

Nas concessões comuns, o concedente não paga contraprestação em pecúnia ao concessionário, podendo sua remuneração incluir tanto tarifas dos usuários como receitas alternativas, desde que não sejam em pecúnia., art. 11, 6ºIII e IV da lei de PPPs.

Estas últimas, não se incluem entre os contratos de PPP, são regidas apenas pela lei de concessões, e não possuem SPE- Sociedade de Propósito Específico, bem como não pode ser utilizada a concorrência-pregão, constante nos arts. 10 a 13 da lei de parcerias.

⁹⁴ Idem

⁹⁵ COOTER; ULEN, P. 121

⁹⁶ Idem

Em relação à concessão patrocinada, o que a torna peculiar é o seu regime de remuneração, incluindo tarifa e pecúnia conforme dito acima, que pode ser por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, ou outras formas, como outorga sobre bens dominicais, uso alternativo de imóveis ou construções acima do coeficiente de aproveitamento local, art. 28 e 29 do Estatuto da Cidade.

Nas concessões comuns não há prazos mínimos nem máximos, tudo dependerá das decisões da administração, havendo uma liberdade maior no tempo de contratação.

Para Guimarães, a concessão comum é quando a concessionária recebe grande parte do pagamento pelos utentes e as concessões especiais, ou seja, as PPPs são quando o pagamento se dá em grande parte pelo estado⁹⁷

Nas concessões administrativas os serviços são prestados diretamente aos administrados sem tarifa, por haver remuneração por pecúnia por parte do governo e/ou outras receitas alternativas, no entanto não poderá restringir-se à execução de obra pública, art. 2º§4º, III da lei de PPPs.

Isto se dá em virtude do desinteresse econômico do contratado na boa execução do contrato, sendo o único motivo da má execução, a não aceitação da obra pelo Estado, além da ausência de capacidade na identificação de falha técnica pelo Estado, afora os casos de fraude na execução a gerar recursos para corromper a fiscalização.

O art. 9º §4º da lei de PPPs proíbe que a administração pública seja titular da maioria do capital votante da concessionária, logo, em princípio empresa estatal não pode ser concessionária de PPP.

O FGP existente nestes contratos, nada mais é do que um ente dotado de personalidade jurídica de direito privado, com direitos e obrigações em nome próprio e patrimônio formado pelos valores, bens e direitos integralizados pelos quotistas, art. 16 §2º e 4º, sujeitando-se à execução do regime comum do CPC, art. 18, §7º da lei em comento.

⁹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parcerias Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos de seu regime jurídico**. 2008. 615 f. Tese de Doutorado em Direito – PPGD –UFPR, Paraná, p.87

Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

Seu patrimônio é formado por bens privados, após translação de bens públicos para domínio privado, recebidos por alienação de seus quotistas, art. 16 §7º da lei supra mencionada. Este FGP se enquadra no gênero empresa pública, cujo capital inteiramente público, subscrito pela União, suas autarquias e fundações devem observar o limite legal, art. 16 caput da lei 11.079/04..

Apesar de ser autônoma em relação à administração e interesse de seus quotistas, será gerida por uma instituição financeira federal, art 17 caput, §3º, da referida lei, devendo sua execução seguir os trâmites privados.⁹⁸

Logo, ideologicamente as PPPs funcionam como um mecanismo de atendimento a demanda social e simultaneamente ao não comprometimento de despesas públicas, uma vez que os investimentos devem partir do setor privado concessionário. Acontece que outros problemas, principalmente as constantes repactuações, são vivenciados em contratos de PPP no Brasil, prejudicando o erário, ponto que será melhor elucidado ao longo do trabalho.

As falhas na infraestrutura, presentes no Brasil, aumentam os custos e a ausência de infraestrutura impede a instalação de atividades econômicas. No entanto, é essencial para o desenvolvimento um investimento maciço em obras e serviços públicos.

Para Marçal Justen Filho, há vários casos em que a administração sequer possui as informações adequadas, com prognósticos *ex ante* que não são confirmados *ex post*, impedindo detalhamento no orçamento, cuja previsão pode gerar a iliquidez e os respectivos atrasos no pagamento pela administração.⁹⁹

⁹⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **PPPs: relato de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47-81

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 10 ed, São Paulo, Dialética, 2004, p. 111

Note que a ideia das PPPs é que os aportes financeiros iniciais devam ser feitos pelo parceiro privado, compensados e garantidos pela partilha de riscos, rompendo as barreiras orçamentárias.

Não obstante, o direito brasileiro tenha se inspirado no direito estrangeiro, as inovações buscadas no direito alienígena não são facilmente aplicáveis ao direito pátrio, em razão da diferença nos arranjos jurídicos, políticos, econômicos e sociais.

3.4 IMPORTAÇÃO DE PPP DIANTE DO CENÁRIO DE MODIFICAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Marçal Justen Filho atribui a introdução das agências reguladoras brasileiras a um fenômeno denominado *Trobriand Cricket*, o qual ficou conhecido em virtude de um documentário efetuado no ano de 1974 nas ilhas de *Trobriand*, no entanto, tal menção também poderia ser utilizada na introdução das Parcerias Público-Privadas no cenário brasileiro, tendo em vista a modificação do modelo, para tentar se adequar às peculiaridades do país, deixando de lado o seu objetivo primordial, a economicidade do Estado.

O documentário revelou que o críquete tinha sido objeto de aculturação pelos habitantes da ilha, quando os missionários ingleses amedrontados chegaram em Papua-Nova Guiné, no século XX, e se viram chocados com os hábitos dos nativos em virtude dos sangrentos combates entre os moradores de ilhas diversas e então resolveram canalizar positivamente as divergências introduzindo este esporte britânico de grande formalismo e tradição, destoando a cultura ali estabelecida e implementando costumes totalmente estranhos para se beneficiarem.

Em 1974, o documentário revelou a nova realidade das Ilhas Trobriand. O críquete tinha sido objeto de um processo de aculturação marcante. Em primeiro lugar, eliminou-se o número máximo de jogadores. Todos os habitantes da ilha participavam do jogo. A disputa era precedida e acompanhada de danças e cantos rituais, com os jogadores portando pinturas de guerra. Adotou-se a regra de que a equipe do local em que se realizava o confronto era sempre a vencedora. Os árbitros passavam a ser os feiticeiros da tribo local, os quais lançavam, enquanto a disputa ocorria, encantamentos para destruir os adversários.

A expressão *Trobriand Cricket* passou a ser utilizada, no âmbito da Antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado

pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis.¹⁰⁰

Assim, a ideia das PPPs brasileiras proveio da influência do modelo inglês denominado PFI, com o objetivo de modernizar a máquina pública em relação à prestação de serviços à população com melhor qualidade.

Mas a sua fundamentação destoou um pouco do interesse público, tendo em vista o aumento do custo do Poder Público, ao realizar tais contratos, muitas vezes em função das constantes repactuações solicitadas pelo parceiro privado, alegando recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, bem como a disposição de garantias diversas pelo parceiro público, que serão detalhadas em seguida, repercutindo numa série de problemas de comprometimento das finanças públicas, o que pode ser vislumbrado no caso da Arena Pernambuco.¹⁰¹

Ocorre que este instituto pautado no modelo inglês, foi implantado com uma anomalia embrionária, posto que o histórico alienígena nada tem a ver com o nacional, a participação com recursos privados, buscada pelo Brasil para elaboração de tais contratos não deu certo neste caso da Arena Multiuso.

Grau advoga o embasamento do direito posto no direito pressuposto a fim de legitimá-lo “(...) Cada modo de produção produz a sua cultura e o direito pressuposto nasce como elemento dessa cultura.(...)”¹⁰²¹⁰³, critica pois a inserção de um modelo extra cultural. Para Grau “A cada sociedade corresponde um direito, integrado por determinados princípios”.

A missão dos juristas, hoje, é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes.¹⁰⁴

Ora, se a modificação da vivência em sociedade gerar uma automática alteração na disciplina jurídica local, isto desencadeará a eliminação da legalidade e por consequência a ausência de segurança jurídica nos institutos pré estabelecidos constitucionalmente.

¹⁰⁰ Idem, p. 287

¹⁰¹ Ibidem, p. 224

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 7.ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 64

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agencias reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 25

¹⁰⁴ CLÉVE, Clémerson C. **Atividade legislativa do poder executivo**, 2 ed, SP: RT, 2000, p. 44 in JUSTEN FILHO, op cit. P. 352

3.5 DESESTATIZAÇÃO E REFORMA DO ESTADO

A definição de desestatização nada mais é do que a transferência da titularidade estatal de bens e serviços para a esfera privada, e que ocorreu em razão da dificuldade estatal em tutelar tantas atribuições simultaneamente, prejudicando a qualidade de sua disponibilização aos cidadãos. Esta definição vem insculpida no PND - Plano Nacional de Desestatização, proveniente da MP 155/90, convertida na Lei 8031/90, revogada em 1997 pela Lei 9491/97, citado no Plano Diretor de 1995, cujo teor pode ser vislumbrado no trecho a seguir exarado:

Art. 2º [...]§ 1º Considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

O Plano Nacional de Desestatização então nasceu por meio da Lei 8.031/90, em meio à reforma administrativa. Foi criado o Conselho Nacional de Desestatização, subordinado ao Presidente da República, com funções consultivas, indicativas das empresas a serem privatizadas e estabelecer a gestão dos recursos brasileiros, deixando apenas ao BNDS como única entidade de financiamento a longo prazo do Brasil.

A Lei ainda acrescenta as instituições sujeitas ao fenômeno da desestatização em seu art. 2º, o qual segue colacionado:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: I - empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; II - empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; IV - instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987. V - bens móveis e imóveis da União. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)

Conforme se depreende, com a redefinição do papel do estado deixando de ser produtor para ser regulador e promotor, por meio da transferência de rendas e coleta

de impostos, transferiu-se ao setor privado as atividades reguladas pelo setor público, gerando esta ação de desestatização, também conhecida como privatização.¹⁰⁵

Com o passar dos anos [...] a intervenção direta do Estado na economia teve um efeito perverso. O Estado foi lentamente acumulando funções e inchando o seu quadro, até tornar-se uma máquina pesada, difícil de administrar. [...] A consequência de tais fatos é o movimento político-econômico que visa: desregular a economia, desestatizar os serviços prestados pelo Estado e reduzir as cargas impositivas, visando ao crescimento econômico. A ideia é fazer com que o Estado mude o papel na intervenção da economia, que ele deixe seu *status* de prestador e passe a atuar como regulador (alteração da regulação hierarquizada para uma regulação contratual). [...] A busca pelo Estado Regulador possui uma razão de ser, é essa razão, meramente econômica é simples de se explicar: o Estado não possuía mais capital para financiar todos os gastos necessários para prover os serviços essenciais para a sociedade. Como dito anteriormente, o Estado estava cada vez mais pesado (no início da década de 80 existiam mais de 530 empresas controladas pelo Estado brasileiro), sendo incapaz de cumprir suas obrigações.¹⁰⁶

O PND ainda traça seus objetivos no art 1º :

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

A necessidade de mudança na estrutura, na dinâmica da máquina pública teve seus pilares em virtude das crises vividas na década de 20, marcada pela grande depressão que ocasionou a perda de crédito por parte do Estado, e nas décadas de 70 e 80 em meio à crise do petróleo que gerou o descontrole fiscal, proporcionando a redução das taxas de crescimento econômico, o aumento do desemprego, os elevados índices de inflação, a sobrecarga de demandas por parte da sociedade, a centralização e

¹⁰⁵ Idem

¹⁰⁶ GONÇALVES NETO. **As agências reguladoras e seu amparo constitucional**. In SOUTO; FARIAS; BRAVO (Org.) Direito empresarial público III, 1. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19, 23, 24-27

concentração de funções estatais, a rigidez dos procedimentos administrativos num estado eminentemente burocrático e ineficiente, com excesso de normas e regulamentos.¹⁰⁷

A ineficiência da máquina pública, o inchaço das atribuições estatais já não satisfaziam aos anseios da sociedade cada vez mais complexa, as novas implementações de reforma se faziam necessárias nos três níveis da administração pública.

Diante do quadro descrito, a década de 90 trouxe as ideias de reforma e reconstrução do estado, objetivando o resgate de sua autonomia financeira, com a implementação de políticas públicas, o ajustamento fiscal, a concorrência interna com o aumento da participação do capital privado, inclusive estrangeiro por meio da flexibilização dos monopólios e a competição internacional, a reforma da previdência, instrumentos de política social e melhoria na qualidade dos serviços, através de cinco emendas constitucionais¹⁰⁸ imbuídas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em novembro de 1995 no governo de Fernando Henrique Cardoso.¹⁰⁹

Se fazia mister maior governança, com uma administração gerencial¹¹⁰, flexível e eficiente, com redução dos custos, um sistema universal e estruturado de remuneração, carreiras, avaliação constante de desempenho, treinamento, controle de resultados, políticas públicas, descentralização dos serviços públicos, regime jurídico único, processo seletivo público, transferindo ao setor privado a prestação de serviços públicos, mediante contratos, surgindo as denominadas PPPs.¹¹¹

Dentre os objetivos globais do plano havia o aumento da governança, limitação da ação do estado a funções próprias, transferência de ações locais da União para Estados e Municípios, e transferência parcial de ações regionais. Nos objetivos do núcleo estratégico se encontravam a maior efetividade, modernização, profissionalização, supervisão dos contratos de gestão e a criação de agências

¹⁰⁷<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>, p. 11, acesso em 14/06/2012

¹⁰⁸ A EC 19-98, modificou a administração pública, em relação a política e a previdência. As EC 6-95, 7-95 e 8-95, se referem à atuação do estado na atividade econômica, possibilitando que a transferência para particulares prestarem serviços públicos antes só reservados ao estado.

¹⁰⁹ Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>, p. 11, acesso em 14/06/2015

¹¹⁰ Administração gerencial é aquela baseada na flexibilização dos princípios fundamentais, objetivando a definição precisa dos objetivos a serem atingidos pelo administrador, que deverá agir com autonomia, submetido a controle de resultados. Esta administração se contrapõe a administração patrimonial que estabelecia em época anterior que o estado era uma extensão do poder do soberano, no qual os cargos eram considerados prebendas e por consequência o nepotismo e a corrupção eram alarmantes, tornando-se com o passar do tempo inaceitável pela sociedade civil.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 13-16

autônomas. No que concerne aos objetivos para atividades exclusivas do estado havia também a criação de agências autônomas, do sistema de parcerias, celebração de contratos de gestão, implementação de uma administração gerencial, com controle de resultados e controle social. E por fim, dentre os objetivos para serviços não exclusivos¹¹² o plano traça a publicização, na qual o estado deixa de ser executor das atividades não exclusivas e passa a ser promotor ou provedor à entidade privada executora, dando-lhe maior autonomia e responsabilidade, com controle social direto, maior eficiência e qualidade¹¹³, e objetivos para a produção para o mercado com a privatização ou desestatização.¹¹⁴

¹¹² Serviços não exclusivos são aqueles que o estado pode passar a sua execução para o particular, pois como o próprio nome denomina, não são da exclusividade do ente público estatal na sua prestação, diferente do serviço de polícia, o qual apenas o estado pode realizar de forma singular.

¹¹³ Na verdade o que se percebe na administração pública atual é que a eficiência e a qualidade, buscadas não passou de uma utopia, uma vez que a massificação no acesso dos bens e serviços prestados a população não caminhou juntamente com a sua qualidade, e isso pode ser observado pela quantidade de demandas reclamantes que o Procon vem recebendo anualmente.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 45

4 OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ESPÉCIES DE CONCESSÃO

4.1 CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos configuram a prestação de atividades por parte do Estado, ou de quem o represente, com o fito de atender às demandas sociais. Logo, podem ser efetuados diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público, ou por empresas que atuem em nome dele, mediante a realização de contratos de concessão no Direito Administrativo.

Neste sentido, Carvalho Filho, observa a referida prestação sob duas óticas, quais sejam: a objetiva e a subjetiva. No que pertine à primeira, refere-se à ênfase na atividade em si a ser prestada em prol do bem coletivo, enquanto a perspectiva subjetiva almeja elencar a estrutura do Estado, o sujeito, a pessoa que o presta, na pessoa do órgão público, também denominado de critério material e orgânico, respectivamente. Afora o mencionado, há o critério formal, o qual enfatiza o procedimento da atividade, ou seja, seu regime jurídico.¹¹⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de serviço público consiste em:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinado à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público(...)¹¹⁶

Questiona-se se a atividade executada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, será constatada como serviço público, ou se apenas estará sujeita ao regime jurídico de direito público. Neste sentido, nem toda atividade prestada para o atendimento das necessidades coletivas, vai ser enquadrado como serviço público, eis que esta pode ser estatal ou privada, não podendo por exemplo, transformar em serviço público uma atividade consistente na fabricação de cachimbos ou perucas.¹¹⁷

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. Atlas: São Paulo, 2016, p. 338-339

¹¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 612

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.20

A definição clássica, supra elencada, de serviço público afirma que ele se estrutura em três elementos: o elemento orgânico, com conceito orgânico ou subjetivo, o elemento material, com conceito material ou funcional, e o elemento jurídico, com conceito formal ou jurídico em sentido estrito.¹¹⁸

Quanto ao seu sentido orgânico, o serviço público seria o conjunto de pessoas, bens e outros instrumentos, que uma pessoa pública destina uma atribuição específica a uma organização voltada à concretização de um fim almejado.¹¹⁹

Do ponto de vista material, o serviço público é uma atividade de interesse coletivo, tendo em vista sua importância social, e neste sentido deve estar sendo administrada pela figura do Estado. E em seu sentido formal, este se trata de uma atividade submetida ao regime jurídico de direito público, ou seja, o regime jurídico administrativo.¹²⁰

A definição de serviço público tem como um dos objetivos identificar as pessoas encarregadas na sua prestação, a delimitação de sua atividade e as regras a ele atinentes, além do que define a concretização do Estado do Bem Estar Social, o conhecido *Welfare State*, o qual foi elencado a partir do contexto do pós segunda guerra mundial, cuja denominação inglesa, objetivou atender aos padrões mínimos sociais, como assistência à educação, saúde, habitação, seguridade social, entre outros direitos sociais.

A Inglaterra foi precursora na implementação do *Welfare State*, no ano de 1942, através de políticas públicas a implementar a prestação gratuita de direitos como saúde e educação à sua população, a fim de reduzir as desigualdades sociais existentes entre os membros da sociedade.

Neste ínterim, houve o aumento da intervenção do estado na economia, passando a regular os mercados, tendo em vista que o contexto anterior, mostrou-se inapto ante a ausência do estado, ensejando as diversas anomalias do capitalismo, como

¹¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 22

¹¹⁹ Idem

¹²⁰ Ibidem, p. 23

as falhas de mercado, melhor trabalhadas adiante, na análise econômica dos contratos administrativos.¹²¹

No Brasil, este tipo de estado surge na era Vargas, a partir das políticas públicas assistencialistas e populistas, no atendimento às necessidades básicas da população dentro de um conteúdo jurídico constitucional.

No entanto, começa-se a perceber a impotência do estado no atendimento a todas estas necessidades públicas, cujos pontos máximos se deram em dois momentos específicos, entre os anos 20 e 50 do século passado, que estabelece a aplicação do direito privado a certos serviços públicos, destituindo estes à posição de eixo temático, em torno do qual gravitaria o direito administrativo, ou seja, rompe-se em função do recurso à utilização do direito privado na gestão de atividades caracterizadas como serviço público e do uso do direito público na gestão das atividades industriais e comerciais.¹²²

A segunda crise ocorre em função das tendências econômicas das décadas finais do século XX, com a desvinculação de suas tarefas, tais como o serviço de

¹²¹ Dentro de uma breve abordagem de evolução de estado, pode-se elencar inicialmente, no aparecimento de estado, denominado estado arbitrário absoluto, cujos defensores não se submetiam à uma regra mínima de legalidade e igualdade. Havia a doutrina do “*the king can do no wrong*”, isto é, o rei não cometia erros, e portanto todos deveriam se submeter às suas ordens, reputadas leis de maior monta. Com o aparecimento do Estado Legal, a partir dos fenômenos de constitucionalização, cujos documentos mínimos passam a adotar regramentos limitativos do poder do rei, tais como a *Magna Charta Libertatum* ao Rei “João sem Terra”, imposta na Inglaterra, tendo em vista os altos impostos cobrados da coroa sobre o povo, que não mais suportando este encargo, resolve exigir mudança comportamental, e maiores direitos. Este marco foi precursor à estruturação de ideia de constitucionalismo. Mais à frente, em razão da Revolução Francesa, tem-se o estabelecimento do denominado Princípio da Legalidade, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo documento passou a vincular todos os outros ordenamentos internacionais, com regras mínimas de atendimento a direitos pelo Estado. Quando surge o Estado de Direito, passando a prestar as condições assistenciais aos seus cidadãos. Neste contexto, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade se alastram mundo afora, pelas demais cartas de outros países. No entanto, neste ponto inicial, o estado passa ainda numa primeira fase de garantia mínima de direitos, deixando a economia livre para o seu desenvolvimento, o que gera uma série de inconvenientes, em razão da impossibilidade de se atingir um mercado perfeito, e o denominado ponto ótimo da economia, tracejado como Pareto ótimo, ponto em que nenhum dos agentes econômicos se prejudicaria na atuação do mercado, e neste sentido, o sistema capitalista, detendo sua visão incessante na conquista por mais mercados, tende a expulsar do mercado aqueles menos aptos a participar do ciclo econômico, além do que a não intervenção, gera as conhecidas falhas de mercado, pela não regulação, o que fez-se necessário logo em seguida, num contexto defendido como Keynesianismo, em razão de seu maior defensor John Maynard Keynes, ao demonstrar a intervenção, para contenção das ditas anomalias que destoam o funcionamento perfeito de mercados. Paralelo a isso, a sociedade isolada não atinge o atendimento de todas as suas necessidades sociais, em função dos prejuízos provenientes de sua expulsão do ciclo econômico, e não obtendo o aparato do estado para prestá-los, passam a exigir uma mudança de estrutura na prestação destes, através dos serviços públicos mínimos, tais como os serviços de saúde e educação, fundamentando enfim, o estado do bem estar social, o estado interventor no sentido econômico e social, repercutindo na esfera jurídica em meio a um contexto de pós guerra.

¹²² PEREZ, op. Cit. p. 28-29

telecomunicações, energia, transporte, ensejando a reformulação de seu regime jurídico.¹²³

4.2 ESPÉCIES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A União Europeia, através dos comunicados COM 96/443 e COM 2000/0580, repartiu os serviços públicos em três: “serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral; e serviços universais.”¹²⁴

Quanto ao primeiro, os serviços de interesse geral são definidos como as atividades utilizadas pela generalidade dos cidadãos, os quais se subdividiam em outros dois, de acordo com a COM 2000/0580, serviços de interesse geral mercantis e não mercantis.¹²⁵

Os serviços de interesse geral abrangem um rol amplo de serviços, tais como: fornecimento de energia elétrica; telecomunicações; serviços postais; serviços de rádio e televisão; fornecimento de água; fornecimento de gás; transportes coletivos; serviços de saúde; segurança social; educação; cultura; serviços de interesse geral relacionados à autoridade pública.¹²⁶

Não obstante, no que tange aos serviços de interesse econômico geral, são àqueles que vislumbram à satisfação das necessidades de natureza econômica, social e cultural básica dos cidadãos, e de acordo com a COM 2000/0580, no art. 86 , 2 do Tratado de Amsterdã, relaciona-se aos serviços mercantis que os Estados membros da União Europeia submetem a obrigações específicas de serviço público, em função do interesse geral, abarcando transporte, energia e comunicações.¹²⁷

Assim, a diferença crucial entre os serviços de interesse econômico geral é que estes são mercantis, ou seja, efetuados por empresas estatais ou privadas, não

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Ibidem, p. 31

¹²⁵ Idem

¹²⁶ Idem

¹²⁷ Idem

necessariamente em regime de competição e/ou monopolizado, logo todo serviço de interesse econômico geral é de interesse geral, porém a recíproca não é verdadeira.¹²⁸

Enquanto os serviços de interesse geral econômico foram considerados pela jurisprudência comunitária como os serviços de correios, distribuição de energia elétrica, distribuição de água, estradas de ferro, transporte aéreo, serviços de telefone e televisão.¹²⁹

E os serviços universais são aqueles cujo acesso deve ser através de preços razoáveis, definidos conforme a COM 2000/0580, como obrigações jurídicas inerentes a sua prestação, submetidos a um regime jurídico que corresponde às atribuições ao prestador, e às garantias ao cidadão de universalização, como telecomunicações, prestados de modo contínuo, dentro de um padrão de qualidade e a preços acessíveis a todos os cidadãos indistintamente.¹³⁰

Logo, a Comunidade Europeia disciplina os serviços públicos no sentido de concretizar sua unificação nos diferentes ordenamentos jurídicos, objetivando a abertura de novos setores à competição de mercado, promoção de coesão social e territorial.¹³¹

Nem toda atividade estatal é um serviço público, pois alguns atos prestados pelo Poder Público, de acordo com o pensamento do autor, reputam-se atuações de competência política, como as funções legislativa e jurisdicional.¹³²

Sempre que uma atividade estatal for inerente à organização política do Estado, não se caracterizará um serviço público em sentido estrito e técnico-jurídico. Enquadram-se nessa situação todas as manifestações de monopólio estatal do uso da violência e competências a tal acessórias. Aí se encontram as funções públicas que se constituem em núcleo das competências dos três Poderes (aí incluídos, inclusive, Ministério Público e Tribunal de Contas), em que se retrata a soberania estatal e a garantia de um regime republicano, em que o poder seja exercitado de modo democrático. Exatamente por isso, não se albergam no conceito de serviço público as competências para legislar nem para aplicar jurisdicionalmente as normas jurídicas.¹³³

Logo, na visão de Justen Filho, o serviço público abrange unicamente as atividades administrativas, excluindo-se as funções políticas do Poder Executivo, por se

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Ibidem, p. 33

¹³⁰ Idem

¹³¹ Ibidem, p. 35

¹³² JUSTEN FILHO, op. Cit. , p. 21

¹³³ Idem, p. 22

tratar da organização do Estado politicamente, bem como o exercício do poder de polícia, a exemplo da fiscalização e arrecadação tributária, segurança pública, coações de natureza penal, entre outras.¹³⁴

De outra banda, Marçal Justen Filho elenca a origem histórica do serviço público associada ao poder de polícia, admitindo que ao longo do século XVIII, a Ciência Política estudava as competências do Estado Absolutista.¹³⁵

Para Jacques Chevallier: “ao final do século XVII, a palavra ‘administração’ se substitui progressivamente à ‘polícia’ para designar essa função do Estado, a polícia não abrangendo mais do que a só manutenção da segurança interna”.¹³⁶

Após o constitucionalismo posterior à Revolução Francesa, os poderes passaram para as balizas da ordem jurídica:

A ideia de que o Estado se caracteriza antes de tudo pela violência está, depois de Maquiavel, na base do pensamento político moderno: a paz social passaria pela monopolização dos meios de constrangimento (*‘contrainte’*) pelo Estado. Esse monopólio do constrangimento comporta três aspectos essenciais. 1) O poder de constrangimento jurídico... 2) A força material... 3) A situação de monopólio.¹³⁷

A partir do Estado de Direito, ao longo dos séculos XVIII e XIX, houve essa despersonalização do poder estatal e a afirmação da sua vinculação ao interesse comum do povo, consolidando o serviço público como o compromisso para satisfazer as carências coletivas.¹³⁸

O estado de direito estabeleceu o controle pela administração pública através da regulação econômica a fim de tentar resolver os problemas já aventados anteriormente, as falhas de mercado, fazendo os agentes econômicos atingir um objetivo público que o mercado por si só não consegue promover.¹³⁹

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*, 3ed., Paris: PUF, 2002, p. 11

¹³⁷ Idem, p. 81 e ss.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, op. Cit., p. 23

¹³⁹ PEREZ, op. Cit., p 37

Este movimento cresceu com o advento do *New Deal*, após a crise de 1929, transição no constitucionalismo americano, em razão do intervencionismo econômico predominante, com a promoção dos valores sociais, *nonmarket values*.¹⁴⁰

A correção das falhas de mercado refletiam a necessidade de atender as seguintes regras:

Promoção da adequada informação dos consumidores, (e.g. proibição de circulação de produtos com falsa descrição de seus atributos, controle de publicidade de certos produtos); a promoção da competição entre os agentes econômicos e a livre formação dos preços (coibir práticas que visem à dominação dos mercados, regular as *public utilities*); o controle de preços que reflitam distorções de mercado e permitam lucros excessivos (*windfall profits*); o incentivo à formação de preços que reflitam a necessidade de indenização pelas externalidades negativas inerentes à produção (e.g. regular a proteção ao meio ambiente e o Direito dos prejudicados por dano ambiental à indenização); a eliminação da excessiva, destrutiva ou desleal competição no mercado; o combate à escassez, fruto de distorções do mercado, em produtos ou serviços de interesse público; e o planejamento da atividade econômica.¹⁴¹

Além destes, no campo social, haveria uma tendência no intuito de estabelecer medidas que considerassem a redistribuição de riquezas, tais como a regulação do salário mínimo e do sistema de previdência e assistência social e proibição da discriminação social, racial, sexual e religiosa.¹⁴²

É a partir da regulação que surge a intervenção do estado na economia e a promoção do bem estar social, repercutindo na prestação de serviços públicos, no que pertine à responsabilidade pública, assunção dos riscos da atividade, o instituto do equilíbrio e reequilíbrio econômico do contrato de concessão, possibilidade de gestão privada destes, sua gratuidade, os limites à renegociação, prazos, reversibilidade, controle dos lucros e fixação de tarifa, formas de proteger o usuário, bem como possibilidade de concessão de subsídios.¹⁴³

O decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, elucidou a matéria referente à criação das empresas estatais, e em 1990, com base na lei 8031, de 12 de abril de 1990, surge o Programa Nacional de Desestatização, alterado pela lei 9491, de 9 de setembro de 1997, e lei 9635, de 15 de maio de 1998, bem como a lei 8987, de 13 de fevereiro de

¹⁴⁰ Ibidem, p. 39

¹⁴¹ PEREZ, op. Cit. p. 39

¹⁴² Ibidem, p. 40

¹⁴³ Ibidem, p. 41

1995, estabelecendo regras de concessão, assim como marcos regulatórios para os serviços públicos privatizados.¹⁴⁴

No Brasil, o serviço público possui status constitucional, cujo fundamento se encontra no art. 175 da CF/88, podendo ser prestado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, através de licitação, cabendo à lei fixar o regime das empresas e contratos, direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter o serviço público adequado.

No art. 173 da CF/88, a atividade econômica exercida pelo estado é justificável sob dois vieses, nos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, cuja regulação de todos os serviços público e privados, devem se adequar aos comandos do agente regulador e normativo instituído pelo Estado, para balizar a atividade econômica, em relação à fiscalização, incentivo e planejamento.

O serviço público, portanto, seria a pedra de toque do sistema de intervenção do estado na efetivação dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁵

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, existem os serviços públicos realizados através das concessões translativas e através das concessões constitutivas. Concessões translativas caracterizam transferências da prestação de serviços públicos via de regra, próprios para o particular desempenhar, e constitutivas quando o poder público delega ao concessionário a exploração de bem público.¹⁴⁶

Vital Moreira oferece um esquema denominado “metáfora espacial”, por meio do qual isola as atividades em públicas e privadas, no entanto, no Estado Social surge uma “zona híbrida”, rompendo com o modelo dicotômico.¹⁴⁷

Para Mário Massagão, sobre a concessão de serviços públicos:

Pode a concessão ser definida como um contrato de Direito Público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a administração transfere à pessoa do Direito Privado a obrigação de fazer funcionar um serviço público. (...)

¹⁴⁴ Ibidem, p. 46

¹⁴⁵ PEREZ, op. Cit. p. 54

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3 ed, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 557

¹⁴⁷ MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 24

A concessão se faz por prazo certo, que quase sempre é longo, já em razão da estabilidade que convém imprimir ao serviço, já porque este geralmente exige emprego de vultosos capitais, dificilmente movíveis para aplicação efêmera.

O serviço público conserva esse caráter, mas o concessionário o executa em seu próprio nome, e não no da administração. Os riscos do serviço, inclusive as indenizações decorrentes dos prejuízos que ele cause a terceiros, correm por conta do concessionário.

Deverá este executar previamente obras, se tal coisa se estipulou, e iniciar no tempo previsto o serviço.

Como remuneração dos seus encargos, tributos, determinados em tarifas, e pagos pelas pessoas que se utilizam do serviço concedido.¹⁴⁸

Não obstante, essa responsabilidade é observada apenas em relação aos contratos de concessões ditas comuns, eis que no sistema de parcerias público privadas, há a divisão dos riscos que correm por conta de ambas as partes contratantes, concedente e concessionário.

Enquanto nos contratos de concessões comuns de serviços comerciais e industriais, a origem dos recursos provenha de tarifas pagas pelos usuários e não do orçamento, nos contratos de parceria, temos participação conjunta do poder público e dos usuários, ou somente do poder público, quando este for usuário direto do serviço, conforme art. 5º, III, IX da Lei 11.079/04.¹⁴⁹

A distinção entre serviços públicos comerciais e industriais e serviços públicos administrativos é conteúdo de maior relevância no direito francês, cujo

¹⁴⁸ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São paulo: Rt 1997, p. 286

¹⁴⁹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II - as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV - as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V - os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI - os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX - o 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; X - a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas. XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

primeiro diz respeito ao objeto do serviço, com a presença de operações de compra e venda, já o segundo relaciona-se a origem dos recursos, eis que no caso dos comerciais e industriais os recursos provém de tarifas pagas pelos usuários, enquanto que os administrativos se referem a maneira de organização e prestação do serviço.¹⁵⁰

Para Laubadére, denomina-se serviço público toda atividade coletiva que visa satisfazer interesses gerais.¹⁵¹ Abstrai-se portanto, que este deve sempre ser efetivado para o atendimento das necessidades públicas, objetivando ao interesse público, o que leva a dirimir a distinção tracejada por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando se refere à definição de interesse público, primário e secundário.¹⁵²

O interesse público primário está relacionado ao alcance dos direitos sociais efetivos, enquanto que o interesse público secundário, seria todo aquele voltado ao erário especificamente, sendo posto em segundo plano em relação ao primeiro.

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (Capítulo I, ns. 43 a 47), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário. Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois é o interesse que a lei consagra e entrega a compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário. Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais.¹⁵³

Para Luís Roberto Barroso:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...) O

¹⁵⁰ PEREZ, op.cit. p. 65

¹⁵¹ LAUBADÉRE, André de. *Manuel de droit administratif*, Paris, L. G. D. J. , 1976, p. 21

¹⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103

¹⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103

interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.¹⁵⁴

Para Carvalho Filho, o primário deve ser prestado sempre pelo Estado, por se tratar de serviço essencial, o que ocasiona a classificação dos referidos serviços.¹⁵⁵ Neste sentido, quanto à delegabilidade, os serviços públicos podem ser classificados como delegáveis ou indelegáveis.

Os primeiros dizem respeito aos executados pelo Estado ou por particulares colaboradores, a exemplo dos serviços de transporte coletivo, energia elétrica ou sistema de telefonia.¹⁵⁶

Já os indelegáveis, só podem ser prestados pelo próprio Poder Público, através de seus órgãos ou agentes, a exemplo da defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades e os serviços assistenciais.¹⁵⁷

Os serviços públicos, podem ainda ser classificados em administrativos ou de utilidade pública. Com relação aos administrativos, diz-se serem aqueles executados pelo Estado para melhor compor sua organização, como a implantação de centros de pesquisa ou edição de imprensa oficial. Enquanto os de utilidade pública referem-se aos proporcionados para sua fruição direta, tais como energia domiciliar, fornecimento de gás e atendimento de postos médicos, entre outros.¹⁵⁸

Na França, adota-se uma distinção fundamental entre serviços públicos administrativos (SPA) e serviços públicos industriais e comerciais (SPIC). Com certeza, os serviços públicos administrativos envolvem, de modo muito mais intenso, o exercício de poderes de coerção e refletem a concepção do

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. XV-XVI

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 340

¹⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 341

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.341

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 343

monopólio da violência. Mas “se os serviços públicos industriais e comerciais são os primeiros a serem pertinentes para a gestão delegada, inúmeros serviços públicos administrativos podem, igualmente, ser objeto desse modo de gestão. Nesse sentido, há decisão do Conselho de Estado Francês em 7 de outubro de 1986.¹⁵⁹

Na decisão supra referida, abstrai-se a afirmativa de que a natureza administrativa de um serviço público não é um obstáculo para que o confie a pessoas privadas, desde que não sejam àquelas relacionadas ao poder de coerção, as quais não poderão ser transferidas para o concessionário.

Marçal Justen Filho elenca as polêmicas passadas em torno da dissociação entre as atividades administrativas, reputadas como exteriorização do poder público, através do poderio estatal, das atividades privadas.¹⁶⁰ Visão a quem se opôs Duguit, ao antever a impossibilidade de justificar a existência do Estado no mero monopólio da violência, posto que observava o papel do Estado como a manifestação da solidariedade entre homens, sendo a sua única justificativa existencial a prestação dos serviços públicos, através do fornecimento de utilidades relacionadas aos interesses coletivos.¹⁶¹

Logo, mesmo em havendo distinção entre o poder de polícia e o serviço público, não há dissociação entre ambos, eis que as estruturas estatais organizadas para desempenho de atividade de polícia também desempenham em conjunto atividades de serviço público em sentido material, tais como socorro às vítimas de acidentes, entrega de documentos, passaportes ou cartas de identidade, entre outros.¹⁶²

Para Gaudemet, “A polícia administrativa é uma forma de ação da administração que consiste em regulamentar (*‘regulamenter’*)¹⁶³ a atividade dos particulares visando a assegurar a manutenção da ordem pública.”¹⁶⁴

Afora estes, os serviços públicos podem ainda ser classificados como serviços coletivos, ou singulares, também denominados de *uti universi* ou *uti singuli*,

¹⁵⁹JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28

¹⁶⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27

¹⁶¹ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*, ed. Argentina, 1975, Buenos Aires: Heliasta SRL

¹⁶² RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 19 ed, Paris: Dalloz, 2002, p. 433-434

¹⁶³ Sobre o poder normativo ou regulamentar, pode ser melhor elucidado na obra “O poder normativo com ênfase na ANP”, disponível na biblioteca virtual da UFPE, cuja autoria pertence à mesma deste trabalho.

¹⁶⁴ GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, 16 ed, Paris: LGDJ, 2001, P. 721

cujo critério de diferenciação será em virtude da divisibilidade e especificidade, eis que nos primeiros não há como especificar ou dividir a sua utilização individualmente, isto é, mensurar o quanto cada utente disporá dos serviços postos pelo Poder Público à coletividade, tais como os serviços de pavimentação, iluminação pública, abastecimento de água e prevenção de doenças.¹⁶⁵

Enquanto nos serviços individuais, há a mensuração do uso individual dos componentes da sociedade, caracterizando destinatários certos, como por exemplo, os serviços de energia domiciliar e de linha telefônica.¹⁶⁶

Acresce-se ainda, a classificação de tais serviços em sociais e econômicos, distinguindo-os quanto à sua natureza, uma vez que aos primeiros delimitam-se os serviços assistenciais e protetivos, como os de assistência à criança e ao adolescente; assistência médica e hospitalar; assistência educacional; apoio a regiões menos favorecidas, e assistência a comunidades carentes, entre outros. Enquanto os serviços econômicos são aqueles de caráter tipicamente empresarial, isto é, industrial ou comercial, tais como os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e outros do gênero.¹⁶⁷

Os serviços econômicos podem ser subdivididos em econômicos das atividades privadas eminentemente econômicas prestados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme os artigos 170 e 173 da Constituição Federal de 1988, atendendo aos princípios da ordem econômica, tais como a exploração de minérios e minerais nucleares, atividades econômicas, com fulcro no artigo 177 da Carta Maior.¹⁶⁸

Justen Filho, afirma que o ponto nuclear na distinção entre serviço público e atividade econômica propriamente dita reside na relação entre a necessidade a ser atendida e a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a necessidade humana é qualificável como manifestação da dignidade da pessoa humana, e sua satisfação tenderá à execução de um serviço público.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem

¹⁶⁸ Idem

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, op. Cit, p. 30

Logo, o aspecto econômico que lhe atinge, pressupõe a alocação de recursos escassos, e que portanto devem ser adotadas todas as decisões que ampliem a eficiência no uso destes recursos, com o fito de atender ao maior número de beneficiários possíveis.¹⁷⁰

Diferentemente, a atividade econômica em sentido estrito caracteriza-se pela possibilidade de exploração econômica com fins lucrativos, voltados a apropriação privada dos benefícios.¹⁷¹

No caso dos contratos administrativos efetivados para prestação de serviços públicos, para o megaevento Copa do Mundo no Brasil, houve uma diversidade de atividades, como a construção de rodovias para melhorar a mobilidade urbana, criação de uma linha de ônibus exclusiva para o transporte ao megaevento, reforço policial, a fim de garantir a maior segurança aos torcedores, contratos para a obra efetivamente de construção da Arena Pernambuco, e para a execução de projetos no seu entorno.

Isto veio a caracterizar uma mescla de serviços delegáveis, como o transporte público, e indelegáveis, como os de polícia neste último caso, serviços econômicos por meio das empresas contratadas para a execução das obras, sociais culturais e assistenciais, todos num mesmo contexto, sob a fiscalização e regulação do Estado.

Faz-se mister observar o sistema de repartição de competência constitucional, através do qual são tracejados os serviços privativos dos entes políticos, tais como os atribuídos à competência privativa da União, como a emissão de moeda, o serviço postal, a polícia marítima e aérea, com fundamento nos artigos 21, VII, X e XXII da CF/88. O serviço de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados, com base no art. 25, §2º da CF/88, e a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intramunicipal, com fulcro no art. 30, III e V da CF/88.¹⁷²

Neste ínterim, há os serviços que são executados paralelamente por todos os entes políticos, as denominadas competências comuns, a exemplo dos serviços de saúde

¹⁷⁰ Ibidem, p. 31

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Ibidem, p. 345

pública, construção de moradias, proteção ao meio ambiente e preservação de florestas, fauna e flora, pautados no art. 23 II, IX, VI e VII da CF/88.¹⁷³

4.3 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Os serviços públicos estão pautados nos princípios administrativos da generalidade, da continuidade dos serviços públicos, da igualdade, da eficiência, da mutabilidade e da modicidade da tarifa, cujos comentários se seguem.

A continuidade diz respeito à impossibilidade de interrupção na prestação do serviço, e se coaduna com a mutabilidade, recorrendo quando necessário às modernas tecnologias, à adaptação às novas exigências sociais, retratando a vinculação do serviço às concepções técnicas de satisfação, conforme a variação das necessidades, modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes.

De acordo com Bandeira de Mello, o princípio da continuidade dos serviços públicos é um derivado do princípio da obrigatoriedade da execução da função pública:

(...)em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa.¹⁷⁴

Para Jean-Francois Lachaume:

A adaptação permanente do serviço público é analisada, então, em função da necessidade de fazer evoluir os serviços públicos, em sua organização e seu funcionamento, de tal modo que, em todos os momentos, eles apresentem em face da satisfação do interesse geral a máxima eficácia. (...) se as circunstâncias mudam, se os usuários apresentam novas exigências, os serviços públicos devem a isso se conformar.¹⁷⁵

No entanto, pode haver suspensão do serviço em virtude de situações emergenciais, ou após prévio aviso, por motivos técnicos ou de segurança nas

¹⁷³ Idem

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81

¹⁷⁵ LACHAUME, op. Cit., p. 263

instalações, o que não caracteriza descontinuidade do serviço, devendo o usuário ser indenizado pelos prejuízos que comprovar, em virtude da paralisação, com base no art. 37 §6º da CF/88.¹⁷⁶

Afora isso, pode haver suspensão da execução dos serviços por falta de pagamento, desde que seja em razão de débitos atuais, pois em relação a débitos pretéritos o concessionário deve valer-se dos meios ordinários de cobrança.¹⁷⁷

A generalidade determina que devem ser beneficiados os usuários em maior número possível, sem haver discriminação entre eles, e portanto mister fazer alusão à igualdade, a qual envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários.

A eficiência corrobora com a relação custo-benefício do serviço público, em atendimento à EC 19/98, que modificou o art. 37, caput da CF/88, acrescentando-o dentre os princípios explícitos ou expressos da Administração Pública.¹⁷⁸

Por fim, a modicidade aparece como um corolário do estado do bem estar social, ao serem remunerados por preços módicos, acessíveis a todos, eis que o fim último da administração é apoiar os seus administrados, por meio desses serviços.¹⁷⁹

Não obstante, há serviços inteiramente gratuitos, como àqueles que amparam os hipossuficientes, de acordo com o art. 208, I CF/88 e 230 §2º da CF/88, os quais elencam a educação básica obrigatória e o transporte coletivo urbano aos maiores de 65 anos, respectivamente.¹⁸⁰

Quando cobrados individualmente, recebem a contraparte remuneratória através da cobrança de taxas, tendo em vista a divisibilidade e especificidade na utilização, referente aos serviços classificados outrora como *uti singuli*, ou de natureza singular e individual. Enquanto os serviços gerais ou *uti universi*, recebem a contraparte do particular mediante o pagamento de tributos.

A execução destes serviços deve ser de forma direta, quando o Estado presta diretamente, figurando como titular e prestador, bem como através da execução indireta,

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, op. Cit. p. 350

¹⁷⁷ Ibidem, p. 351

¹⁷⁸ Ibidem, p. 354-355

¹⁷⁹ Idem

¹⁸⁰ Idem

cuja responsabilidade é repassada para a pessoa contratada pelo Poder Público nas concessões ditas comuns.

Isto enseja os fenômenos denominados descentralização, por delegação legal, ou por outorga, e por delegação negocial, também chamado negócio jurídico. A primeira tem como instrumento a lei, enquanto a segunda se concretiza por meio dos contratos de concessão ou permissão de serviço público.¹⁸¹

A delegação legal encontra fundamento no art. 37, XIX da CF/88, já a delegação negocial é realizada pelos contratos efetivados entre o Poder Público e os particulares em colaboração, por meio deste instrumento, através de concessão, ou por ato administrativo, quando se trate de permissão, cujo art. 40 da Lei 8987/95, passou a tratá-lo como contrato de adesão.

Surgiram outras formas de prestação dos serviços públicos, após o PND-Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8031/90, posteriormente alterado pela Lei 9491/97, cujo objetivo se deu na retomada de investimentos e fortalecimento do mercado de capitais, bem como a reestruturação do setor privado para aumentar sua competitividade e modernizar sua infraestrutura, com base no art. 1º, III, IV e V da referida lei.¹⁸²

De acordo com o art. 2º §1º desta lei, considera-se desestatização:

- a) A alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) A transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade;
- c) A transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Desestatizar é apenas retirar do Estado certos setores de atividades, diferentemente de privatizar em que há total transferência do serviço público para o privado, passando a reger-se por leis privatísticas, e não mais se submetendo ao regime jurídico administrativo, sob o comando do Poder Público, mas unicamente ao setor privado, restando ao poder público exercer o poder de polícia, através das agências reguladoras.

¹⁸¹ Ibidem, p. 364

¹⁸² Ibidem, p. 367

4.4 CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Na concessão de serviço público, o Estado deixa apenas de ser titular, transferindo a execução para terceiros, transformando a delegação legal, em delegação negocial, fato concernente aos contratos de parceria celebrados entre o Governo de Pernambuco e a empresa Odebrecht para a construção da Arena Pernambuco.

Neste sentido, existem as concessões comuns, regidas pela Lei 8987/95, e as concessões especiais, nos moldes da Lei 11.079/04. As primeiras podem ser subdivididas em concessões de serviços públicos simples, e concessões de serviço público precedidas da execução de obra pública. Enquanto as especiais dividem-se em concessões patrocinadas e concessões administrativas. Esta especificidade incide sobre o regime jurídico atualmente denominado de “parcerias público-privadas”.

Nas concessões de serviço público simples, haverá licitação na modalidade concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstrem capacidade de execução por sua conta e risco, com base no art. 2º, II da referida lei.

A Lei 9074/95, da ANEEL, sujeitou aos serviços públicos federais, em seu art. 1º, os seguintes objetos: vias federais, precedidas ou não de obra pública; exploração de obras ou serviços de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, com ou sem obra pública; estações aduaneiras e outros terminais alfandegários de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, também precedidos, ou não, de obra pública, e serviços postais, acrescentado pela Lei 9648/98.

No que pertine a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, cominada no art. 2º, III da lei 8987/95, instituto com duplicidade de objeto, levando a dissociação da atividade prestada ao público da execução de obra, mas o que se concede não é a obra, e sim a atividade, o serviço público, que só pode ser prestado após a execução da obra, eis que há casos em que se concede a obra sem conceder o serviço público, a exemplo de estacionamentos, estádios e museus.¹⁸³

Ao se realizar o certame licitatório, no edital deve constar os direitos e obrigações do concedente e do concessionário; o objeto e o prazo da concessão; as

¹⁸³ CARVALHO FILHO, op. Cit, p. 396

condições para a adequada prestação do serviço e o critério de reajuste das tarifas, com base no art. 18 da Lei 8666/93.

O critério de julgamento deve ser o menor valor da tarifa do serviço, tendo em vista o já comentado princípio da modicidade das tarifas, no entanto se a concessão importar pagamento do concessionário ao concedente, o critério deverá ser o maior preço.

Em caso de elevação do custo do serviço para o concessionário, deverá o Poder Público adequar o contrato à nova realidade, em virtude do princípio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, por isso várias decisões judiciais asseguram aos concessionários o direito à revisão das tarifas.¹⁸⁴

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.¹⁸⁵

Dentre as cláusulas essenciais do contrato, figuram: o modo, a forma e condições de prestação do serviço; os critérios de sua avaliação; objeto, área, prazo de concessão; preço e critérios de reajuste.

Com relação às cláusulas relativas aos direitos e obrigações, devem constar tanto em relação ao concedente, quanto ao concessionário e usuários. Além desta, haverá a cláusula de prestação de contas, mediante a cobrança ao concessionário pelo concedente sobre as demonstrações financeiras periódicas. Afora estas, há ainda a cláusula de fiscalização, para acompanhamento na execução do serviço, e as devidas sanções quando cabíveis. E por fim, as cláusulas relativas ao fim da concessão, para os casos de extinção, bens reversíveis, cálculo indenizatório, condições de prorrogação do contrato e o foro competente.

Para as concessões de serviço público precedida de obra pública, haverá outras duas cláusulas essenciais: a referente à definição do cronograma físico-financeiro

¹⁸⁴ Súmula 407 do STJ: É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

¹⁸⁵ CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 199

e a pertinente à imposição ao concessionário no oferecimento de garantia para o fiel cumprimento das ditas obrigações.¹⁸⁶

Neste tipo contratual, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento, ensejando sua responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos causados ao concedente, aos usuários e aos terceiros. E em caso de ilícito, caberá responsabilidade objetiva, com base no art. 37 §6º da CF/88. Devendo em último caso, o concedente ser o responsável subsidiário pelos prejuízos causados pelo concessionário, ante a ausência de meios efetivos para reparar o dano.¹⁸⁷

O segundo tipo de concessão, as chamadas concessões especiais de serviços públicos, ou parcerias público-privadas, foi introduzido pela Lei 11.079/04, conforme dito outrora, com o objetivo de flexibilizar os contratos administrativos, através da partilha de riscos entre os setores envolvidos, no sentido de despertar o interesse do setor privado, através dos investimentos convidativos ao firmarem os contratos administrativos.

Isto é bastante perceptível, quando se analisam as garantias concedidas pelo Estado de Pernambuco, na construção da referida Arena, por meio dos subsídios governamentais dos bancos públicos envolvidos, BNDES e Banco do Nordeste, a criação do Fundo Garantidor, a assunção dos custos referentes aos riscos da não construção do entorno como esperado, bem como a assunção das despesas pelo frustrado compromisso dos jogos locais serem realizados no estádio em comento, tudo isto corrobora com a proposta convidativa da empresa privada celebrar acordo com o poder público na obra em questão, e que embora a roupagem contratual seja eleita com fins de economicidade, gerou um custo financeiro bastante alto para o poder público sagrar a longo prazo.

Inicialmente tem-se o art. 22 XXVII da CF/88, atribuindo à União Federal competência legislativa para editar normas gerais sobre contratação e licitação, além da Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei 8666/93, e da Lei Geral de Concessões, Lei 8987/95, havendo subsidiariedade destas leis na aplicabilidade dos contratos em relação à Lei de Parcerias Público-Privadas, a já mencionada Lei 11.079/04.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 416

¹⁸⁷ Idem

As PPPs contratadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, têm limites para tais despesas, considerando a RCL – Receita Corrente Líquida de cada pessoa federativa, para que a União possa conceder-lhes garantia e realizar transferência voluntária de recursos, exigindo-se apenas que antes da contratação, encaminhem ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, informações sobre a observância dos referidos limites, nos moldes do art. 28 §1º da lei específica.¹⁸⁸

Este tipo contratual tem obtido sucesso em diversos países, como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, cujas justificativas foram cruciais para momentos de ausência de recursos financeiros em face à necessidade de eficiência da gestão do setor privado.

Neste sentido, são apresentadas duas formas de contratar no modelo PPP, através da modalidade patrocinada ou da modalidade administrativa, já apresentados no texto supra, encontrando embasamento conforme o art. 2º da lei de PPP.

Para Carvalho Filho, conceitua-se PPP como “o acordo firmado entre a administração pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes”.¹⁸⁹

Na concessão patrocinada, o concessionário percebe recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, bem como proveniente da contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado, de acordo com o art. 2º, §1º da Lei 11.079/04.¹⁹⁰

Enquanto na concessão administrativa, por ser a administração pública, usuária direta ou indireta, mesmo que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, com base no art. 2º §2º desta lei, não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, tendo em vista que o pagamento da obra ou serviço é realizado diretamente pelo poder concedente.¹⁹¹

¹⁸⁸ Ibidem, p. 453

¹⁸⁹ Idem

¹⁹⁰ Idem

¹⁹¹ Idem

4.5 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Denomina-se contrato administrativo: “o ajuste firmado entre a administração pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”¹⁹²

Os contratos de Parcerias Público-Privadas, celebrados para a construção da Arena Pernambuco são contratos de direito público, possuindo todas as características inerentes a essa espécie contratual, apesar das críticas existentes em relação a eles e a necessidade de sua efetivação, aspectos que serão elencados adiante.

Dentre as características, depreende-se que os contratos de PPP serão estipulados com caráter extraordinário, apenas aplicável a ajustes de grande vulto, cujo valor seja equivalente ou exceda 10 milhões de reais, com prazo de vigência igual ou superior a 5 anos e não excedente a 35 anos, e envolva compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, inclusive no que diz respeito à cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária¹⁹³

Os contratos administrativos são acordos provenientes de delegação negocial, seguindo o regime jurídico de direito público, mediante procedimento legal constante na lei de licitações e a depender do tipo de contratação, nas leis específicas, como o caso da contratação mediante as referidas parcerias público-privadas, nos moldes da lei 11079/04 ou concessões comuns, lei 8987/95, sempre objetivando o benefício à coletividade.

A França, berço dos contratos administrativos, grande influente brasileiro, distingue as contratações públicas dos contratos de delegação de serviço. O primeiro, baseado no Código de Contratações Públicas é usado para indicar os contratos que obtém a satisfação de suas necessidades em obras, fornecimentos ou serviços. Em

¹⁹² Ibidem, p. 181

¹⁹³ MODESTO, Paulo. **Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público 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.** In: SUNDFELD, op. Cit. p. 510

relação à delegação de serviço público, pode-se citar a *affermage*, a *régie intéressée*, a *gérance*, o *marché d'entreprise de travaux publics* e o *bail emphytéotique et convention accessoire*.¹⁹⁴

Para Justen Filho: “as diversas categorias de *marchés publics* – o contrato de obras públicas -previstas no Direito Francês equivalem às nossas contratações administrativas disciplinadas pela Lei 8666/93”¹⁹⁵

A *affermage* – locação-, também chamada contrato de arrendamento, transfere a terceiro a exploração do serviço público, cabendo ao poder público o financiamento necessário, em contrapartida o arrendatário remunera o estado com os recolhimentos devidos pelos usuários.¹⁹⁶

No *régie intéressée* – autogestão- ocorre transferência da gestão de um serviço público a terceiro, que assume o encargo de gerí-lo mediante remuneração indexada aos resultados financeiros do serviço, paga pelo estado. Estas se diferenciam da concessão por conta da forma de remuneração, que na concessão advém do pagamento do usuário ao concessionário e na *régie intéressée* provém da administração pública; os bens utilizados pertencem ao Estado e correm por sua conta os riscos do empreendimento; o particular tem autonomia para gerir o serviço.¹⁹⁷

Na *gérance*, administração ou gerência, há um contrato em que ocorre a transferência da gestão operacional do serviço a um terceiro, gerente, por conta e risco do Estado, mediante remuneração, fixada em valor nominal, para toda a duração do contrato. Este é semelhante ao *régie intéressée*, mas se diferencia pela remuneração do gerente, que não é proporcional ao serviço e nem ao interesse verdadeiro no resultado.¹⁹⁸

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviços públicos**, São Paulo, Dialética, 2003, p. 58. Tradução: “Locação, autogestão, administração, o contrato de obras públicas e locação enfiteútica e contrato auxiliar.”

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 80

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 82

¹⁹⁷ *Idem*

¹⁹⁸ *Idem*

O *marché d'entreprise de travaux publics*, contrato de empreendimento de obras públicas, será formalizado entre administração e terceiro, para construir, explorar com garantia de recebimento proveniente dos cofres públicos.¹⁹⁹

E o *bail emphytéotique*, arrendamento enfitêutico, é um contrato de longa duração, para a edificação sobre imóvel público por particular, podendo explorar durante o contrato, revertendo-o ao poder público após o prazo contratual.²⁰⁰

São características dos contratos administrativos brasileiros em geral, incluindo as PPPs: o formalismo (procedimento formal), a comutatividade (obrigações ajustadas), a confiança recíproca (*intuito personae*, salvo o limite para subcontratação constante no art. 72 da lei de licitações e contratos) e a bilateralidade (obrigações recíprocas).²⁰¹

Para se realizar a contratação, faz-se mister o preenchimento de algumas condições, como a elaboração do projeto básico, indicando os motivos que levam à sua realização, extensão, tempo, previsão de gastos, entre outros, bem como a elaboração do projeto executivo, conforme o art. 6º, X da lei de licitações e contratos, indicando os elementos imprescindíveis à execução completa.²⁰²

Os contratos desta ordem guardam cláusulas que superpõem o poder público concedente, em relação à empresa concessionária, no sentido de gerir conforme as regras de direito público, através das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio.

São elas: alteração unilateral do contrato; rescisão unilateral; fiscalização da execução do contrato; aplicação de sanções e ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais, conforme art. 54 da referida lei de contratos.

Quanto à primeira é possível a modificação do projeto ou das especificações para melhor adequar tecnicamente o contrato, representando uma alteração qualitativa, ou modificação do valor em razão do aumento ou diminuição do objeto, representando uma alteração quantitativa, com fulcro no art. 65, I, a, b da lei de contratos. Devendo

¹⁹⁹ Idem

²⁰⁰ Idem

²⁰¹ Ibidem, p. 187 e 188

²⁰² Ibidem, p. 189

obedecer aos percentuais fixados no art. 65 § 1º e 2º da lei, 25% e 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento.

Com relação à segunda cláusula exorbitante, é possível que o Estado extinga a relação contratual em virtude de cumprimento irregular, morosidade indevida, atraso indevido da obra, descumprimento da regra protetiva do menor trabalhador, constante no art. 7º XXXIII da CF/88 e art. 78 da lei de contratos.

Pode haver ainda, rescisão por razões de interesse público, falência, insolvência do contratado, dissolução da sociedade ou falecimento, tendo a empresa no primeiro caso direito à reparação dos prejuízos provenientes da rescisão.

Entretanto, quando a rescisão se concretiza em virtude de inadimplemento do contratado, este não terá nenhum direito a receber, podendo a administração reter créditos, executar garantias, assumir o objeto ou ocupar locais para a execução, de acordo com o art. 80 I ao IV da lei de contratos.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a relativização do princípio da continuidade dos serviços públicos, comentado outrora, em razão do inadimplemento pelo concedente por um prazo superior a noventa dias:

Por estas razões entendemos que atrasos prolongados de pagamento, violações continuadas ao dever de efetuar reajustes cabíveis ou as correções monetárias devidas autorizarão em muitos casos a que o contratado interrompa suas prestações sob invocação da cláusula de *exceptio non adimpleti contractus*.²⁰³

No que tange à fiscalização da execução do contrato, deve o Estado dispor de conhecimento técnico para saber se a execução está sendo efetivada de forma correta, o que muitas vezes representa uma lacuna na percepção do poder público, sobre os abusos empresariais na condução do contrato.

Quanto às sanções a serem aplicadas, tem-se a advertência, multa, impedimento de contratar com a administração por prazo não superior a dois anos, e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração, de acordo com o art. 87 da lei de licitações e contratos.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. , p. 292

Quando se trate de serviços essenciais, a administração pública pode ocupar provisoriamente os bens vinculados ao contrato, em razão do atendimento ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

Dentre as cláusulas essenciais, figuram: as garantias, as quais não excederão 5% do valor do contrato, exceto se de grande complexidade técnica e riscos significativos, casos em que poderá alcançar 10% do valor contratual. Uma vez executado o contrato, a garantia deverá ser restituída ao contratado, com base no art. 56 §1º e 4º desta lei.

Os prazos contratuais equivalerão à duração dos créditos orçamentários, cujo lapso temporal é de um ano, logo se darão por prazo determinado, de acordo com o art. 57 §3º da lei 8666/93.

É válido salientar que os serviços só podem ser contratados se houver previsão de recursos orçamentários assecuratórios ao pagamento das obrigações, conforme o art. 7º §2º, III e art. 55 V da lei em comento.

Em caso de a obra pública se prolongar para além do prazo correspondente a um ano, mister se faz que seja inserido no plano plurianual, instrumento que comporta investimentos de longa duração, nos moldes do art. 57 desta lei.

Para os contratos celebrados com base nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, referente respectivamente à segurança nacional, materiais para as Forças Armadas, bens e serviços produzidos no país envolvendo alta complexidade tecnológica e defesa nacional ou inovação e pesquisa científica e tecnológica para a autonomia e desenvolvimento tecnológico no país, a duração poderá estender-se por até 120 dias.

Quanto à possibilidade de prorrogação, deverá relacionar-se a uma das seguintes causas: alteração do projeto, suspensão ou redução do ritmo de trabalho por imposição do órgão administrativo, aumento das quantidades iniciais, fatos imprevisíveis de caráter excepcional, estranhos à vontade das partes, omissão ou atraso de providências a cargo da administração, e impedimento de execução por fato ou ato de terceiro, reconhecido pelo poder público contratante, de acordo com o art; 57 §1º da lei de licitações e contratos.

A legislação não mais contempla a hipótese de contratação direta da mesma empresa para fins de renovação do contrato, tendo em vista que muitos abusos ocorreram em razão dessa faculdade, neste sentido, impõe-se a rescisão contratual e observância à ordem de classificação na licitação para contratação direta de outra empresa, com base no art. 24 XI da lei 8666/93.

É possível ao contratado subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, cabendo ao poder público fixar os limites, no entanto isto não retira a responsabilidade do contratado, art. 72 desta lei.

Os motivos para a rescisão contratual decorrem da conduta culposa do contratado, cujas consequências são: direito de o poder público assumir de imediato o objeto do contrato; possibilidade de ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal com os quais era executado o contrato; execução dos valores das multas e indenizações, assim como da garantia contratual, vislumbrando ao ressarcimento do poder público; retenção dos créditos do contratado até que ocorra a reparação dos prejuízos perpetuados à administração pública, lastreados no art. 80, I a IV da lei de licitações e contratos.

Em caso de inadimplência do contratado no que tange aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou comerciais, a responsabilidade será exclusiva do contratado devedor, art. 71 da referida lei, eis que esses débitos se originam de relações jurídicas diversas constituídas com terceiros, logo não poderia o estado ser responsável por essas obrigações. Entretanto, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento de que a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas é do tomador dos serviços, no caso a administração pública.

O STF repudiou esse entendimento, por interpretar não se tratar de responsabilidade objetiva, extracontratual, prevista no art. 37 §6º da CF/88, não devendo ser confundida com a contratual do art. 2º §2º da CLT, que abarca a responsabilidade solidária a um grupo de empresas, o que não configura nos contratos administrativos celebrados entre empresa e administração.²⁰⁴

²⁰⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> . Acesso em 22/12/17

Em razão disso, a Súmula 331, V, passou a adotar o seguinte posicionamento: “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”(...)”a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Sendo assim, a responsabilidade solidária passou a ser substituída por subsidiária culposa, restaurando-se correta a interpretação do art. 71 §1º da lei 8666/93. No entanto, a administração, nos moldes do art. 71 §2º, é responsável solidária pelos encargos previdenciários provenientes do contrato.²⁰⁵

Durante a execução contratual, podem surgir eventos imprevisíveis e excepcionais, fundamentados na teoria da imprevisão; fato do príncipe, caso fortuito ou força maior. Todos estes institutos geram a necessária repactuação contratual, eis que não foram contabilizados na elaboração contratual.

Para Caio Tácito:

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda), são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências.²⁰⁶

A teoria da imprevisão pode ensejar a revisão do preço ou rescisão contratual se impossível dar seguimento à execução do contrato, art. 65 II, b da lei de licitações e contratos.

O fato do príncipe está relacionado à álea administrativa, em razão de ato lícito que leva a modificação do contrato, ensejando a revisão do preço para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, e diversamente do visto anteriormente, em caso de impossibilidade de cumprimento haverá indenização integral, por ter rescindido o contrato por motivo para o qual não lhe deu causa.

²⁰⁵ Ibidem, p. 218

²⁰⁶ TÁCITO, Caio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 214

Para Rivero: “quando o poder público (o príncipe) agrava, por fato seu, as condições de execução do contrato, pode ele ser obrigado a indenizar o contratado. A indenização é agora integral, isto é, igual ao prejuízo causado.”²⁰⁷

Por fim, nos casos fortuitos ou de força maior, de acordo com o art. 393 do código civil “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes”. No entanto, a lei de licitações e contratos, admite indenização ao prejudicado pelos prejuízos causados desde que não tenha havido culpa do inadimplente.

Quanto à extinção dos contratos administrativos, estes podem se dar por: extinção do objeto; término do prazo; impossibilidade material ou jurídica, em razão do desaparecimento do objeto ou falecimento, por exemplo, nas obrigações *intuitu personae*, falência ou até mesmo dissolução de sociedade; invalidação ou rescisão, amigável, judicial, por exemplo, proveniente de fato da administração, as quais se dão por inexecução contratual por parte do poder público, seja por atraso de pagamento por prazo superior a 90 dias ou outra obrigação contratual não observada, ou administrativa.

Nas rescisões administrativas há manifestação unilateral da administração, que poderá assumir o objeto do contrato, ocupar e utilizar o local, instalações, executar garantia contratual e reter eventuais créditos do inadimplente. No entanto, só podem ocorrer, observadas as seguintes circunstâncias: razões administrativas altamente relevantes; promoção de amplo conhecimento dos motivos; razões justificadas e determinadas pela mais alta autoridade na respectiva esfera administrativa; que tudo fique formalizado no processo administrativo, devendo o administrador dar ciência ao contratado sobre os motivos da rescisão, bem como oferecer-lhe proposta para eventual recomposição de prejuízos.²⁰⁸

Quando as rescisões são efetivadas com base no argumento de interesse público, denomina-se como encampação, de acordo com o art. 37 da lei de concessões:

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

²⁰⁷ RIVERO, Jean. *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1977, p. 127

²⁰⁸ CARVALHO FILHO, op. Cit, p. 227

Todavia, quando as rescisões ocorrem por inadimplemento do contratado concessionário, é denominada caducidade, nos moldes do art. 38 da supra citada lei:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

Como comentado outrora, as rescisões contratuais podem fazer uso do instituto da arbitragem, regulada na lei 9307/96, referente aos direitos patrimoniais disponíveis, art. 1º §1º, excluídos os direitos indisponíveis ou que não tenham natureza patrimonial, caso em que se faz necessário o recurso ao Judiciário.²⁰⁹

Por fim, as principais diferenças entre o regime de PPP e o regime geral de concessões:

(1) Parcela da remuneração da concessionária será obrigatoriamente composta por recursos do Poder Público, critério que as distingue das concessões comuns; (2) os contratos não devem ter valor inferior a 10 milhões de reais, o que não é raro nas concessões; (3) o período de prestação do serviço não deve ser inferior a cinco anos, prazo também inaplicável às concessões comuns relacionadas à infraestrutura rodoviária, em razão da necessária compatibilização de seu prazo de vigência com a amortização dos investimentos que envolvem; (4) previsão de garantias especiais para cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública, como a constituição de fundos especiais ou segregação de bens ou receitas; (5) previsão de multa aplicável em caso de inadimplemento contratual da Administração Pública; (6) previsão expressa de compartilhamento com a administração pública de ganhos econômicos do parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos por ele obtidos; (7) previsão de retenção de pagamentos ao parceiro privado para reparar irregularidades nos bens reversíveis; (8) aplicação automática dos reajustes, salvo manifestação em contrário da administração pública, com até 15 dias de antecedência da data de sua efetivação; (9) uma série de prerrogativas conferidas aos financiadores do projeto, como a possibilidade de que a eles seja transferido o controle acionário do parceiro privado, com o objetivo de promover a reestruturação financeira da concessionária e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, e a possibilidade de que os pagamentos relativos a contraprestações e indenizações devidas ao parceiro privado sejam feitos diretamente aos financiadores; (10) previsão expressa de que a remuneração do parceiro privado seja vinculada a seu desempenho; (11) previsão expressa de que a contraprestação seja obrigatoriamente precedida da disponibilização de pelo menos parcela do serviço contratado; (12) obrigatoriedade de construção de SPE; (13) uma série de alterações, relacionadas às condições de participação, condições de realização, critérios de julgamento e procedimento da licitação prévias à celebração dos contratos; (14) previsão expressa de que alguns riscos internos ao negócio possam ser compartilhados ou atribuídos ao Poder

²⁰⁹ Ibidem, p. 228

Público; (15) previsão da utilização da arbitragem como forma de resolução de controvérsias entre as partes.²¹⁰

Neste sentido, os contratos de parcerias público-privadas, guardam uma série de especificidades em relação ao contrato de concessão comum, o que corrobora com o tratamento especial recebido, principalmente no que tange a mitigação dos riscos a eles inerentes, ponto crítico do trabalho, analisado ao fim quando da assunção dos riscos pelo governo, provenientes da obra de construção da Arena Pernambuco, conforme o processo doTC nº 1103358-7, e do TJPE nº0005044-25.2017.8.17.9000, comentados adiante.

²¹⁰ ANDRADE, Letícia Queiroz de. **A experiência brasileira nas concessões de rodovias.** In: SUNDFELD, op. Cit., p. 295-296

5 A CONCESSÃO ESPECIAL E A MITIGAÇÃO DOS RISCOS POR MEIO DE SUAS GARANTIAS

Diante da apresentação da lógica contratual administrativa, serão abordados pontos de criticidade entre as concessões ditas especiais, denominadas parcerias público-privadas, tendo em vista a ausência de recursos públicos para o devido investimento e para o atendimento das necessidades sociais.

A ideia de que o Estado encontrou uma forma de reestruturar a máquina pública à prestação de seus serviços numa escala de modernidade e qualidade mais vasta, cuja legislação específica se esforça para atrair a participação destas empresas à realização de contratos específicos, gera polêmicas em virtude do custo proveniente da mitigação dos riscos naturais dos contratos administrativos.

Neste sentido, serão apresentados os aspectos gerais da lei de parcerias, junto à lei de concessões comuns, enfatizando as garantias fornecidas na elaboração destes contratos, no sentido de reduzir consideravelmente os riscos que deveriam ser inerentes a todos os contratos administrativos.

As parcerias público-privadas podem ser efetivadas através das concessões patrocinadas ou administrativas, cuja Lei 11.079/04 delinea a forma de sua aplicação, no entanto as concessões administrativas possuem aplicação suplementar a alguns dispositivos da Lei Geral de Concessões, outrora mencionada, quais sejam: art. 21 ao tratar da disponibilização aos participantes da licitação de estudos, projetos, obras e despesas ou investimentos efetuados pelo concedente, obrigando o vencedor a ressarcir de acordo com o edital; o art. 23, que aborda as cláusulas essenciais do contrato; o art. 25, que elenca a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados ao concedente, usuários ou terceiros; art. 27 a 39, que falam sobre a anuência do concedente para transferência da concessão ou do controle societário do concessionário, intervenção no serviço e extinção da concessão.

A lei 9.074/95, também é aplicada subsidiariamente aos contratos de PPP, especificamente no art. 31, cujo teor segue exarado:

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos

projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Quanto ao objeto da concessão patrocinada, o art. 2º §1º da Lei de PPPs, elenca a contratação de serviços públicos ou de obras públicas, cuja destinatária é a coletividade. Já na concessão administrativa, o objeto é a prestação de serviços, eis que a administração pública será usuária direta ou indireta, mesmo em havendo execução de obras ou fornecimento e instalação de bens, na dicção do art. 2º, §2º da lei, vedada a contratação direcionada apenas ao fornecimento de mão de obra, conforme o art. 2º, §4º, III da lei.

Diz-se que as concessões administrativas se dão em função das atividades tipicamente administrativas, suprindo as carências nas áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico, infraestrutura viária e elétrica, entre outras.²¹¹

O regime de PPPs possui três características distintivas em relação aos demais contratos administrativos, quais sejam: o financiamento do setor privado; o compartilhamento dos riscos, por meio do qual, o poder concedente se solidariza com o privado em caso de prejuízos e déficits em geral, fatos imprevisíveis, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e imprevisão em razão de álea econômica extraordinária, de acordo com o art. 5º, III da lei 11.079/04. E por fim, a pluralidade compensatória do Estado em favor do concessionário, admitida a contraprestação pecuniária através do pagamento em dinheiro, cessão de créditos não tributários e outorga de certos direitos da administração, com fulcro no art. 6º da lei de parcerias.²¹²

Este tipo contratual deve seguir algumas diretrizes, conforme o art. 4º da lei de parceria: a eficiência na execução das obras e serviços públicos, o respeito aos interesses dos destinatários do objeto do contrato e do parceiro privado, a transparência de procedimentos e decisões, repartição objetiva do risco, responsabilidade fiscal tanto na celebração quanto na execução, e sustentabilidade financeira, isto é, a relação custo-benefício do empreendimento projetado, bem como todos os elementos naturais dos contratos administrativos.²¹³

²¹¹ Idem.

²¹² Ibidem, p. 459

²¹³ Ibidem, p. 460

Afora isto, deve observar a indelegabilidade de funções exclusivas do Estado, tais como a de caráter jurisdicional, de regulação e de polícia, supra comentada no tratamento dos serviços públicos.

Dentre as cláusulas essenciais dos contratos, cuja ausência provoca a nulidade deste, há observância do art. 23 da Lei Geral de Concessões, acrescidos às cláusulas adicionais constantes do art. 5º da lei específica de parcerias, com as seguintes exigências: previsão de repartição de riscos entre concedente e concessionário na ocorrência de fatos imprevisíveis; prazo contratual não inferior a cinco e nem superior a trinta e cinco anos, considerando eventual prorrogação dentro deste limite temporal; remuneração e atualização dos valores contratuais, cujas fórmulas e índices objetivos reajustam automaticamente os valores contratuais, dispensando homologação da administração, e em caso de rejeição da atualização o ato deve ser justificado e publicado em quinze dias, de acordo com o art. 5º, §1º desta lei.²¹⁴

Há ainda como cláusulas essenciais a definição dos fatos que impliquem a inadimplência pecuniária do concedente, as penalidades aplicáveis às partes, considerando a proporcionalidade em relação à gravidade da falta, as garantias, os critérios de avaliação de desempenho, o compartilhamento dos ganhos, a vistoria de bens reversíveis, de acordo com o mesmo art. 5º da lei de parcerias.

Afora estas, existem as cláusulas não essenciais, cuja ausência obviamente não implica nulidade da concessão: requisitos que levam o concedente a autorizar a transferência do controle da sociedade de propósito específico para seus financiadores, quando necessária reengenharia financeira e continuidade na prestação do serviço, conforme art. 5º §2º, I da lei 11.079/04.

Há críticas referentes à constitucionalidade do dispositivo supra mencionado, tecidas por Celso Antônio Bandeira de Mello,²¹⁵ em razão da possível contrariedade ao art. 37, XXI da CF/88, corrente não aceita por Carvalho Filho:

Ousamos divergir desse entendimento. Primeiramente, o mandamento constitucional só considera os citados requisitos quando “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, que é o que ocorre com a transferência do controle da sociedade. Demais disso, essa é exatamente uma

²¹⁴ Ibidem

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. p. 743

das formas de compartilhamento dos riscos previsto na lei para os parceiros (art. 5º, III). Não vemos, pois, qualquer eiva de inconstitucionalidade no dispositivo.²¹⁶

Outra cláusula facultativa é a previsão de que o empenho seja emitido diretamente em nome dos financiadores do projeto em obrigações pecuniárias da administração, afastando a burocracia do processo de empenho, garantindo ao investidor o recebimento dos créditos, de acordo com a inteligência do art. 5º, §2º, II da lei de PPPs.

Às vedações do art. 2º, §4º, deve-se ter total observância, a fim de evitar invalidação por vício de legalidade, e dentre estas citam-se: vedação quanto ao valor, o qual não será inferior a dez milhões de reais; vedação quanto ao tempo, cujo lapso variará entre cinco e trinta e cinco anos, de acordo com o art. 2º, §4º, II e art. 5º I, da lei de parcerias. E por fim, a vedação quanto ao objeto, o qual não poderá ser unicamente para fins de fornecimento de mão de obra.

Quanto às garantias, o art. 2º §3º c/c art. 6º da lei 11.079/04 destaca a ideia de contraprestação pecuniária, a qual possui dois sentidos: em dinheiro pago diretamente, ou indiretamente através de um mecanismo jurídico que converta em pecúnia, resultando em improbidade administrativa a antecipação do pagamento, nos moldes da lei 8429/92.

A variabilidade remuneratória diz respeito à vinculação da remuneração ao desempenho do concessionário, cuja forma deve vir de maneira clara e objetiva no contrato, com as respectivas metas e padrões de qualidade, art. 6º §1º da lei de PPPs.

A lei 12.766/12 introduziu alterações admitindo previsão de aporte de recursos em favor do parceiro privado quando da realização de obras e aquisição de bens reversíveis, conforme dicção do art. 18 X, XI da lei geral de concessões, cumulado com o art. 6º §2º da lei de parcerias.

Afora isso, excluiu esse valor como base de cálculo para determinados fins tributários, tais como imposto de renda - IR, contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL, programa de integração social – PIS e contribuição para financiamento da seguridade social –COFINS, minorando a oneração do concessionário, de acordo com o

²¹⁶ CARVALHO FILHO, op. Cit., p. 462

art. 6º §3º e §5º, elencando por fim que a devida compensação se dará ao fim do contrato, embora normalmente a contraprestação do público para o privado se dê através de ordem bancária.

No projeto de lei falava-se em “pagamento em dinheiro”. A alteração foi saudável, visto que poucas são as despesas pagas efetivamente em dinheiro pela administração. Já a ordem bancária indica o pagamento em cheque ou através de outro mecanismo em que o valor esteja disponibilizado no estabelecimento bancário.²¹⁷

É admissível ainda a cessão de créditos não tributários, como os derivados de indenizações devidas por terceiros; a outorga de direitos em face da administração, conforme o art 6º, III da lei de PPPs; ou outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, IV do mesmo artigo.

Neste sentido, tem-se como garantias a vinculação de receitas, de acordo com o art. 8º, I da lei 11.079/04, não obstante a Constituição vede a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, na ótica do art. 167, IV desta Carta, embora o dispositivo admita-a em algumas situações, como a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, prevista na lei orçamentária anual, art. 165 §8º da CF/88.²¹⁸

Outrossim, existem outras formas de garantia: contratação de seguro-garantia com empresas não controladas pelo ente estatal; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras fora do controle do Poder Público, criação ou utilização de fundos especiais, garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada especificamente para tal objetivo, art. 8º II a IV da lei de parcerias.

O fundo garantidor encontra fundamento desde o art. 16 até o art. 22 da lei, contudo, há interpretação criticando a sua constitucionalidade, em razão do que dispõe o art. 165, §9º, II da CF/88, no que diz respeito à exigência de lei complementar para a instituição e funcionamento de fundos, cumulado com o art. 71 da lei 4320/64, a qual

²¹⁷ CARVALHO FILHO, op. Cit. p. 464

²¹⁸ Ibidem, p. 465

proíbe que fundos possam ser objeto de garantia de dívida pecuniária, esta é a opinião do tributarista Kiyoshi Harada, emitida mediante parecer prolatado para a OAB/SP.²¹⁹

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira.^[18]

No entanto, o argumento contrário foi no sentido de que a legislação aborda normas gerais sobre fundos e não à instituição de fundo específico, visão defendida pelo autor Alexandre dos Santos Aragão.²²⁰

As críticas surgiram ainda em torno da possível afronta ao art. 100 da CF/88, no que pertine à fuga ao sistema de precatórios, mas conforme tese aventada por Celso Antônio Bandeira de Mello²²¹.

Antes mesmo de imaginar uma resposta, já se pode saber que o preparo da lei em questão foi atribuído a alguém alheio à esfera jurídica, pois quem fosse deste ramo jamais cometeria uma infantilidade de tal ordem. Deve ser coisa de economista ou administrador. Para explicar a existência de um artigo simplório a este nível não nos acode ao espírito senão a hipótese de que seu propósito seja a ingênua suposição de, por tal modo, granjear boa receptividade para as parcerias, fazer supor que se tratou de uma lei bem-intencionada e arrefecer a atenção para o escandaloso cúmulo de garantias inconstitucionais ofertadas aos parceiros privados e seus financiadores. Geralmente os trabalhos escritos sobre as parcerias, a nosso ver em sua maioria insatisfatórios, com as costumeiras exceções honrosas, costumam omitir as chocantes inconstitucionalidades da lei.²²²

²¹⁹HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em : <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advocacia-publica/pareceres/parecer-parcerias-publico-privada> . Acesso em 21/12/17

²²⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Revista de Direito Administrativo**, 240, 2005, p. 130

²²¹ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. p. 740

²²² Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

No entanto, para Carlos Ari Sundfeld, não haveria nenhuma inconstitucionalidade quanto ao FGP.²²³

A medida de modo algum implica a criação, por via de lei, de um sistema de execução de débitos públicos paralelo ao disposto no art. 100 da CF. Isso é evidente: a execução contra o parceiro público – seja movida pelo concessionário, seja pelo garantidor – será sempre a do citado art. 100. O que se submete a outro regime é a execução do débito contraído por uma pessoa privada – o FGP – ao prestar contratualmente uma garantia de pagamento de débito público. Evidentemente, o uso dessa solução está circunscrito às possibilidades patrimoniais da empresa pública FGP, não podendo se generalizar. **Por isso, descabe falar em burla à norma constitucional.**

Da mesma tese advoga Fabiana Andrada Rudge Braga, quando elenca a possibilidade de aplicação da desafetação aos bens públicos para direcionarem ao fundo valores necessários ao atendimento das necessidades sociais dentro dos limites orçamentários legais:

[...] a reunião de bens e direitos, formando um patrimônio, que se propõe a uma específica destinação, a ser gerido por um administrador. Mas o que difere os diversos tipos de fundos é a finalidade que cada qual se propõe a concretizar e em razão da qual os seus investidores decidem por realizar a dotação de bens. No caso do fundo do mercado financeiro, a finalidade é o investimento, com parceiros que se unem em condomínio para uma aplicação conjunta dos recursos, unindo esforços financeiros e maximizando os ganhos. No fundo especial, ou orçamentário, a finalidade é a vinculação de determinadas receitas, para reunião no fundo, com vistas à execução de um determinado objeto. Através dele, o Poder Público executa políticas públicas, que se viabilizam através das receitas públicas vinculadas ao objeto específico de cada fundo.

[...] pressupõe a transferência (disposição, alienação) de determinados bens e direitos do erário público a um patrimônio autônomo e privado – respeitadas, naturalmente, as normas de direito financeiro, os limites orçamentários e a Lei de Responsabilidade Fiscal -, para servir, no limite das contas integralizadas, de garantia à execução de determinadas, dívidas líquidas e certas, do Poder Público em parceria com a iniciativa privada. No FGP, a finalidade é a prestação de garantia de obrigações contraídas pelo Poder Público.

Na verdade o intuito da lei de parcerias público-privadas foi tornar o contrato convidativo ao investidor, retirando todos os potenciais riscos, assegurados

²²³SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

através deste fundo, deixando de observar tanto as regras quanto os princípios constitucionais referentes à matéria.

Para Carvalho Filho, o fundo em comento é de natureza anômala, eis que de natureza privada, despido de personalidade jurídica própria, apesar de responder com seus bens e direitos por obrigações que venha a contrair, nos moldes do art. 16 §§1º a 5º da lei, configurando uma genuína universalidade jurídica de bens e direitos.²²⁴

Esta lei previu a possibilidade de a União realizar transferência voluntária aos demais entes políticos, de acordo com o art. 28, desde que não ultrapasse 5% da receita corrente líquida do exercício e nos dez anos subsequentes.

Previu ainda, no art. 9º a instituição de uma sociedade de propósito específico, com a finalidade de implantar e gerir o projeto de parceria, através de uma pessoa jurídica interessada, e incumbir outra pessoa jurídica na execução do objeto separadamente. No entanto, o artigo não disciplina o momento exato da referida instituição, mas apenas se reporta a “antes da celebração do contrato”.²²⁵

A sociedade tem a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima, viabilizando a negociação de valores mobiliários no mercado, conforme o art. 9º, §2º, no entanto facultativamente poderá ser de capital fechado. Enseja a constituição por escritura particular ou por escritura pública, de acordo com o art. 82 a 88 da lei 6404/76, denominada lei de sociedades anônimas.

No caso de transferência do controle societário há necessidade de expressa autorização da administração, com fixação dos critérios no edital, na ótica do art. 9º §1º da lei de parcerias, bem como o art. 27 §1º da lei de concessões, submetendo-se às referidas capacidades, técnica, financeira, jurídica e fiscal.

A lei veda que a administração detenha maioria no capital social da empresa, afastando a ingerência dos órgãos públicos no controle dessas sociedades, salvo em decorrência do inadimplemento de contratos de financiamento, com fulcro no art. 9º, §4º e 5º da Lei 11.079/04.

Deverá adotar sempre a modalidade concorrência, art. 10, eis que exige maior rigor na contratação, art. 22 §1º da lei 8666/93, como a autorização da autoridade

²²⁴ CARVALHO FILHO, op. Cit. p. 466

²²⁵ Ibidem, p. 467

competente, art. 10,I, previsão no plano plurianual, art. 10, V, para análise do impacto orçamentário-financeiro, art. 10 II, III e IV, §2º, além das exigências de realização de consulta pública e obtenção de licença ambiental, art. 10 VII c/c art. 4º VII da lei 11.079/04, ressaltando a ideia de sustentabilidade.

Quando se trate de concessão patrocinada, faz-se mister ainda a observância de autorização legislativa específica, quando couber à administração o pagamento de mais de 70% da remuneração ao concessionário, com fundamento no art. 10 §3º da lei de PPPs.

No edital deverá conter a minuta do contrato, art. 11, sendo admitida a participação de empresas em consórcios, art. 19 da lei 8987/95, cabível a recusa de obrigações inexequíveis, art. 15 §3º e 4º da lei 8987/95, garantias limitadas a um por cento do valor estimado do objeto do contrato, art. 31 III da lei 8666/93, as quais virão especificadas no contrato, art. 8º da lei 11.079/04, sendo cabível o uso da arbitragem em relação a direitos patrimoniais disponíveis, art. 11 III da lei 11.079/04, seguindo o princípio do consensualismo na administração.

Dois critérios de julgamento são admitidos na lei de parcerias: menor valor da contraprestação a ser paga pela administração e melhor proposta decorrente da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, conforme os pesos relatados no edital, art. 12, II, a , b, da referida lei.

Na primeira proposta será escrita e entregue em envelope lacrado, na segunda pode ser escrita, seguida de lances verbais em viva voz, conforme o princípio da oralidade utilizado no pregão. O primeiro lance deve ser oferecido pelo último colocado, cujo limite da participação é da proposta com valor de no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta, havendo a possibilidade de inversão das fases com base no art. 13 da lei de parcerias.

O resultado final será proferido pela comissão de licitação, sujeita à homologação da autoridade superior, e após este se deve proceder ao ato de adjudicação, conferindo ao vencedor o direito à execução do contrato administrativo.

Os riscos inerentes aos contratos administrativos são nitidamente absorvidos no procedimento de execução dos contratos de PPPs, diante da discussão sobre o FGP, sobre a SPE, a crítica em torno do art. 100 CF/88, a questão orçamentária, e todas estas

incursões efetivadas durante o procedimento, não obstante, faz-se mister estabelecer esforços para elencar os possíveis inconvenientes a depender da política tarifária adotada, evitando mais uma mitigação de riscos contratuais ao investidor privado.

5.1 OS RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os riscos inerentes aos contratos administrativos caracterizam os ônus relativos à concessão, as responsabilidades, assunção de obrigações de custeio de obras, desapropriações, favores ou incentivos fiscais, formas de remuneração e todos os efeitos de responsabilidade que repercutem nos ditos contratos.

Nas concessões tradicionais há fundamentação jurídica dos riscos no art. 2º, II da lei 8987/95, quando afirma:

(...)a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Enquanto a lei 11.079/04, menciona os riscos dos contratos, no art. 5º, III e IX, ao definir:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IX - o 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;

O risco é “precificado” não apenas na visão de abordar uma avaliação financeira, mas no valor da tarifa, eis que quanto maior o risco, maior será o valor da tarifa, traduzindo os “custos de transação”, melhor elencados adiante, na abordagem econômica dos contratos administrativos, significando a transferência das incertezas e inseguranças destes, pelo empresário, para a atividade.²²⁶

²²⁶ PEREZ, op. Cit., p. 106

Os riscos são denominados pela doutrina como áleas, que podem ser ordinários ou extraordinários, na maioria dos contratos o concessionário assume os riscos ordinários e o poder público os riscos extraordinários, comentados a seguir.

Os riscos ordinários correspondem aos valores submetidos à flutuação no mercado, enquanto as áleas extraordinárias se referem ao risco imprevisível, inevitável, e não imputável ao contratado, subdividido em álea econômica e álea administrativa, sendo a primeira caracterizada pela teoria da imprevisão, e a segunda equivalente à garantia dos riscos de modificação unilateral e sobreoneração direta e indireta tendo em vista as potestades públicas, ensejando fato da administração e fato do príncipe.²²⁷

A partir de casos específicos podem ser vislumbrados os investimentos brasileiros direcionados às ferrovias por intermédio das PPPs, onde concessionária e poder público dividem os riscos, através das linhas de financiamento anunciadas pelo governo federal.²²⁸

No Brasil, é muito comum a solidariedade financeira nas concessões, bem como as linhas de crédito favorecidas pelo BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, viabilizando aportes financeiros, como ocorreu na obra da Arena Pernambuco.²²⁹

Na Europa, a assunção dos riscos pelo governo, foi alarmanteno instituto do pedágio sombra ou pedágio fictício, ou contratos BOT – *Build Operate and Transfer*- construir, operar e transferir-, com o objetivo de construir, manter e ampliar as vias públicas, por meio do qual o concessionário obtinha sua remuneração diretamente do poder público, em razão do volume de tráfego de veículos, o que representou uma oportunidade de financiamento de obras e serviços que não possuíam rentabilidade para sua concessão de modo tradicional.²³⁰

O direito alemão criou o *betreibermodelle*- modelo de operador, por meio do qual o concessionário é remunerado depois da realização da obra e dos investimentos, direto pelo poder concedente, geralmente no prazo de 30 anos.²³¹

²²⁷ PEREZ, op. Cit. p. 110

²²⁸ Ibidem, p. 122

²²⁹ PEREZ, op. Cit. p. 78

²³⁰ Ibidem, p. 81

²³¹ Idem

No direito espanhol também houve o recurso ao pedágio sombra, transferindo o encargo de pagamento do concessionário do usuário final para o concedente.²³²

No Brasil, os serviços de limpeza pública, tratamento de esgoto, o concedente assume obrigações de pagamento da concessionária, embora realize a cobrança de taxa ou tarifa dos usuários para a cobertura de parte das despesas orçamentárias.²³³

Com a criação da Lei 11.079/04, a lei federal das Parcerias Público-Privadas, em 30 de dezembro de 2004, instituiu as duas novas modalidades de concessões: a patrocinada e a administrativa, admitindo a realização de pagamentos diretos do concedente para o concessionário.²³⁴

Isto corrobora com o entendimento de que há diversas formas de remuneração nas concessões: a tradicional por tarifas pagas pelos usuários; pela exploração do serviço ou obra; remuneração mista, parte pela exploração da obra ou serviço e parte de auxílios ou subsídios públicos.²³⁵

As PPPs tem como finalidade essencial possibilitar à administração pública a atrair parceiros para implementarem projetos de financiamento que criem condições para a implantação, manutenção, ampliação e modernização de serviços públicos, proporcionando a modernização do estado, cujos riscos são partilhados.²³⁶

Logo, há uma tendência na atenuação dos riscos do concessionário nas PPPs, cuja lei federal de parcerias, estabelece regra explícita de repartição de riscos, nos art. 4º, VI e 5º, III, da referida lei, entre a concessionária e o concedente, abandonando o modelo tradicional de risco na concessão.²³⁷

Admite ainda a sub-rogação da administração pública em relação aos pagamentos dos financiadores, conforme art. 5º, §2º, II, a remuneração direta do parceiro privado pela administração, de acordo com o art. 6º, I, parágrafo único, e o cabimento de amplas garantias ao parceiro privado, de acordo com o art. 8º, incluindo a

²³² Idem

²³³ Idem

²³⁴ PEREZ, op. Cit. p. 83

²³⁵ Idem

²³⁶ Ibidem, p. 97

²³⁷ Ibidem, p. 128

formação do fundo garantidor ou empresa estatal criada para este fim, conforme já mencionado.²³⁸

Quanto ao risco mencionado na lei 8987/95, embora haja determinação de riscos às custas do concessionário, ela não ocorre sempre, não veiculando a transferência de todos os riscos da contratação para o concessionário, mas sim de todos os riscos que o contrato indicar, restando à administração responder em último caso se o concessionário faltar com suas obrigações, e supletivamente em relação à terceiros prejudicados, bem como solidariamente nos casos legais como a responsabilidade ambiental.²³⁹

É válido mencionar que a estabilidade contratual favorece a economicidade das contratações, cujo planejamento e identificação dos riscos, trazem viabilidade econômica e financeira.

Há em contrapartida, diversos riscos inerentes aos contratos, tais como os riscos da demanda, de variação de preço, de evasão pela deterioração do serviço, de alçada elevada de investimentos repercutindo no aumento da tarifa, no entanto, é necessário manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.²⁴⁰

No caso de o concedente não transferir o risco ao concessionário, o contrato pode prever, desde logo, mecanismos para o seu reequilíbrio, tais como prorrogação do prazo de concessão, revisão de tarifa, alteração de metas de universalização ou de qualidade, retardamento do cronograma de execução de obras ou, até mesmo, a possibilidade de extinção do contrato por inviabilidade superveniente da concessão.²⁴¹

5.2 ESPÉCIES DE RISCOS E AS TARIFAS

Os riscos podem ser identificados como: técnicos, financeiros, legislativos, penais, sociais ou concorrenciais. Os técnicos seriam os relacionados à gestão dos

²³⁸ Idem

²³⁹ PEREZ, op. Cit. p. 130-131

²⁴⁰ Ibidem, p. 139

²⁴¹ Idem

serviços submetida à evolução tecnológica, podendo ensejar grandes investimentos em modernização.²⁴²

Os riscos financeiros estão relacionados à variação nos preços, mudança comportamental dos consumidores, riscos climáticos e acidentes relacionados à imprevisão. Os riscos do projeto podem comprometer ou inviabilizar o equilíbrio econômico-financeiro. Enquanto os riscos judiciais abrangem dois outros, o exercício do controle judicial e as deficiências na prestação jurisdicional do Estado.²⁴³

Os riscos sociais se adequam à situação social, como eventuais greves, enquanto os riscos políticos são aqueles inerentes à administração pública. Já os riscos econômicos se referem ao risco comercial, de financiamento ou inerentes aos custos de execução, como a escolha do modelo tarifário, eis que quanto menor for o custo de sua operação maior será seu lucro, e a busca incessante por lucro pode culminar na guerra de tarifas, ou minimização dos custos, que comprometam a sua qualidade.²⁴⁴

O radar PPP elucidou as categorias de riscos da seguinte forma:

As seguintes categorias de riscos são comumente alocadas para as partes em muitos contratos de PPP: • Terreno – Riscos associados à disponibilidade e qualidade do espaço em que o projeto será implementado, a exemplo dos custos e do tempo para aquisição do terreno; • Ambiental – Risco associado ao cumprimento de toda a legislação e procedimentos relacionados ao licenciamento ambiental, com todas as contrapartidas e respectivos custos para obter as permissões necessárias ao empreendimento; • Desenho, Construção e Comissionamento – Risco de que a construção demore mais tempo ou custe mais do que esperado, ou de que o desenho ou a qualidade da obra não cumpram os requisitos do projeto; • Operação – Risco de que a operação não seja bem sucedida, incluindo o risco de interrupção no serviço ou disponibilidade do bem e o risco de que o custo de operação e manutenção da infraestrutura seja diferente do que o esperado; • Demanda - O risco de que o consumo do serviço seja diferente do esperado, ou de que as receitas não sejam atingidas da forma como originalmente foi estimado; • Regulatório ou Político – Risco de decisões regulatórias ou políticas, ou de que haja mudanças no arcabouço regulatório do setor que afetam o projeto; • Legislativo – O risco de que haja alteração no arcabouço legal, sobretudo de ordem tributária; • Default – Risco de que a concessionária se torne incapaz, financeiramente ou tecnicamente, de implementar o projeto; • Econômico e Financeiro – Mudanças nas taxas de juros, câmbio ou in\$ ação que possam afetar os resultados do projeto; • Caso Fortuito e Força Maior – Risco de que eventos de natureza externa, fora do controle das partes, influenciem nos rumos da PPP; • Tecnológico – Risco de obsolescência tecnológica vinculado

²⁴² Ibidem, p. 150

²⁴³ Ibidem, p. 146-166

²⁴⁴ Idem

aos equipamentos contratados para realização de determinado tipo de serviço cuja operação foi concedida em regime de PPP.²⁴⁵

Salienta que alguns riscos poderiam ser esperados do ponto de vista da normalidade dos contratos, no entanto há riscos que não há como mensurar, tais como o risco político, na mudança de governo, através de novas eleições. Muitas vezes, não se tem interesse em dar continuidade a projetos bem sucedidos no governo anterior, em função de questões egoísticas, de disputa e divergência política, desconsiderando o interesse público na prestação dos serviços, o que pode ser vislumbrado no trecho a respeito da limitação na alocação dos riscos:

Há limitações sobre como os riscos devem ser alocados em um projeto de PPP, que incluem: • NÍVEL DE DETALHE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS: Na maioria das vezes, até pela impossibilidade técnica de se mapear todos os riscos possíveis, eles são tratados em grupos, eventualmente destacando algum risco específico que receberia um tratamento diferenciado (por exemplo, o risco construtivo seria alocado nas responsabilidades do parceiro privado, mas fatores chave relacionados a aspectos geotécnicos do terreno estariam excluídos do rol de responsabilidades assumidas por ele); • RISCOS QUE NÃO PODEM SER TRANSFERIDOS: Determinados tipos de riscos não podem ser transferidos. Por exemplo, o parceiro privado terá que conviver com as mudanças de ciclos políticos provocadas pelas eleições, o que pode alterar o perfil da regulação do contrato ; • EXTENSÃO DO RISCO TRANSFERIDO AO PARCEIRO PRIVADO: Os acionistas da concessionária estão expostos até o limite de suas respectivas participações no capital social da Sociedade de Propósito Específico.²⁴⁶

Os riscos de receitas, referentes às incertezas das receitas obtidas por meio da exploração de serviços públicos, dependerão do valor das tarifas, bem como do nível de utilização do serviço público pelos utentes.²⁴⁷

No risco da parceria, o parceiro é desconhecido; e no risco de construção, inerente a todas as etapas do processo, como o projeto, o tecnológico, as condições ambientais e climáticas, os atrasos, entre outros, que fundamentam as condições de financiamento, pode-se reduzi-lo se realizado um estudo prévio de engenharia a cargo do parceiro privado.²⁴⁸

(...)as Parcerias Público-Privadas supõem riscos objetivamente compartilháveis. Mantém-se, intacta, a responsabilidade objetiva do parceiro

²⁴⁵ Disponível em: <https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/201408-guia-pratico-para-estruturacao-de-programas-e-projetos-de-ppp.pdf>. P. 67. Acesso em 20/12/2018

²⁴⁶ Ibidem, p. 69

²⁴⁷ CALDAS, op. Cit. p. 217

²⁴⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista, **Curso de Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, v.1, p. 692

privado, se prestador de serviços públicos, bem como a responsabilidade subsidiária do parceiro público, não solidária, mostrando-se injustificável pactuar em contrário. Tudo leva a crer, pois, que o reiterado apelo legislativo à objetividade na repartição dos riscos pretende somente contribuir à recomposição célere do equilíbrio econômico-financeiro(...)²⁴⁹

Quanto aos riscos cambiais, normativos/contratuais, políticos e de sustentabilidade. O primeiro se verifica quando há significativa parcela de financiamento advinda do exterior, sujeita a variações cambiais, não raras vezes indesejáveis.²⁵⁰

Com relação aos riscos normativos/contratuais, estes advêm da inadimplência contratual por parte do parceiro público, muito comum no Brasil, em razão das constantes alterações normativas que regulam a avença de PPP.²⁵¹

O risco político provém da instabilidade das instituições políticas, a ensejar eventualidades como expropriação, guerra, conflitos civis, entre outros, cuja avaliação ocorre por meio dos *ratings* internacionais.²⁵²

O risco de planejamento são transferidos ao setor privado de modo inevitável através de projetos-piloto, enquanto o risco do projeto e construção é transferido ao privado por mecanismos de pagamento, ao assumir ultrapassar custos e prazos.²⁵³

O risco operacional também é voltado ao particular em contratos de modelos DBFO – *design-build-finance-operate*, e DBO – *design-build-operate*,²⁵⁴ em ambos está presente a figura da operação do contrato, e tais modelos são melhor analisados em outro momento.

O risco de demanda fica a cargo do particular, no tipo contratual DBFO:

²⁴⁹ Idem

²⁵⁰ Idem

²⁵¹ Idem

²⁵² Há dois tipos de rating, o nacional e o internacional, e representa uma medida absoluta da capacidade de pagamento das dívidas, sendo o internacional comparado entre países. Rating: seu conceito, forma de cálculo e importância para o mercado - InfoMoney Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/imoveis/noticia/326997/rating-seu-conceito-forma-aacute-lculo-import-acirc-ncia-para>. Acesso em 10/01/17.

²⁵³ CALDAS, op. Cit. , p. 219

²⁵⁴ Idem

Um dos riscos chave em um projeto de PPP, que é objeto de rigorosa análise dos financiadores, é o risco de demanda. Ao contrário dos contratos de concessão comum, em que o risco da demanda é claramente do concessionário, nos contratos de PPP ele é normalmente compartilhado. Isso significa que, para tornar o empreendimento viável, o ente público mitiga o risco de demanda, seja por meio de uma complementação de receita fixa, seja por meio de remuneração variável. Em qualquer caso, o mecanismo de pagamento é condicionado à disponibilização do serviço e pode variar segundo padrões de desempenho.²⁵⁵

O risco de valor residual²⁵⁶ também repercute na seara do particular, tendo como base os acordos em que é preciso assegurar a adequação ao objeto em sua vigência, como nos modelos DBFO e de concessão pública, com a introdução da indexação.²⁵⁷ (vide modelo DBFO)

O risco legal é compartilhado ou de responsabilidade do poder público, eis que a administração pública tem muito mais condições de controlá-lo, através da normatização e regulamentação dos serviços públicos.²⁵⁸

Todos estes riscos vão resultar na delimitação da remuneração do concessionário, cujas hipóteses são: remuneração somente por tarifa cobrada do usuário; do usuário e por receitas alternativas; apenas receitas alternativas; por tarifa subsidiada, por meio de tarifa ou preço pago pelo poder público.²⁵⁹

Há uma diferença entre tarifa social e tarifa módica, eis que aquela pode ser deficitária, já que baseada em políticas públicas de inclusão, e esta última tem que cobrir os custos mínimos na prestação do serviço.²⁶⁰

Em caso de ser escolhida a remuneração somente por tarifa cobrada do usuário, é interessante fazer o cálculo da viabilidade econômica para evitar licitação

²⁵⁵ BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro*. **Revista do serviço público**, Brasília, n 56, p. 13, jan/mar, 2005

²⁵⁶ O valor residual é um termo usado para definir o valor de um ativo que sofre depreciação, ao final de sua vida útil. Por exemplo, assumindo que a vida útil de uma máquina seja de 10 anos, então seu valor residual é o valor esperado desta máquina ao ser vendida depois de passados 10 anos. Valor Residual = Valor inicial – (Depreciação × tempo de utilização). Disponível em: <https://www.economias.pt/valor-residual-o-que-e-como-calcular/>. Acesso em 01/01/2009

²⁵⁷ CALDAS, op. Cit., p. 219

²⁵⁸ Idem

²⁵⁹ Ibidem, p. 174

²⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas públicas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n.14, 2006, p. 81

deserta ou até aventureiros na execução contratual, exigindo constantes revisões tarifárias e reequilíbrio econômico financeiro.²⁶¹

De todo modo, é imprescindível que haja no contrato o máximo de detalhamento possível para tornarem cristalinas as obrigações dos pactuantes, eliminando os desequilíbrios contratuais, e possibilitando uma atuação com estabilidade e segurança.²⁶²

As tarifas servem como uma contraprestação pelos serviços e obras efetivados para atendimento das necessidades coletivas, quando executados os contratos administrativos, devendo sempre atender a regra da acessibilidade, com preços módicos.

Todavia, o regime tarifário pode variar com base em todas estas circunstâncias acima comentadas, além do que o controle dos contratos mesmo que sejam executados pelas empresas ou pelo próprio poder público, seguirá o regime jurídico administrativo.

As tarifas podem ser criadas ou alteradas por atos administrativos, sempre baseados numa lei, podendo ser cobrada mediante o usuário em potencial, ainda que não seja efetivamente utilizado ou fruído.²⁶³

A Corte Suprema na década de 60, decidiu sobre a denominação da cobrança do valor referente aos serviços de água e esgoto no Recife, prevalecendo a cobrança de tarifa, mediante a Súmula 545/69, que assim afirma: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.²⁶⁴

No entanto, em decisão posterior, foi declarado por maioria, que a cobrança de tarifa seria inconstitucional, devendo ser denominada como taxa, sendo obrigatória a remoção do lixo e prestação do serviço específico e divisível, caracterizando taxa, e não tarifa ou preço público.

²⁶¹ Idem

²⁶² Ibidem, p. 177

²⁶³ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. Editora Malheiros: 2003, São Paulo, p. 34

²⁶⁴ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 05/01/18

A denominação de taxa pode ser encontrada no art. 77 do CTN – Código Tributário Nacional, a seguir colacionado:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. (Vide Ato Complementar nº 34, de 1967)

Na ementa do referido acórdão pode-se extrair o seguinte posicionamento:

Taxa- preço público – serviço de lixo.”

“Sendo obrigatórias a remoção de lixo e a prestação do serviço específico e divisível, a tarifa de limpeza urbana é, em verdade, uma taxa, não sendo lícito qualificá-la como preço público.”

“Inconstitucionalidade de criação do tributo mediante decreto, por violação do princípio da reserva legal.²⁶⁵

Portanto, o preço público provém da relação contratual, ensejando a reinvidicação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sujeito a alterações apenas mediante acordo entre as partes integrantes do contrato administrativo.²⁶⁶

Bandeira de Mello defende a possibilidade de alteração unilateral das tarifas nos contratos administrativos, conforme trecho a seguir exarado:²⁶⁷

O concedente tem (...) b) Poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernente às condições de funcionamento do serviço. Por isso pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas ou taxas a serem cobradas. O concessionário não se pode opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumprí-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se resultar da adoção das novas medidas estabelecidas pelo concedente.

²⁶⁵ Idem

²⁶⁶ CÂMARA, op. Cit. p. 47

²⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**, 2 ed, 3 tir, p. 39-40

Para Oswald Aranha Bandeira de Mello, o contrato de concessão possui natureza híbrida, constatando parte proveniente do aspecto contratual e parte proveniente do poder regulamentar.²⁶⁸

Mas, as tarifas têm natureza contratual, eis que se extrai do contrato o equilíbrio econômico financeiro, e só podem ser alteradas se estas se tornarem incólumes à igualdade matemática.²⁶⁹

Houve uma discussão em torno de o pagamento da remuneração ser feito exclusivamente pelo poder concedente, que gerou a edição da lei das PPPs, a qual criou uma modalidade de concessão em que a remuneração da concessionária é assumida integralmente pela administração, configurando a concessão administrativa.²⁷⁰

A modicidade das tarifas, isto é, de tarifas acessíveis ao público, e a prestação de um serviço adequado, que satisfaça a coletividade nos contratos administrativos, encontra respaldo no dispositivo constante no art. 6º, §1º e art. 7º, I respectivamente da lei de concessões.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Em razão do princípio da isonomia, não se admite tratamento diferenciado entre os usuários do serviço público, mas unicamente em relação às características técnicas e seus custos, nos moldes do art. 13 da lei 8987/95, conforme trecho colacionado a seguir:

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

²⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswald Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 3 ed, vol I, p. 668-689

²⁶⁹ CÂMARA, op. Cit. p. 48

²⁷⁰ Ibidem, p. 55

Não obstante, de modo a conceder maior ênfase a esta política de igualdade, é garantida a gratuidade ou a atribuição de um regime diferenciado a pessoas acima de determinada idade, a desempregados²⁷¹, a estudantes, configurando aos hipossuficientes uma acessibilidade ainda maior, associados a outros princípios como a proteção ao idoso, a busca do pleno emprego e o incentivo a educação. Este é o pensamento de Bandeira de Mello:²⁷²

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada

Embora haja políticas públicas para inserir grupamentos de pessoas beneficiadas com os serviços públicos, como informado supra, em atendimento associado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar do equilíbrio econômico financeiro nos contratos administrativos.

Isto deve ser salientado, tendo em vista que nem sempre o reajustamento da tarifa compensatória, por meio de sua elevação, tende ao equilíbrio econômico financeiro, podendo ensejar a fuga do consumidor, gerando a queda na demanda e por consequência na receita geral da empresa concessionária.²⁷³

Neste sentido, a política tarifária está relacionada à intervenção do estado, podendo ser caracterizada como um mecanismo publicista, ou através da liberdade tarifária concedida ao contratado, limitando-se a exercer a função fiscalizadora sobre estes.²⁷⁴

Restando ao poder judiciário efetivar controle sobre a política tarifária, observando se houve atendimento aos regulamentos e aos contratos de concessão, ou se existe um fundamento legal para a instituição de políticas públicas através do regime tarifário.²⁷⁵

²⁷¹ Este modelo é aplicado no Município de São Paulo

²⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3 ed, 16 tir. São Paulo: Malheiros, p. 39

²⁷³ CÂMARA, op. Cit. p. 173

²⁷⁴ CÂMARA, op. Cit. p. 90

²⁷⁵ Idem, p. 95-96

5.3 ALTERAÇÃO DO VALOR TARIFÁRIO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Há dois mecanismos de alteração do valor das tarifas, um serve para preservar o valor real da tarifa em função da variação monetária, através de previsões de índices de reajustamento, o outro destina-se a recompor o equilíbrio econômico financeiro em casos excepcionais, conforme art. 9º, §2º, art. 18 VIII, e art. 23 IV da lei de concessões.

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.

O reajuste diz respeito à atualização monetária da tarifa, e a revisão se refere à adequação do referido equilíbrio no contrato, conforme afirma Bandeira de Mello no trecho a seguir:

“Como se vê, ora a lei fala em revisão de tarifas, ora em ‘reajuste’ e ‘revisão’. Terá se servido destas expressões inconsequentemente, tomando-as como sinônimas, usando uma como reforço da outra, ou haverá, a sabendas, se servido ora de uma, ora de ambas, pretendendo irrogar a cada qual um significado preciso? Estamos em que o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela. Já, a revisão das tarifas é uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomando em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos.”²⁷⁶

Estes comandos se aplicam a todas as modalidades de contrato administrativo, seja no modelo de concessão comum ou de concessão por parceria

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. , p. 724

público-privada, eis que o equilíbrio econômico financeiro dos contratos deve ser respeitado sempre.

No entanto, a grande crítica reservada aos contratos administrativos brasileiros diz respeito às constantes repactuações, alegando o referido equilíbrio, quando na verdade, há fatores corruptivos que repercutem muitas vezes num aumento alarmante dos valores contratuais, encarecendo a atividade em demasia para o poder público, e por consequência para a sociedade que financia indiretamente as obras e serviços públicos, fato ocorrido no contrato de PPP para a obra da Arena Pernambuco.

Para Carvalho Filho:²⁷⁷

“Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste”.

O radar PPP define os procedimentos para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de PPP:

OS PROCEDIMENTOS PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO: Quando o contrato de PPP, ou a lei, aloca riscos a uma das partes mas outra parte arca com as consequências financeiras de sua ocorrência, é preciso realizar um procedimento de reequilíbrio financeiro do contrato de modo que o “dono” contratual do risco receba os custos ou benefícios que lhe cabem. De uma forma geral, quando um risco se materializa, ele tipicamente traz consequências para o fluxo de caixa privado. Caso este risco tenha sido alocado contratualmente ao governo, é preciso que o governo pague a conta ou receba os benefícios. Pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro têm se mostrado muito frequentes no contexto brasileiro. Os contratos precisam tratar com grande nível de detalhe os procedimentos que serão adotados nestas renegociações contratuais pois podem envolver vultuosas somas de recursos. Especificamente, há pelo menos 2 parâmetros que precisam de ser estabelecidos no contrato para evitar conflitos futuros. O primeiro é a fonte de informações sobre ao cálculo dos valores envolvidos com a realização de um risco. Tipicamente, as fontes de informação podem ser as bases de dados públicas como o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil, ou a comprovação de despesas realizada pela SPE por meio de documento fiscal ou equivalente. Outra informação importante cuja origem precisa ser prescrita no contrato é o conjunto de premissas contábeis e suas consequências fiscais que serão consideradas no momento da compensação. O segundo parâmetro que precisa ser determinado no contrato é forma de cálculo do custo de capital a ser considerado. Isto é importante pois, com frequência, o período de realização das despesas, em função da ocorrência do risco, é diferente do período da compensação. Portanto é preciso remunerar o capital privado com alguma taxa, a ser determinada no

²⁷⁷ CARVALHO FILHO, op. Cit. p. 199

contrato. **Geralmente o contrato precisa fazer uma escolha entre duas metodologias de determinação da taxa: a primeira é a utilização da Taxa de Retorno que o licitante vencedor espera obter com o projeto, tal como indicada por ela na proposta comercial entregue na licitação; a segunda é o estabelecimento de uma taxa fixa no contrato ou determinada a partir de uma fórmula paramétrica que incorpora alguma variável macroeconômica (como SELIC ou TJLP).**²⁷⁸ (GRIFO NOSSO)

Há a necessidade de escolha de parâmetros, para a execução do reequilíbrio econômico –financeiro nos contratos administrativos em geral, e principalmente nos contratos de PPP, que de acordo com o autor poderá ser a Taxa Interna de Retorno, ou uma taxa fixa a partir de alguma fórmula determinada pela economia.

Maurício Portugal defende o uso da TIR (Taxa Interna de Retorno), através da qual o valor das entradas de caixa deve ser igual ao investimento inicial, no entanto salienta que ela pode comprometer os incentivos para que o concessionário gerencie os riscos a ele atribuídos, tendo em vista a rentabilidade fixa no projeto.²⁷⁹

O equilíbrio econômico-financeiro deve ser protegido na relação contratual, inclusive por estar relacionado aos princípios constitucionais, da isonomia, devendo ser acordado no momento da contratação, de forma a beneficiar ambas as partes do contrato administrativo.

E se por algum motivo superveniente for gerado o desequilíbrio contratual, a parte tem o direito de modificar o que fora acordado inicialmente, restaurando o equilíbrio perdido, tendo em vista o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, dando ensejo à revisão ou recomposição do contrato.

A revisão ou recomposição ocorrerá em função de caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou qualquer fator estranho à vontade das partes, sob pena de causar injustiça à licitação, e se dará mediante termos aditivos nos contratos, nos moldes do art. 65, II, d e art. 65 §5º da lei 8666/93, englobando os contratos administrativos como um todo.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de

²⁷⁸ Op. Cit, p. 90

²⁷⁹ RIBEIRO, op. Cit. p.118

sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Celso Antônio critica a legislação de parcerias, em relação a repartição de riscos, por não considerar os riscos normais de um empreendimento que deveriam ser suportados pela concessionária, e também porque a lei não entende que uma avaliação técnica de custos realizada sem precisão, não poderia ensejar partilha de riscos com o poder público, eis que não foi a administração quem deu causa aos dados incorretos e sim a empresa concessionária, que possui expertise.

Já os provenientes das situações caracterizáveis como imprevisão podem ser divididas entre os parceiros, se é esta a determinação legal. O mesmo, entretanto, nem sempre valeria, a nosso ver, no caso das “sujeições imprevistas” (Cap. X, 52, “d” e o presente capítulo nº 63). Se o parceiro privado atuou sobre informações técnicas que hajam sido oferecidas e afiançadas como bastantes pelo Poder Público, o surgimento de situação imprevista resultará de responsabilidade de quem as forneceu. Não havendo tal circunstância, aí sim caberá repartição dos prejuízos.

Cumpra ter cuidado com o que pode ser caracterizado como fortuito. Nesta tipologia não se poderia incluir o insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço ou seu superveniente declínio, sob a arguição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar tal resultado. Os prejuízos que disto decorram terão de ser inteiramente suportados pelo parceiro privado, sem divisão alguma com o parceiro público, pois fazem parte da álea normal do empreendimento.²⁸⁰

O reajuste, diferentemente, ocorre em função da variação inflacionária, eis que com o tempo o poder aquisitivo da moeda tende a ser reduzido, com substrato no art. 40, XI, e art. 55, III da lei 8666/93, aplicado aos contratos administrativos de modo geral, atingindo assim também as PPPs.

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida desde a data prevista para apresentação da

²⁸⁰

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

proposta, ou do orçamento a que **adoção de índices específicos ou setoriais**, essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São **cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:.....

III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do **reajustamento de preços**, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”;

No entanto, quando estes aditivos contratuais passam a ser uma constante, sem que consubstancie razões plausíveis para tal modificação, passa-se a ter uma visão distorcida do instituto do equilíbrio econômico-financeiro.

O cerne do trabalho gira em torno destas variações no contrato de Parceria Público-Privada, em relação às obras da Arena Pernambuco, corroborando com a ausência de moralidade e de eficiência, cujo tema será detalhado em capítulo específico.

De acordo com artigo 5º do Decreto nº 2.271/1997, a repactuação de preços possui aplicação limitada a contratos de prestação de serviços contínuos, e deve ocorrer sempre por apostilamento.

De acordo com o art. 3º da Lei 10.192/01, somente após um ano são permitidos os reajustes nos valores fixados contratualmente, em que o poder público faça parte.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Embora o art. 29 V da lei de concessões determine a homologação de reajustes, quanto às parcerias público-privadas, este dispositivo não se aplica, eis que o art. 5º §1º da lei de PPPs rompeu ao prever os reajustes de forma automática.

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

§ 1o As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

Neste caso, é possível que o poder concedente deixe de homologar o reajuste tarifário, concedendo uma medida de compensação à concessionária, por meio de outras receitas, como o pagamento com recursos provenientes do orçamento.²⁸¹

Tendo em vista a assunção do risco do empreendimento, apenas as oscilações significativas que provoquem fatores imprevistos devem ser considerados suficientes para ensejar a alteração tarifária, através da revisão, a chamada álea extraordinária.²⁸²

Quanto à álea ordinária, esta corresponde ao risco que o particular aceitou ao firmar o contrato administrativo de concessão, devendo em concessões comuns suportar sozinho, e no caso de parcerias, partilhá-los juntamente com o poder público, o que não parece ter ocorrido no contrato da Arena, eis que o parceiro privado não absorveu nenhum risco absolutamente.

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojá-lo em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de sei peculiar, conferido pelas proteções anteriores mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.²⁸³

Na França, a depender da causa do desequilíbrio econômico financeiro do contrato, pode ocorrer o ressarcimento integral do concessionário, a exemplo dos casos em que surgem, através da alteração unilateral do contrato pelo poder público, os atos

²⁸¹ Ibidem, p. 183

²⁸² Idem

²⁸³ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. , p. 730

governamentais como o fato do príncipe, o que pode ser compensado com outra medida que o desonere.²⁸⁴

De acordo com Dinorá Mussetti Grotti, o tratamento da matéria deve ser fixado no próprio contrato administrativo, de modo a tornar os pactuantes livres na estipulação, quando afirma:

Ainda no que tange à remuneração, questiona-se quem deve beneficiar-se das vantagens decorrentes da eficiência empresarial na prestação dos serviços e do desenvolvimento tecnológico.

A Lei 8987/1995 não enfrentou essa indagação. Parece haver liberdade para as partes, concessionária e poder concedente, adotarem a solução que reputarem mais adequada, mediante contrato, por tratar-se de cláusula econômica da concessão.²⁸⁵

A imprevisibilidade é marcada por eventos inesperados, fora do controle dos pactuantes, muitas vezes em função de fenômenos da natureza, a corroborar com a revisão das tarifas, a exemplo da redução significativa do índice pluviométrico, que acarrete medidas governamentais que gerem aumento das tarifas cobradas pela prestação dos serviços de água e esgoto.²⁸⁶

A grande questão está na capacidade de absorção do equilíbrio econômico-financeiro pelo Estado, através de suas garantias, repercutindo na distribuição dos riscos, e na adequação aos princípios da justiça social e equilíbrio dos contratos, no entanto caberá ao controle de contas e ao Judiciário averiguar as implicações em torno de sua legalidade.

Não pode o Judiciário fixar políticas públicas, mas analisar unicamente aspectos exclusivamente jurídicos sobre os atos administrativos, e sempre que invocado deve examinar o exercício da competência fixado em lei, eis que a competência jurisdicional está restrita ao controle de legalidade, como desconstruir ações administrativas violadoras da lei.

²⁸⁴ CÂMARA, op. Cit, p. 195

²⁸⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248

²⁸⁶ CÂMARA, op. Cit, 201

O Tribunal de Contas também tem a incumbência de efetivar controle sobre os atos e contratos administrativos, mas com o auxílio do Poder Legislativo, na fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme o art. 71 caput da CF/88.

Ambos os controles serão apresentados nos processos extraídos do TJPE e do TCE/PE, os quais podem ser averiguados em seguida, mediante análise dos contratos referentes às obras do estádio.

6 GARANTIAS EM PPP e SUA VINCULAÇÃO AO ORÇAMENTO

As atividades do estado dividem-se em prestação de serviços públicos e em realização de atividade econômica, própria dos particulares e por exceção desempenhada pelo Estado, nos casos de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme art. 173 da CF/88.

Abstrai-se que a intervenção do estado na ordem econômica pode se dar através da fiscalização e planejamento, da atuação empresarial e por meio de incentivos, pois pode-se observar o estado empresarial de forma excepcional, não obstante os deficitários recursos financeiros e tecnológicos levem ao encontro inevitável com a iniciativa privada.

É certo que a sociedade organizada pode e deve agir de forma associada, para o atingimento do interesse público, por meio da soma dos esforços entre o setor público e privado, corroborando com novas espécies contratuais no âmbito público.

O estado de direito que se transmudou à medida que amadureceu, no estado social e democrático, com baixa produtividade, alto custo, frente à crise dos direitos sociais, fez surgir este novo estado marcado pelas gradativas concessões e privatizações.

Neste íterim, fez-se mister mudança no aparato jurídico de ordem político-institucional, exigindo melhoria nas técnicas de negociação entre o setor público e privado, mais ágeis, com maior transparência, eficiência e equidade.

Em 1990, houve o fomento a uma intensa produção legislativa, com a criação de uma base legal, que foi estruturando o sistema de parceria entre o setor público e privado, refletindo uma enorme melhoria estrutural no planejamento social.²⁸⁷

As funções de planejamento e seus gastos se submetem à avaliação institucional, nos moldes do art. 165, I a III da CF/88, com os seguintes planos: plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Além disso, há as funções de planejamento de políticas públicas, no setor de desenvolvimento e expansão urbana, consubstanciado no art. 182, §1º da CF/88.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

²⁸⁷ CALDAS, Op. Cit., p. 78

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Neste sentido, existem as imposições constitucionais ao Executivo para apresentar ao Legislativo a proposta orçamentária, a ser seguida nos orçamentos anuais para a distribuição do gasto público.²⁸⁸

No que tange ao plano plurianual, tem como objetivo reduzir as desigualdades sociais e regionais, voltado para o atendimento regionalizado das diretrizes e metas do poder público, relacionadas à despesas de capital e programas de duração continuada.²⁸⁹

O orçamento anual, deve ser baseado segundo a lei, conforme a técnica do orçamento-programa, de acordo com o art. 7º c, do decreto-lei 200/67, apontando as políticas públicas que devem ser implantadas, através de projetos e atividades, englobando conforme o art. 165 §5º, I a III da CF/88, três orçamentos:

1. orçamento fiscal, referentes aos Poderes da União Federal, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. 2.o orçamento de investimento das empresas em que a União Federal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito de voto. 3.o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²⁹⁰

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, de caráter obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes, organiza as políticas urbanas locais, referente ao desenvolvimento e expansão.²⁹¹

²⁸⁸ Idem

²⁸⁹ Idem

²⁹⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 714

²⁹¹ CALDAS, op. Cit. p. 79

Com relação às modalidades de controle institucional das políticas públicas, evidenciam-se as licitações e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, constantes nos arts. 22 XXVII, 71 caput e §1º e 72 da CF/88.²⁹²

Além da Constituição Federal, novos institutos e regramento surgiram como o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC 101/00; a Lei de Crimes Fiscais, Lei 10.028/00; a Lei de Consórcios Públicos, Lei 11.107/05 e a Lei de Parcerias Público-Privadas, Lei 11.079/04.²⁹³

Outra forma de controle, se deu com o surgimento do Orçamento Participativo, por meio do qual os cidadãos podem influenciar ou decidir sobre o orçamento público, representando uma parceria para o controle e aplicação das verbas públicas.

É fundamental que sejam criadas pré-condições institucionais e materiais para que as Parcerias Público-Privadas se verifiquem com sucesso, voltada ao aspecto institucional, com a manutenção da descentralização político-administrativa, ensejando autonomia às localidades para gerir seus recursos no que seja primordial.²⁹⁴

Quanto aos aspectos materiais do aparelho do Estado, as PPPs pressupõem uma capacitação de planejamento, projeção, administração e controle das atividades, para possibilitar a tomada de decisões.²⁹⁵

A atividade financeira do Estado, na ótica fiscal, deve ser uma atividade-meio para criação, obtenção, administração e dispêndio de recursos para capacitar a execução, seja pela administração ou por terceiros, de serviços e obras de infraestrutura, a fim de satisfazer às necessidades coletivas.

Na ótica extrafiscal promove-se a redistribuição de recursos pecuniários com o objetivo de encontrar a equidade, o que Regis Fernandes de Oliveira denomina de função tipicamente intervencionista e redistributiva:

A maioria dos autores, entretanto, ao lado da função meramente fiscal da atividade financeira, estuda os efeitos da intervenção governamental na

²⁹² Idem

²⁹³ Ibidem, p. 83

²⁹⁴ Ibidem, p. 88

²⁹⁵ Idem

sociedade através das finanças públicas. É o que se denomina extrafiscalidade. Esta função extrafiscal da atividade financeira distingue-se da simples fiscalidade porque não se limita a retirar do património dos particulares recursos pecuniários para a satisfação de necessidades públicas: é função tipicamente intervencionista e redistribuidora.²⁹⁶

Tão importante quanto saber as finalidades que deve a administração pública curar é estudar os meios que possui para cumprí-las. Não só instrumentais, mas têm o condão, também, de conformar comportamentos às necessidades públicas. Já não se pode dizer, hoje, que os instrumentos arrecadatários sejam atividade exclusivamente procedimental do Estado, nem que envolvam apenas mecanismos de abastecimento dos cofres públicos.”

Todas estas formas de controle, entre tantas outras, plano plurianual, diretrizes orçamentárias, plano diretor, orçamento anual, planejamento participativo, debates, audiências, consultas públicas, controles por meio de licitações, fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial, institucional, social, se relacionam às PPPs, e por isso segue a sua verificação.²⁹⁷

Para Celso Ribeiro Bastos, a atividade financeira do Estado é “aquela marcada ou pela realização de uma receita ou pela administração do produto arrecadado ou, ainda, pela realização de um dispêndio ou investimento”.²⁹⁸

Para Régis Fernandes de Oliveira, a atividade financeira do Estado consiste na: “arrecadação de receitas, sua gestão e a realização do gasto, a fim de atender às necessidades públicas”. E acrescenta: “a atividade financeira pode ser conceituada como a ação do Estado na obtenção de receitas, em sua gestão e nos gastos para desenvolvimento de suas funções”.²⁹⁹

Sendo assim, as obras e serviços de infraestrutura estão combinados com as exigências legais na utilização de verbas públicas, seguindo um regramento de *accountability*, para controle e responsabilização em seu manuseio, o que torna imprescindível sua análise dentro desta modalidade de concessão especial.

²⁹⁶ DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 1 ed, 2 tir, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39-40, 89

²⁹⁷ CALDAS, op. Cit. , p. 92

²⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**, 9 ed, São Paulo, 2002, p. 5

²⁹⁹ OLIVEIRA, op. Cit. p. 59,78

Para Oliveira, Harada e Souza, a atividade financeira do Estado se dá em três momentos distintos: obtenção de recursos patrimoniais; gestão de recursos e gastos, desde que se cumpram as legislações orçamentárias e atendem às demandas sociais.³⁰⁰

As normas de direito financeiro são editadas pela União e tratam das entradas e receitas originárias, crédito público, despesa pública, orçamento, fiscalização orçamentária e financeira, a recepção de fundos, e as formas de participação dos produtos arrecadados.³⁰¹

As normas de direito tributário se encontram no art. 146, III, a, art. 163 I a VII e 165 §9º da CF/88, e na lei específica, o CTN, Lei 5172/66. E o direito constitucional financeiro trata das receitas e despesas, meios de arrecadação, disciplina orçamentária, fiscalização financeira e orçamentária, controle do gasto público, da dívida e do endividamento dos entes federativos e entidades por eles criadas, e dos pagamentos dos débitos públicos.³⁰²

A Constituição fixa os fins do Poder Público: a prestação do serviço público, o exercício do poder de polícia, a intervenção no domínio econômico, a manutenção da estrutura do Estado e a identificação e preservação da memória e da história.³⁰³

Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

³⁰⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes; HARADA Kyoshi; SOUSA, Rubens Gomes de. **Curso de direito financeiro**, 1ed, 2 tir, São Paulo: RT, 2007, p. 59

³⁰¹ OLIVEIRA, op. Cit. p. 88

³⁰² Ibidem, p. 87-88

³⁰³ Historicamente, a ideia de orçamento se encontra a partir da conquista dos senhores e barões feudais em relação ao Rei João Sem Terra, através do condicionamento da criação de tributos denominados *scutages* à autorização do Parlamento, cujo regimento ocorre por conta do art. 12 da Magna Carta de 1215. Porém, apenas com o *Petition of rights*, em 1628, e com a *Bill of rights*, em 1689 é que o Conselho do Reino, ou Parlamento explicita o destino dos tributos, ao separar as finanças do Reino, ou seja, do Estado, das da Coroa, na Lista Civil, fixando as despesas e receitas. Em 1765, com a Declaração do Estado da Virgínia, nos Estados Unidos, com a independência americana, impôs-se a necessidade de autorização do Parlamento para criação de tributos. Na França, em 1789, através da Declaração de Direitos, há efetivação do orçamento anos depois, em 1798. E no Brasil, com a Inconfidência Mineira, em 1789, a insatisfação na capitania de Minas Gerais, com a tributação e domínio português, houve a execução da derrama, e em seguida em 1817, tem-se a Revolução Pernambucana, e então a primeira lei orgânica do Brasil, em 1824, a lei orçamentária. A Constituição de 1891 tratava do orçamento sem mencionar a dita expressão, no art. 34, I, atribuindo ao Congresso Nacional orçar a receita e fixar a despesa em cada exercício financeiro. Na Constituição de 1934, consagrou-se o Princípio da unidade formal do orçamento, e em 1937, a competência foi atribuída ao DASP (Departamento de Administração do Serviço Público, antigo órgão de elaboração e fiscalização do orçamento. Enquanto nas Constituições de 1946 e 1967, há disciplinamento exaustivo da matéria, culminando com a autorização baseada nas necessidades políticas. CALDAS, op. Cit. p. 98-101

Se bem que o poder legislativo se caracterize em função da elaboração das leis (formalmente atos adotados segundo um processo especial – o processo legislativo fixado na Constituição), seu papel nunca se resumiu, nem se resume, nessa tarefa. Tradicionalmente, o legislativo é poder financeiro. De fato, às câmaras, ditas legislativas, por tradição que data do medievo, compete autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, tomar contas dos que usam do patrimônio geral. (...) O poder financeiro das Câmaras todavia, aparece em toda sua clareza quando se leva em consideração que, no estado representativo, toda a receita e toda a despesa devem ser previstas no orçamento que formalmente é uma lei e, portanto, um ato do parlamento. No orçamento, pois, se consubstancia o plano de governo para um período futuro e determinado, já que nele a receita prevista é distribuída em verbas para fins determinados. Assim, através dele, o governo tem sua atividade predeterminada, visto que não pode dispor de numerário para cada tarefa senão na medida em que o orçamento a beneficia. Com isso, negativamente ao menos, as câmaras parlamentares intervêm na orientação política do governo.³⁰⁴

6.1 O ORÇAMENTO E SUAS ESPÉCIES

As políticas públicas são ações desencadeadas pelo Estado para atender às necessidades da sociedade, podendo ser prestadas unicamente pelo governo ou por meio de concessões, como as PPPs (Parcerias Público Privadas). Estas para serem implementadas, precisam obviamente de receitas que financiem os projetos, mas há diversos problemas na administração pública no que pertine ao manuseio dos recursos públicos direcionados à efetivação de tais políticas.

Baleeiro, elenca as cinco fases da receita pública: a primeira seria a parasitária, como proveniente da extorsão em guerra; a segunda seria a dominial, proveniente do patrimônio do rei; a terceira seria a regaliana, proveniente do pedágio; a quarta seria a tributária, e por fim a social, proveniente da tributação extrafiscal sócio-política. Ele ainda define receita pública como entrada que integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu valor como elemento novo e positivo.³⁰⁵

Lei 4320/64 - Controle de Orçamentos e balanços dos entes políticos

Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital § 4º - A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema:

RECEITAS CORRENTES

³⁰⁴ FERREIRO FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1967, p. 94-95

³⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150

RECEITA TRIBUTÁRIA

Impostos

Taxas

Contribuições de Melhoria

RECEITA DE CONTRIBUIÇÕES

Contribuições Sociais

Contribuições Econômicas

RECEITA PATRIMONIAL

RECEITA AGROPECUÁRIA

RECEITA INDUSTRIAL

RECEITA DE SERVIÇOS

TRANSFERÊNCIAS CORRENTES

OUTRAS RECEITAS CORRENTES

RECEITAS DE CAPITAL

OPERAÇÕES DE CRÉDITO

ALIENAÇÃO DE BENS

AMORTIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS

TRANSFERÊNCIAS DE CAPITAL

OUTRAS RECEITAS DE CAPITAL

De acordo com a Lei 4320/64, a receita pública se divide em receita corrente e receita de capital. As receitas correntes se subdividem em receitas tributárias (impostos – tributos não vinculados -, taxas - serviços divisíveis e específicos - e contribuições de melhoria - tributos vinculados-, receitas de contribuições (contribuições sociais e contribuições econômicas), receita patrimonial, receita industrial, receita de serviços e outras, conforme o §4º do art. 11 da lei supra mencionada.

Com relação à despesa pública, segundo Baleeiro, denomina-se como o conjunto dos dispêndios do Estado ou de outra pessoa de Direito Público, para o funcionamento dos serviços públicos. Ou ainda, aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para a execução de fim a cargo do governo.³⁰⁶

O art. 17 da Lei 4320/64 classifica despesa pública em despesa corrente e despesa de capital. Dentre as despesas correntes se tem despesas de custeio (que são obrigatórias e de caráter contínuo) e transferências correntes (transferências constitucionais). Despesas de custeios são dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive destinados a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis, de acordo com o art. 12 §1º, são despesas de pessoal,

³⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83

material de consumo, contratação de terceirizados, etc. As transferências correntes, contidas no art. 12 §2º da lei, são despesas que não correspondem contra prestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções, destinadas à atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

Art. 13. Observadas as categorias econômicas do art. 12, a discriminação ou especificação da despesa por elementos, em cada unidade administrativa ou órgão de governo, obedecerá ao seguinte esquema:

DESPESAS CORRENTES

Despesas de Custeio

Pessoa Civil
Pessoal Militar
Material de Consumo
Serviços de Terceiros
Encargos Diversos

Transferências Correntes

Subvenções Sociais
Subvenções Econômicas
Inativos
Pensionistas
Salário Família e Abono Familiar
Juros da Dívida Pública
Contribuições de Previdência Social
Diversas Transferências Correntes.

DESPESAS DE CAPITAL

Investimentos

Obras Públicas
Serviços em Regime de Programação Especial
Equipamentos e Instalações
Material Permanente
Participação em Constituição ou Aumento de Capital de Empresas ou Entidades Industriais ou Agrícolas

Inversões Financeiras

Aquisição de Imóveis
Participação em Constituição ou Aumento de Capital de Empresas ou Entidades Comerciais ou Financeiras
Aquisição de Títulos Representativos de Capital de Empresa em Funcionamento
Constituição de Fundos Rotativos
Concessão de Empréstimos
Diversas Inversões Financeiras

Transferências de Capital

Amortização da Dívida Pública
 Auxílios para Obras Públicas
 Auxílios para Equipamentos e Instalações
 Auxílios para Inversões Financeiras
 Outras Contribuições.

Há nas despesas, afora estas contabilizações, aquelas de montantes provenientes de refinanciamento e refinanciamento da dívida mobiliária interna e externa, e que, portanto, devem ser retiradas do valor correspondente às despesas, pois estas operações de crédito, mediante emissão de novos títulos vencidos geram a rolagem da dívida pública federal.³⁰⁷

Diante do explanado, a receita deve corresponder às entradas integrantes ao patrimônio público, e as despesas, o conjunto dos dispêndios do Estado. A dívida ativa tributária é aquela decorrente dos tributos e respectivos adicionais e multas, e a não tributária é a proveniente de contratos e outras obrigações legais.³⁰⁸

O crédito público pode ser “a confiança de que goza o governo para contrair empréstimo de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras” ou “engloba tanto as operações em que o Estado toma dinheiro como aquelas em que fornece pecúnia”.³⁰⁹

Empréstimo público seriam as operações em que o poder público toma dinheiro emprestado, configurando espécie de crédito público, “resulta da confiança depositada no devedor que se compromete, por força de contrato, a devolver a quantia emprestada”.³¹⁰

Para Maurício Portugal o contrato de prestação de serviços seria caracterizado como despesa corrente³¹¹, porém por também envolver investimento privado, e reversão ao patrimônio público, caracterizaria despesa de capital.³¹²

³⁰⁷ CAMPOS, op. Cit, p. 233

³⁰⁸ BALLEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15 ed, 2 tir, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 126

³⁰⁹ HARADA, op. Cit. p. 131-132

³¹⁰ DO NASCIMENTO, Carlos Valdecir. **Curso de direito financeiro**. 2 tir, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131

³¹¹ Despesa Corrente são as despesas de custeio de manutenção das atividades dos órgãos da administração pública, como por exemplo: despesas com pessoal, juros da dívida, aquisição de bens de consumo, serviços de terceiros, manutenção de equipamentos, despesas com água, energia, telefone etc. Disponível em:

www.portal.convenios.gov.br/ajuda/glossario/despesa-corrente. Acesso em 01/01/2019

³¹² RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos de lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social**, p. 320-330, 2015. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-leis-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>; Acesso em 10 de dez. 2017

A lei 11.079/04 acolheu dois tipos de controle da dívida: o controle de fluxo, “Art. 10 I, a, II e IV”, isto é, sobre geração de receitas, art. 17 §2º da LRF, aplicável a despesa de caráter obrigatório e continuado, cujas novas despesas estão atreladas ao aumento de receitas ou diminuição de outras despesas, e controle de endividamento, ou seja, controle do estoque da dívida, art. 10, I, c da lei 11.079/04 e art. 29 da LRF, através da regulação, com a limitação à dívida pública, atrelados ao valor da RCL.³¹³

Hodiernamente, o orçamento é reputado como um instrumento, uma instituição jurídica em auxílio ao planejamento setorial, de políticas públicas, objetivando o controle político, aventado por Harada: “uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado”.³¹⁴

Para Léon Duguit, o orçamento tem uma compostura de lei em sentido formal e material,³¹⁵ sendo a primeira relacionada às despesas, mero ato administrativo, e em relação às receitas, é lei em sentido material, principalmente quanto à arrecadação de tributos.³¹⁶ No Brasil, concluiu-se que o orçamento é uma lei temporária, isto é, de vigência limitada; especial, com conteúdo peculiar, e ordinária, aprovada por maioria simples, conforme art. 165 e 84 XXIII da CF/88.

O orçamento se subdivide em: moderno, de desempenho, clássico, base zero, cíclico e participativo. Quanto ao moderno consiste numa instituição jurídica voltada ao planejamento, para identificar programas de governo, políticas públicas.³¹⁷

O orçamento de desempenho, por sua vez, também chamado por realizações, é voltado para a responsabilização do agente através de planos estratégicos plurianuais, visando à obtenção de resultados de ordem econômico-social.³¹⁸

³¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. Cit. p. 267

³¹⁴ HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**, 16 ed, São Paulo: Atlas, 2007, p. 87

³¹⁵ Lei em sentido formal é a "forma", o rito, o processo pelo qual a norma passa para ser produzida. ... Nessa concepção, lei em sentido material é toda norma de caráter geral e abstrato que disciplina as relações jurídicas entre os sujeitos de direito. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/150/a-lei-como-fonte-do-direito-administrativo>, acesso em 01/01/2019

³¹⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, 2 ed, Paris: Anciene Librairie Fontemoing et Cie Editeur, E de Boccard, 1921, p 141

³¹⁷ CALDAS, op. Cit. p. 108-109

³¹⁸ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108-109

O orçamento clássico, ou tradicional, é um instrumento político, contábil e financeiro, enquanto o orçamento base zero ou por estratégia, visa à análise, revisão e avaliação de todas as despesas propostas e não somente das solicitadas que ultrapassem o nível de gasto existente.³¹⁹

O orçamento cíclico é aquele buscado não anualmente, mas em um período plurianual, traduzindo um caráter cíclico do orçamento, através dos programas de investimento econômico-social.³²⁰

E o orçamento participativo, é aquele em que há a participação popular na elaboração das propostas orçamentárias do governo, sua ulterior execução de acordo com o art. 4º III, f e art. 44 da Lei 10257/01.³²¹

Além disso, o orçamento possui diversas etapas: planejamento, com a definição de objetivos e metas; programação, vislumbrando as atividades necessárias à consecução dos objetivos; orçamentação, através da estimativa dos custos e dos recursos necessários; e avaliação dos programas.³²²

Em se tratando de PPPs brasileiras, Celso Antônio não visualiza o bom planejamento financeiro nestas prestações de serviços, gerando um aumento de despesa contínua pelo poder público:

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássicos seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir à carência deles* e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais do que isto se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, *pressupõe que existam disponíveis* e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.

³¹⁹CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108-109

³²⁰CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108-109

³²¹CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108-109

³²² VALDECIR, Pascoal. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões**, 5 ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, 115-119

6.2 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

No que tange aos princípios orçamentários, tem-se o Princípio da Legalidade, constante no art. 5º, II, art. 37 caput, e art. 167, I e II da CF/88, e consoante o princípio, surge a indisponibilidade das receitas públicas, de acordo com o art. 167, §3º da CF/88, cuja exceção se refere à abertura de créditos extraordinários em situações imprevisíveis e urgentes, por Medidas Provisórias, em se tratando da União, e Decreto aos demais entes políticos.³²³

A CF/88 dá a ideia de universalidade orçamentária ao reunir os orçamentos fiscal, de investimento das empresas e da seguridade social na LOA – Lei Orçamentária Anual, com o estabelecimento de um limite, mediante um liame com o Plano Plurianual, conforme o art. 165 §5º, I a III e §7º da CF/88.³²⁴

O princípio da anterioridade determina que deve haver previsão na lei tributária anterior ao exercício de sua incidência e na Lei Orçamentária Anual, art. 51 da Lei 4320/64, no entanto Paulo de Barros Carvalho entende ser possível a cobrança e aumento de tributo sem previsão orçamentária.³²⁵

Ainda remanesce o hábito de mencionar-se o princípio da anualidade, no lugar da anterioridade, o que, a bem do rigor, substancia erro vitando. Aquele primeiro (anualidade) não mais existe no direito positivo brasileiro, de tal sorte que uma lei instituidora ou majoradora de tributos pode ser aplicada no ano seguinte, a despeito de não haver específica autorização orçamentária. Para tanto, é suficiente que o diploma legislativo seja publicado no tempo que antecede ao início do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação criada ou aumentada.

No entanto, a doutrina majoritária determina que nenhum tributo pode ser cobrado sem previsão na Lei Orçamentária Anual – LOA, conforme o art. 3º do CTN-Código Tributário Nacional, eis que é atividade administrativa vinculada.³²⁶

A precedência elenca que a circunstância de que a aprovação do orçamento deve ser antes do exercício financeiro a que se refere, está balizada no art. 35 §2º da ADCT da CF/88. Não obstante, no Brasil, há contrariedade a este princípio e ao da

³²³HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99

³²⁴HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.79

³²⁵CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158

³²⁶CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23
p. 114

nualidade, eis que muitas vezes acontece no mesmo exercício financeiro de sua vigência, a exceção dos permitidos, como os créditos adicionais.³²⁷

O princípio da exclusividade remete a impossibilidade de existir dispositivo estranho à lei, exceto a abertura de créditos suplementares de forma limitada e a autorização para contratação e operação de crédito, ainda que por antecipação de receita, art. 7º I,II da Lei 4320/64.³²⁸ A especificação, especialização ou discriminação ordenam que não se consignará dotações globais para atender às despesas, nos moldes do art. 5º da referida lei de Direito Financeiro, exceto as reservas de contingência, despesas imprevistas e programas especiais de trabalho, art. 20 parágrafo único da Lei 4320/64.³²⁹ A não afetação da receita ou não vinculação da receita, é justificável por não haver vinculação de determinadas receitas públicas a certas despesas, a órgãos ou fundos, princípio afeto apenas aos impostos, art. 167, IV e §4º da CF/88.³³⁰ Para Celso Antônio, em razão do princípio supra elencado, haveria inconstitucionalidade na vinculação de receitas a fundos garantidores de PPPs, ao elucidar o seguinte posicionamento:

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 prof. Harada, a proibição de *vinculação de receitas* residente no art. 167, IV, da Constituição, *só pode ser excepcionada nos casos que especifica.*, 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 antecipada”*, para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados e Municípios para com a União.³³¹

³²⁷ Ibidem, p. 116-117

³²⁸ Idem

³²⁹ Idem. Art. 5º A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único. Art. 20. Os investimentos serão discriminados na Lei de Orçamento segundo os projetos de obras e de outras aplicações.

Parágrafo único. Os programas especiais de trabalho que, por sua natureza, não possam cumprir-se subordinadamente às normas gerais de execução da despesa poderão ser custeadas por dotações globais, classificadas entre as Despesas de Capital.

³³⁰ Idem

³³¹ Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

Além destes, há o princípio da proibição do estorno de verbas, na ótica do art. 167, VI e VIII da CF/88, sendo vedada a transposição de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legal.³³²

De acordo com a programação, o orçamento deve apresentar os programas de governo, metas e objetivos, confeccionados segundo o plano plurianual. E de acordo com a portaria MPOG 42/99 “programa” integra PPA e LOA.³³³

Segundo o princípio da transparência ou publicidade, os cidadãos tem o direito de saber os rumos dos recursos públicos, de forma clara e precisa, por meio do exercício do controle social.

Nestes termos, pode-se concluir que em relação à atividade financeira do Estado, estes institutos são fundamentais para o estudo das PPPs, principalmente no que pertine à constitucionalidade de suas garantias frente à vinculação de receitas orçamentárias, despesas de custeio e receita corrente líquida, eis que qualquer PPP requer previsão nas leis orçamentárias – PPA, LDO e LOA.³³⁴

Lúcia Valle Figueiredo menciona os tipos de controle da administração pública: interno pela própria administração, interno com os administrados, externo pelo Legislativo e Tribunal de Contas, e externo pelo Judiciário, os quais serão vislumbrados adiante, em relação às despesas geradas ao governo, em função do contrato ora vergastado.³³⁵

6.3AS PPPS E AS LIMITAÇÕES ÀS FONTES DE RECEITAS

A gênese das discussões em torno das PPPs surgiram em junho de 1988, em Milão, num seminário internacional sobre as formas jurídicas possíveis de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e o Estado, identificando quais os modelos mais eficazes para o envolvimento do empresariado, em relação ao

³³² Idem

³³³ Idem

³³⁴ CALDAS, op. Cit. p. 141

³³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1991, p. 12-13

financiamento e gestão das atividades públicas, mas só em julho de 1999, no Reino Unido, surgiram as primeiras diretrizes sobre PPP.³³⁶

Foi inspirado nas *Public Private Partnerships*, no governo de Tony Blair, em 1996, em evolução às anteriores *Private Finance Initiative*³³⁷, de 1992, e ao contrário da França, onde a titularidade da atividade de serviço público é pelo Estado, com aplicação obrigatória do regime especial, caracterizando *apublicatio*,³³⁸ nos países de common law, não há esta última.³³⁹

No lapso de 10 anos, contando a partir da sua criação, segundo fontes do próprio Governo britânico, houve a assinatura de 554 projetos de PFI, totalizando um valor de U\$54.000.000.000,00 bilhões de dólares, sendo mais de um terço referente ao setor de transportes, com significativo aporte para a área de saúde, defesa, educação, trabalho, previdência, presídios e meio ambiente.³⁴⁰

Estes contratos de PFI são auditados e avaliados pelo *National Audit Office*, uma instituição independente do governo e ligada ao parlamento, como o TCU no Brasil, que fará a relação preço-qualidade (*value for Money*)³⁴¹, o que representou em 2000, uma redução de gastos de 17% na prestação de serviços públicos.³⁴²

³³⁶ *Ibidem*, p. 184

³³⁷ *Project finance* é um tipo de contrato cuja principal fonte de receita é proveniente do fluxo de caixa gerado por sua operação, através do autofinanciamento, devendo ser adotado para projetos de grande vulto, de longo prazo de duração, onde o poder público não tem capacidade financeira, e em parcerias público-privadas, os quais se tornam mais atraentes para a iniciativa privada. Disponível em: <https://ricardotrevisan.com/2016/09/21/o-que-e-project-finance/>. Acesso em 20/12/2018

Para Maurício Portugal, *project finance* são projetos relacionados a receitas futuras, o que gera um grande risco para os financiadores, exigindo os completion guarantee, seguros que reduzam estes riscos. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 139

³³⁸ São as regras de direito público que devem ser aplicadas aos serviços públicos desempenhados por meio da atuação estatal, ou sob delegação específica e sob regime jurídico único. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19

³³⁹ *Ibidem*, p. 190

³⁴⁰ MCKENZIE, Duncan. *Public Private partnerships (associaciones público privadas): experiencia del Reino Unido para los mercados internacionales – City Business Series*, 2 ed, Londres: Internacional Financial Services, London (IFSL), 2003.

³⁴¹ Conceito de Value for Money (VfM). Neste sentido, trata-se de um útil método para avaliar as vantagens econômicas de uma PPP, em cumprimento à Lei nº 11.079/04, art. 10º, I, a. Tais vantagens restarão sinalizadas se, ao final do estudo, o modelo de PPP mostrar-se potencialmente mais apto a: • ter custos reduzidos ao longo da duração do projeto; • ter melhor alocação de riscos; • ter maior velocidade de implantação; • ter melhor qualidade do serviço; e • ter geração de fontes alternativas de receita. Disponível em: <https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/201408-guia-pratico-para-estruturacao-de-programas-e-projetos-de-ppp.pdf>. P. 94-95. Acesso em 20/12/2018

Na França, o ordenamento jurídico pátrio é profundamente influenciado, eis que a noção de serviço público está apenas relacionada a uma intensa regulação estatal de seu desenvolvimento sobre os prestadores privados, sem a necessária assunção pelo poder público, traço arraigado na administração pública do Brasil.³⁴³

No Brasil, a lei de PPPs estabeleceu nesta ordem, os contratos administrativos vocacionados para investimentos de valor igual ou superior ao limite estipulado na referida lei, cuja duração exige um prazo de 5 a 35 anos, com eventual prorrogação, nas modalidades patrocinada e administrativa, vedado como objeto único o fornecimento de mão de obra, equipamentos ou execução de obra pública, art. 2º §1º, §2º, §4º, III da lei em comento.³⁴⁴

Na concessão patrocinada, a remuneração do parceiro vai ser a soma da tarifa cobrada dos usuários com a contraprestação em pecúnia do parceiro público, enquanto na administrativa a remuneração é efetivada diretamente pelo Estado.³⁴⁵

No que pertine ao financiamento, há que se mencionar que os recursos obtidos através dos bancos públicos, não são considerados recursos próprios do parceiro privado, o que parece ser contraditório entre a norma jurídica e a realidade econômico-financeira do Estado.

O regime jurídico próprio está consubstanciado nos arts. 10 a 13 da lei de PPPs, elencando nuances do leilão no art. 12, no que tange aos critérios de julgamento, salientando-se a entrega de propostas escritas ou em envelopes lacrados, ou seguidas de lances em viva voz que serão na ordem inversa de sua respectiva classificação, nos moldes do art. 12, III, a, b, §1º da lei 11.079/04.

Aos licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, serão desclassificados, não participando das etapas subsequentes, art. 12 I, no entanto quando as divergências ocorrerem na ordem dos 20% das propostas, entre os dois primeiros colocados, o desempate será por meio de lances de viva voz, art. 12, §1º, II, não sendo possível aceitar propostas inexequíveis, art. 15, §3º da lei de concessões e art. 11 da lei de PPPs.

³⁴² CALDAS, op. Cit, p. 229

³⁴³ Idem

³⁴⁴ Idem, p. 193-194

³⁴⁵ Ibidem, p. 198

A grande questão é como o Poder Público saberá as reais intenções dos concorrentes numa licitação, e se o valor da proposta é de fato exequível do ponto de vista econômico, ainda que se valha de pesquisa no valor de mercado atualizado, pois há casos como em grandes obras públicas, que além da expertise do negócio ficara cargo do particular, existem diversas variáveis que podem mudar os valores do contrato, por vezes aceitáveis nas hipóteses de áleas ordinárias constantes na lei, mas nem sempre mensurável do ponto de vista técnico.

É possível a inversão das fases de habilitação e julgamento, art. 13 da lei de PPPs, devendo ser aberta a licitação pelo órgão competente, após a autorização do Comitê Gestor de PPPs, nas contratações federais.

A responsabilidade fiscal nas PPPs exige a sua vinculação às leis orçamentárias, PPA – Plano Plurianual, LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA- Lei Orçamentária Anual, conforme dispõe o art. 4º da LC 101/00.

Entretanto, estão condicionadas a algumas exigências, como o estudo do impacto orçamentário-financeiro, tendo em vista a necessária demonstração da origem dos recursos para o seu custeio, art. 17 §1º, art. 16 I, art. 17 §2º, da LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal, a fim de não comprometer as metas fiscais.

De modo geral, os entes políticos não poderão comprometer mais do que um percentual legal da sua RCL – Receita Corrente Líquida³⁴⁶, com a contraprestação concedida aos parceiros privados, no ano anterior ou nos 10 anos seguintes, senão não será possível a obtenção pela União, de garantias em operações de crédito, bem como não poderá receber transferências voluntárias de recursos, art. 28 da lei 11.079/04.³⁴⁷

Segundo o art. 27 e seus parágrafos da Lei 11.079/04, as empresas públicas e sociedades de economia mista, controladas pela União, que efetuam as operações de crédito, as submeterão ao limite máximo de 70% do valor total das fontes de recursos financeiros da SPE- Sociedade de Propósito Específico, sendo que no caso das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cujo IDH – Índice de Desenvolvimento Humano fica

³⁴⁶ “Em suma, tudo que entra em caráter definitivo aos cofres públicos, exceto a parcela repassada a Estados e Municípios e daqueles a estes, além das contribuições previdenciárias está englobando no conceito de corrente líquida...A receita corrente líquida é apurada mediante a soma das receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.” OLIVEIRA, Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 1 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 489-499

³⁴⁷ OLIVEIRA, Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 1 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 209

abaixo da média nacional, esta limitação é de 80%, podendo alcançar os 90%, conforme o art. 27 §1º da lei de parcerias.

O art. 21, da lei em comento, permite a criação de patrimônio de afetação, que não se comunica com o restante do patrimônio da FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas.³⁴⁸

De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, não era viável a previsão do art. 28, interpretado em conjunto com o art. 2º §4º I, e art. 5º, I, com o limite mínimo de valor e o prazo máximo de amortização para um pacto de Parceria Público-Privada, a RCL mínima exigida excluía uma quantidade significativa de Municípios e até alguns Estados, implicando um incontornável malferir ao princípio federativo, o que restou alterado pela Lei 13.529/17.³⁴⁹

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009)

Art. 2o Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 4o É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017) ALTERAÇÃO NA LEI 13529/17.

Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

O art. 28da lei contrasta com seus demais dispositivos. Chega a causar estranhamento que em uma lei voltada a possibilitar PPPs na Administração Pública se tenha inserido um dispositivo que, na verdade, é regra de vedação

348 Ibidem, p. 213. Art. 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

³⁴⁹OLIVEIRA, Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 1 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 215-216

das PPPs na maioria dos entes federados. A regra é, porém rematadamente inconstitucional...³⁵⁰

Nota-se contudo, que o autor menciona o valor correspondente ao disposto no art. 2º, §4º, da lei de parcerias, que foi alterado pelo ex-Presidente Michel Temer, transformando o valor 20 milhões em 10 milhões, conforme o trecho supra colacionado da Lei 13.529/17.

Por fim, propõe-se que a previsão constante nos arts. 22 e 28, seja introduzido na LRF, bem como a limitação, para que o rigor seja mantido sem críticas de incompatibilidades com a Constituição, eis que a limitação de valor para as PPPs criticado pelo autor, já fora alterado.³⁵¹

6.4 FUNDO GARANTIDOR DE PPP

No que tange à mitigação destes riscos em PPPs, pode-se observar o oferecimento de garantias pelo Estado, dentre elas a criação do Fundo Garantidor, em relação à União, art. 8º, II e art. 16 da lei de parcerias.

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;

Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

Verifica-se a crítica a sua constitucionalidade, outrora comentada, com um patrimônio vultoso, de cunho privado e a funcionar conforme os fundos de investimento de mercado, livre de contingenciamento orçamentário público e do sistema de precatórios, consubstanciado no art. 100 da CF/88, cuja composição se dá por ações e

³⁵⁰ SUNDFED, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 303-306

³⁵¹ *Ibidem*, p. 216

bens públicos, com administração conduzida por um banco estatal federal, o Banco do Brasil, S/A, conforme art. 2º do Regulamento do Fundo Garantidor.³⁵²

Art. 2º O FGP será administrado pelo Banco do Brasil S/A, doravante designado, simplesmente, Administrador, instituição financeira devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM como prestador de serviços de Administração de Carteiras, apto a realizar a gestão de recursos de terceiros, sujeito às regras e obrigações impostas pela CVM quanto ao exercício daquela atividade, em particular no que se refere aos arts. 14 a 20 da Instrução CVM nº 306.

Observa-se nitidamente a inconstitucionalidade em relação aos princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade, assim como em relação aos precatórios, sem contar nos princípios orçamentários e o controle dos gastos públicos, ignorando a inteligência dos arts. 5º, 37, 70, 71, 100, 165 §9º II, 167 II, IV, VII, 36 do ADCT, da Carta Maior.

O art. 8º da lei 11.079/04 permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais elencados por lei, no entanto há esvaziamento do art. 70 e 71 da CF/88, quando diz que

(...)qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, estará sujeita à prestação de contas.

Além de violar o art. 167, IV da CF/88.

Art. 167. São vedados:IV- a vinculação de receitas 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 e para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º e, 212, 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.

Neste sentido, Celso Antônio entende por inconstitucional, como pode ser analisado no trecho a seguir colacionado:

A suposição de garantia mediante instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, contemplada no art. 8º, II, é, também ela, grosseiramente inconstitucional e a autorização constante do art. 16, para um fundo federal de 6 bilhões de reais, Garantidor de Parcerias Público Privadas, consegue alcançar o desprimoroso resultado de incidir simultaneamente em diversas inconstitucionalidades.

É que ditos fundos se constituíam com bens públicos. Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de

³⁵² Ibidem, p. 220

qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no art. 100 da Constituição;

Com efeito, se o despautério suposto no artigo 8º, II, da lei 11.079 fosse utilizável, ali estaria consagrada uma escandalosa e inconstitucional ofensa ao princípio da igualdade. É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de mega empresários, os superprotegidos “parceiros” e seus financiadores.³⁵³

Nesta ordem, é o parecer de Kyoshi Harada, elaborado a pedido da Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, cujos apontamentos foram elucidados através da análise do art. 8º da lei de parcerias.³⁵⁴

Entende tal fundo, como fundo especial, cujo art. 71 da lei 4320/64, assim o denomina: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

Isto significa que a reserva destas receitas públicas, representam uma exceção ao detalhamento das despesas, como ocorre em relação ao orçamento anual, excpcionando o princípio da unidade de tesouraria, constante no art. 56 da lei orçamentária: “Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.”

Tal entendimento corrobora com a obstaculização ao efetivo exercício do legislativo no que tange à fiscalização orçamentária, além do que o art. 36 do ADCT, havia extinto todos os fundos até então existentes, condicionando os novos a regramento por lei complementar, de acordo com o art. 165 §9º, II da CF/88.

³⁵³ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

³⁵⁴HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <jus.com.br/revista/texto/16615><<http://jus.com.br/revista/texto/16615>>. Acesso em 10/01/18

Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem a defesa nacional, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 9º Cabe à Lei Complementar:

II- estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Neste ínterim, não surgindo lei complementar dispondo sobre a matéria, não caberia ao legislador ordinário autorizar tal criação, pois cristalina se torna tamanha inconstitucionalidade.

No que pertine ao art. 100 da CF/88, prevê expressamente o seguinte:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

No entanto, os parceiros privados podem executar tais créditos diretamente, violando toda a principiologia do art. 37 da Magna Carta, demonstrando as razões da inconstitucionalidade defendida por Harada.

Compactua da mesma tese, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵⁵, que acrescenta ser inadmissível que fundações públicas possam destinar suas receitas para o

³⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. , p. 161

fundo garantidor, apesar de assim dispor o art. 17 da lei de parcerias, configurando ato de improbidade administrativa, conforme art. 10 da Lei 8429/92.³⁵⁶

³⁵⁶ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005) XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005) XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

Art. 17. O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 1º O estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas.

Além disso, Di Pietro³⁵⁷ leciona que existe outra inconstitucionalidade no art. 18 §1º, VI da lei 11.079/04, possibilitando a constituição de um fundo para garantir um contrato de PPP determinado, podendo privilegiar um credor específico, contrariando a isonomia e impessoalidade constitucional. E embora o fundo seja de natureza privada, seus bens são de natureza pública, e portanto impenhoráveis. Nesta mesma linha, segue Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁵⁸

Não obstante, o autor Carlos Ari Sunfeld, defende a constitucionalidade de tal fundo, ao dispor que a execução dos débitos públicos segue o sistema de precatórios, diferente dos créditos de natureza privada assumidos pelo fundo, ao prestar garantia.

A medida de modo algum implica a criação, por via de lei, de um sistema de execução de débitos públicos paralelo ao disposto no art. 100 da CF. Isso é evidente: a execução contra o parceiro público – seja movida pelo concessionário, seja pelo garantidor – será sempre a do citado art. 100. O que se submete a outro regime é a execução do débito contraído por uma pessoa privada – o FGP – ao prestar contratualmente uma garantia de pagamento de débito público. Evidentemente, o uso dessa solução está circunscrito às possibilidades patrimoniais da empresa pública FGP, não podendo se generalizar. Por isso, descabe falar em burla à norma constitucional.³⁵⁹

Parece ser mais arrazoada a posição defendida pelos autores que defendem a inconstitucionalidade dos dispositivos ora vergastados, com a única justificativa que versa a favor dos contratos de parceria, reduzir os riscos ao máximo para que o setor privado possa investir na modernização do Estado.

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 161.

³⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit. , p. 761

³⁵⁹SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43-44

Não é sem motivo que os pagamentos das Parcerias Público-Privadas terão prioridade quanto ao recebimento de recursos do orçamento público, o que também transparece como inconstitucional, no entanto os governos deverão reduzir as contraprestações em decorrência da redução dos riscos de crédito dos financiamentos, e conforme as metas de desempenho e qualidade se verificarem ou não.³⁶⁰

A Parceria Público-Privada supõe avaliação *constante de performance*. Conveniente grifar que, a rigor, tal característica deve ser reconhecida como inerente às contratações em geral. No diploma em comento resulta expresso que, entre as cláusulas (art. 5º VII da Lei 11.079/04), devem figurar critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado, inclusive o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Por certo, o contrato de Parceria Público-Privada deverá (embora o art. 6º diga ‘poderá’) prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável conforme seu desempenho, atendendo a metas e padrões de qualidade bem definidos. Sublinho: essa característica precisa ser universalizada, ou vista como universal, não havendo motivo, há muito, para adiar sua inserção em todo e qualquer contrato administrativo brasileiro.³⁶¹

Os relatórios de desempenho dos contratos devem ser enviados ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União – TCU, para fins de auditoria, em observância ao mecanismo de controle.

Diversamente do observado no contexto de PFI, abstrai-se que não há real economia ao erário na concretização dos referidos contratos, pelo contrário, a dívida pública só cresce, conforme observado por Francisco Cavalcanti:

Observe-se a título de exemplo, a difícil situação do Estado brasileiro, em termos de capacidade de investimento, expressa na publicação do Balanço Orçamentário da União, oriundo da Secretaria do Tesouro Nacional, em que se informa que o total da dívida pública objeto de refinanciamento alcançou a absurda cifra de R\$ 1.206.469.852.000,00, enquanto que os investimentos chegaram a apenas R\$ 23.588.870.000,00 (c.f. Diário Oficial da União de 30 de junho de 2006, Seção I, p. 185)³⁶²

Na perspectiva inglesa, os projetos de PPP são avaliados pela sociedade, na qual 6% consideraram uma excelente relação preço-qualidade, 46% atribuíram boa

³⁶⁰ CALDAS, op. Cit. , p. 221

³⁶¹ FREITAS, Juarez de. **Parcerias Público-Privadas (PPPs): natureza jurídica** In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). Curso de direito administrativo econômico, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 699

³⁶²CAVALCANTI. Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Org.). **Incentivos fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 245

avaliação 29% satisfatória, ou seja, 81% consideraram positivos os resultados obtidos, caracterizados pela transferência para o setor privado dos riscos que ele esteja mais apto a administrar; remuneração ao setor privado como contraprestação ao serviço especificado; longo prazo de vigência para recuperação dos investimentos; e concorrência entre os mais qualificados.³⁶³

Tudo isto ainda se acresce ao comprometimento político, legislação adequada, experiência de atuação nos setores, priorização e fluxo regular e previsível de provisão para pagamento, estabilidade econômica, política, social, marcos regulatórios precisos, administração e operacionalização dos projetos.³⁶⁴

Além da especial importância do ambiente legal, é essencial verificar o critério de determinação dos projetos públicos que efetivamente se beneficiam com a utilização das PPPs. Considerando que o objetivo fundamental é obter ganhos na eficiência e efetividade, mediante a alocação de riscos de projetos à parte que tem melhores condições de administrá-los, foi criada no Reino Unido uma série de diretrizes que guiam a formação de um índice de aferição para o setor público. Tal índice é baseado no valor presente do projeto, na eficiência que o método atual do setor público tem condições de obter no desenvolvimento do projeto e nos riscos que têm de ser enfrentados na consecução do projeto por parte do poder público. A criação desse índice tem por objetivo padronizar, o quanto possível, a avaliação de cada projeto, ainda que sem estabelecer regras fixas para a decisão final, permitindo um determinado nível de flexibilidade para o exame de cada projeto em questão, o que demonstra uma forte tendência internacional no sentido de padronizar a documentação envolvida em um projeto de PPP.³⁶⁵

6.5 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E SISTEMA DE GARANTIAS

Nas PPPs há a identificação dos riscos e sua alocação entre os pactuantes com a SPE – Sociedade de Propósito Específico, que são: a autoridade contratante, os investidores, os bancos, as seguradoras, etc, devendo reduzir os custos, a longo prazo, compelindo o parceiro privado ao cumprimento dos prazos e padrões de qualidade exigíveis, e aumentando a eficiência dos projetos.³⁶⁶

Não obstante, questionem-se os aspectos constitucionais concernentes a SPE - Sociedade de Propósito Específico, quanto ao recebimento de incentivos fiscais, diz-se

³⁶³ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 229

³⁶⁴ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 230

³⁶⁵ PINHEIRO NETO ADVOGADOS (Coord.). **Cartilha Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Conselho Empresarial Brasil-China, 2006, p. 12-13

³⁶⁶ CALDAS, op. Cit, p. 245

objetivar alcançar um maior ganho de eficiência, diante do aumento de receitas, e por consequência, redução dos riscos.³⁶⁷

Pode haver a transferência aos investidores do controle da SPE, devendo respeitar as disposições legais, art. 27 Lei 8987/95³⁶⁸, o que requer autorização da administração pública, art. 9º§1º da Lei 11.079/04.

Para isso, devem ser demonstradas e comprovadas a capacidade técnica, a idoneidade financeira, a regularidade jurídica e fiscal do cessionário para assumir a PPP, art. 27, I, II, e parágrafo único da Lei 8987/95.

Isto representa uma das inovações em relação às garantias, dada aos investidores para controlar a SPE, responsável pela execução da concessão, posto que em casos de crise quanto ao empreendimento, lhes é permitido que dirijam a sociedade da melhor forma possível, em prol da continuidade na prestação dos serviços públicos, art. 5º, §2º, I da Lei 11.079/04.

Outra importante inovação trazida pela lei de PPP é a possibilidade de prever, no contrato, os chamados *step-in-rights*. Trata-se do direito do financiador de intervir no controle da sociedade de propósito específico, em caso de inadimplência dos contratos de financiamento ou de queda nos níveis de

³⁶⁷ PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. **Desafios das Parcerias Público-Privadas (PPPs)**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, n 39, p. 1031-1052, set/out, 2005

³⁶⁸ Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005) I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. § 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) § 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) § 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) § 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015) § 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015) § 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. § 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

retorno a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras.³⁶⁹

Tal garantia tem sido criticada como uma afronta aos princípios da licitação e isonomia, no entanto esta não retira a possibilidade da administração pública intervir na SPE para assegurar a continuidade do serviço.³⁷⁰ Na ótica de Celso Antônio, a SPE se apresenta como gritantemente inconstitucional:

No que atina às garantias ofertadas ao financiador do parceiro privado⁸, a lei permitiu, no art. 5º, § 2º, itens I, II e III, que o contrato enseje:
a) a que a Administração autorize, nos termos de requisitos e condições ali previstos, a transferência do controle da sociedade de propósito específico (já que o parceiro privado deverá obrigatoriamente assim estar constituído, consoante art. 9º) para os seus financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, sem que estes tenham necessidade de possuir “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”, que lhes seria exigível a teor do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, mas expressamente afastado neste caso (!) o que, de resto, é *gritantemente* inconstitucional;³⁷¹

Dentre as demais garantias, há a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto no que tange às obrigações pecuniárias do poder público e a legitimidade dos financiadores receberem indenizações em caso de extinção antecipada dos contratos, assim como o pagamento efetivado pelos fundos e empresas estatais garantidoras da PPP, art. 5º, §2º, II e III.³⁷²

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: II - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III - a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

³⁶⁹ DE BRITO, op. Cit. , p. 15

³⁷⁰ CALDAS, op. Cit, p. , p. 255

³⁷¹ Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

³⁷² Idem, p. 256

É possível ao particular prestar garantias previstas na lei de licitações e na lei de concessões, art. 5º VIII³⁷³ da lei 11.079/04, como a garantia do art. 28 da lei 8987/95, quando oferecidos direitos pelo particular ao financiador, até o montante que não comprometa a operacionalização e continuidade na prestação do serviço.³⁷⁴

A lei 11.079/04, em seu art. 6º, I a IV³⁷⁵, também permite que os financiadores passem a ser resguardados por atrasos do Estado ao desembolsar as contrapartes, através de ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da administração ou sobre bens dominicais.³⁷⁶

Pode haver a contraprestação de créditos não tributários (inciso II do art. 6º da Lei 11.079/04). Estes são oriundos da exploração do patrimônio público, seja industrial, comercial, exploração de seus bens, de serviços concedidos ou, por fim, de receitas provenientes da exploração de recursos minerais, petróleo ou energia elétrica, nos termos do §1º do art. 20 da CF. (...) A contraprestação pode ocorrer mediante 'outorga de direitos sobre bens públicos dominicais' (inciso IV do art. 6º da Lei 11.079/04. O patrimônio público pode e deve ser explorado pelo Poder Público. Em consequência, se for conveniente para firmar o contrato de Parcerias Público-Privadas, poderá o Poder Público dispor de seus bens dominiais ou dominicais, isto é, os que constituem parte de seu patrimônio disponível. A saber, não são bens de uso comum do povo, nem estão destinados a qualquer finalidade (bens de uso especial). Como tal, constituem o que se rotula de patrimônio disponível do Poder Público. Daí poder dá-los em concessão ou permissão de uso, autorizar sua exploração e autorizar que deles sejam extraídos frutos civis.³⁷⁷

A Portaria da STN 614/06 – que trata da consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de Parceria Público-Privada - PPP, em seu art. 4º, estabeleceu regras gerais para a distribuição dos riscos para contabilizar os ativos das PPPs, eis que o risco da demanda assumido pelo poder público pode ensejar dívida pública.

373 Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. Parágrafo único. Os casos em que o organismo financiador for instituição financeira pública, deverão ser exigidas outras garantias da concessionária para viabilização do financiamento. (Revogado pela Lei no 9.074, de 1995)

³⁷⁴ Idem

³⁷⁵ 6o A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita 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;

³⁷⁶ Idem

³⁷⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**, 1ed, 2 tir, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 498- 499

Caso os ativos da SPE não sejam contabilizados nos balanços dos entes públicos, será considerada despesa corrente, obrigatória de caráter continuado, devendo se enquadrar no art. 17 da LRF.³⁷⁸

Em observância a contabilização do poder público, o art. 22 da Lei 11.079/04 estabelece limitação das despesas com PPP para a União, enquanto o art. 34 da Lei 17.856/13 estabelece estas mesmas limitações no Município de Recife.

O aporte anterior à disponibilização do serviço deve ser considerado “*pay-go*” (receitas e despesas compensadas por aumento ou redução de outras receitas e despesas), art. 15, 16, 17 LRF, não aplicando o art. 29 da LRF, nem o art. 28 da Lei 11.079/04, pois eles incidem sobre a despesa corrente e não de capital. Porém, se for após a disponibilização do serviço, incidirá a Portaria STN 614/06, caracterizando dívida com a distribuição dos riscos, ou desde já por ser um pagamento a prazo.³⁷⁹

Como visto acima, a repartição solidária de riscos nas Parcerias Público-Privadas, consubstanciada no art. 4º VI³⁸⁰ e 5º III da lei de parcerias, engloba o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a álea econômica extraordinária, representando uma inovação da lei.³⁸¹

A Lei 11.079/04 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a ‘repartição objetiva de riscos entre as partes’ (art. 4º, VI), inclusive os ‘referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária’ (art. 5º, III). Não tenho dúvida de que muitos autores inquirirão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da CF. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga a que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de ‘condições efetivas da proposta’ não deve atinar apenas ao preço e às tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos nos contratos de PPP, um objetivo catálogo de situações que indique quais riscos serão compartilhados entre os parceiros e quais riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte. É o início do fim

³⁷⁸NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infra-estrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, 2010, V. 1, p. 170-175

³⁷⁹RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 300-330.

³⁸⁰ Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI - repartição objetiva de riscos entre as partes; Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

³⁸¹CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 246

dos contratos administrativos elípticos e mal-ajustados, de poucas páginas, que asseguram todas as garantias possíveis ao concessionário e deixam o Estado sem clareza sobre a extensão do risco efetivo assumido pelo concessionário.³⁸²

Celso Antônio critica não apenas a SPE, mas todos os recursos garantidos por vinculação de receitas, ou utilização de fundos especiais, seguro-garantia não controladas pelo governo, por organismos internacionais ou instituições financeiras, e fundo garantidor:

(...)que ao contratado sejam dadas garantias literalmente inimagináveis nos contratos em geral, tais as que constam do art. 8º, isto é: vinculação de receitas - o que é *inconstitucional*; instituição de fundos especiais previstos em lei - o que também é *inconstitucional* e não poderia mesmo ser feito enquanto não sobrevenha lei complementar regulando a instituição de fundos; contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por organismos financeiros internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público ou por fundo garantidor ou *empresa estatal criada para esta finalidade* ou outros mecanismos admitidos em lei - sendo, outrossim, *inconstitucionais*(...)³⁸³

No entanto, há previsão legal, na lei de parcerias, para mais uma forma de garantia ao parceiro privado, como os incentivos prestados de acordo com o Programa de Incentivos à Implementação de Projetos de Interesse Social, de acordo com o art. 23 da Lei 1.079/04:

Há ainda a possibilidade de serem concedidos novos incentivos por parte do Governo Federal uma vez que de acordo com o artigo 23 da lei regeadora das PPPs, a União Federal fica, desde a edição dessa lei, autorizada a conceder incentivos, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social (PIPS - Lei 10.735/03), às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcelas público-privadas. Porém, ainda não houve definição sobre como serão realizados esses incentivos.³⁸⁴

³⁸²MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público 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. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478

³⁸³ Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

³⁸⁴ PINHEIRO NETO ADVOGADOS, op. Cit. , p. 24-25

Ainda no que tange às garantias, pode-se citar ainda a questão dos subsídios, das subvenções, art. 12 e 13 da lei de concessões³⁸⁵, vedada a prática do denominado subsídio cruzado, denominado por Justen Filho como “a transferência de benefícios obtidos em outras operações para compensar a insuficiência do preço praticado em setores específicos.” E acrescenta:

O benefício tarifário acarretará alguns consumidores paguem menos pelos serviços prestados pelo concessionário. Logo, a solução será que outros consumidores paguem mais pelos ditos serviços. Desse modo, evita-se a redução das receitas previstas em favor do concessionário³⁸⁶

Para Paulo Modesto, a repartição solidária dos riscos não é inválida, no entanto devem vir de forma clara e discriminada no instrumento contratual, afastando os contratos ineficientes.³⁸⁷

A aplicação do conceito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não é muito claro na lei de parcerias, eis que o art. 5º III não oferece parâmetros necessários para uma correta avaliação e dimensionamento, o que torna mister um mecanismo regulamentar ou contratual que mitigue a assunção de tais riscos extraordinários.³⁸⁸

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:
III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Para Bárbara Moreira Barbosa, a grande inovação nas Parcerias Público-Privadas é que existe a possibilidade de alocação de riscos através de contratos, quando afirma:³⁸⁹

A lei de PPP permite, portanto, que a alocação de riscos seja feita contratualmente, o que é uma importante inovação no direito administrativo brasileiro. Os particulares têm tradicionalmente recorrido à garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos para impedir a efetiva transferência de riscos para a iniciativa privada. A Constituição Federal, no entanto, deixa claro que os termos do equilíbrio econômico-financeiro são definidos em lei. Será possível, portanto,

³⁸⁵ Art. 12. (VETADO) Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

³⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 380-410

³⁸⁷ Idem

³⁸⁸ CALDAS, op. Cit. , p. 246-247

³⁸⁹ BARBOSA, op. Cit. , p. 14-15

pela Lei nº 11.079/2004, alterar o regime convencional de repartição de riscos entre a administração pública e os entes privados nos contratos de parceria.

Na verdade, as garantias que o Brasil concede nas PPPs são demasiado exageradas, e de validade questionável, não sendo exatamente o que os contribuintes almejam, de outra banda, os contratantes preferem a simplicidade, a clareza e a precisão dos comandos normativos que lhe garantam os riscos com mais certeza.³⁹⁰

Não obstante, o governo brasileiro continua criando formas de postergação e burla de precatórios, como o parcelamento constitucionalizado de dez anos para seu pagamento, art. 78 caput do ADCT, o que transparece ausência de seriedade, e ante a ausência de segurança jurídica, o governo dispõe de infinitas garantias para a devida compensação.³⁹¹

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

Os governos precisam querer pagar o que devem de maneira mais eficaz, ou qualquer que seja a garantia, por mais mirabolante que seja, não irá agradar os investidores, ou não os fará retornar num novo projeto de infraestrutura.³⁹²

Será que o Brasil está preparado para esse ambiente de confiança mútua? As experiências envolvendo PPPs, mundo afora, mostram que ainda é possível manter uma agenda de investimentos em infra-estrutura numa esfera de parcerias, e que ser parceiro significa trabalhar junto, ser um verdadeiro sócio. Nos países desenvolvidos, esse trabalhar em conjunto tem gerado bons frutos, especialmente por haver um ânimo para ajudar e uma confiança mútua. Aqui, no Brasil, a realidade é outra: historicamente, a máquina administrativa sempre foi utilizada para garantir vantagens pessoais e, apesar do esforço recente em querer mudar esse cenário, ainda não se pode exigir do particular que confie irrestritamente na Administração Pública.³⁹³

³⁹⁰ CALDAS, op. Cit. , p. 247-248

³⁹¹ Idem

³⁹² Idem

³⁹³ CHAVES, Maria Bernadete. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 30

O Brasil não pode continuar com essa administração irresponsável e mal regulada, em troca de garantias provenientes dos recursos públicos, transferindo o ônus maior aos cidadãos contribuintes e usuários dos serviços públicos.

A imagem do Brasil tem sido desprezada na elaboração de contratos internacionais, veja-se o que ocorreu recentemente com o marketing utilizado pelas empresas não envolvidas em escândalos de corrupção, como um diferencial frente à concorrência.

A falta de seriedade é um traço marcante, que reverbera de forma negativa na responsabilidade contratual, e este pensamento é questionável se o empreendimento de longo prazo tende a se acentuar com as incertezas do governo atual e dos futuros indefinidos.

Se formos analisar a conveniência na introdução das Parcerias Público-Privadas no Brasil, abstrai-se que a grande inovação destas está no sistema de garantias, para atrair o investidor privado.³⁹⁴

As Parcerias Público-Privadas, no contexto brasileiro, são 'concessões' do Poder Público que se revelam versões 'blindadas' de contratos administrativos bem conhecidos...Por ora, a disciplina conceitual das Parcerias Público-Privadas, mais restrita que a dominante no Direito Comparado, introduz a tentativa de oferecer garantias adicionais (a 'blindagem') para alguns contratos públicos, com o propósito de atrair investidores a aceitar longo prazo de amortização para empreendimentos de monta. Tais garantias são coadjuvantes em termos conceituais e deveriam, antes, receber respaldo constitucional.³⁹⁵

Nesta mesma ótica, acentua Justen Filho a problemática referente às PPPs, quando afirma que:

O maior problema na discussão das PPPs é a ausência de um enfoque abrangente. O governo se preocupa com as dificuldades imediatas. Os economistas querem aumentar a eficiência da economia. Os investidores querem saber das garantias. Os juristas ignoram os reflexos econômicos das suas avaliações. O resultado é um somatório de monólogos, em que cada um

³⁹⁴ Idem

³⁹⁵ FREITAS, Juarez. **Parcerias Público-Privadas (PPPs): natureza jurídica**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (org.) curso de direito administrativo econômico . São Paulo : Malheiros, 2006, v.1., p. 679

privilegia um aspecto do problema. É necessário que todos os setores da sociedade e do governo discutam a questão.³⁹⁶

E frente ao sistema de garantias, todas as incongruências apontadas no sentido de inconstitucionalidades, no que tange ao fundo garantidor, a transferência de bens públicos para o setor privado, as subvenções concedidas pela administração, entre outros, tornando gritante a sua justificativa de alternativa à questão do Estado deficitário.

As críticas em função da flexibilização do Princípio da Supremacia do Interesse Público, consistente na outorga de bens públicos dominiais, art. 6º IV da Lei 11.079/04, ao contrariar o art. 100 da CF/88, ao Princípio da Impenhorabilidade dos bens públicos e a desconsideração de autorização legal a alienação destes bens.

O risco solidário ao invés do risco subsidiário, comum às demais concessões, art. 4º VI da referida lei, mediante uma salvaguarda excessiva para o Estado, que se tivesse recursos para tanto faria sozinho as obras e serviços públicos de boa qualidade e quantidade.

A vinculação de receitas públicas também é incompatível com o regime da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal, e como fica o comprometimento orçamentário para as gerações futuras?

É fato que a ideologia na implementação das PPPs é interessante, no entanto, não se pode olvidar que todos estes aspectos inconstitucionais são perpetrados à sociedade brasileira, em virtude da excessiva proteção ao parceiro privado.

Nota essencial às PPP são cláusulas de garantia do parceiro privado. Reputo seja este o ponto mais sensível a ser trabalhado nos arranjos de PPP; afinal, a tradição da Administração Pública não é a de adimplência temporânea dos contratos administrativos. Com efeito, o bom êxito das PPP é diretamente proporcional à perspectiva de lucratividade e segurança do particular no empreendimento, porquanto os investimentos serão de larga monta e os ajustes, de longa data.³⁹⁷

³⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **As PPPs sob fogo cruzado**. O Estado de São Paulo, quarta-feira, 1º dez, 2004, p. B-10.

³⁹⁷ FREITAS, op. Cit, p. 498

Independentemente das garantias nos contratos administrativos em compatibilidade ao ônus dos riscos envolvidos, para uma melhor técnica legislativa, deveriam ser veiculados através de emenda constitucional ou lei complementar, art. 5º VIII da lei de parcerias e art. 56 da lei de licitações e contratos.

Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Note que Celso Antônio Bandeira de Mello, faz a seguinte indagação: “Qual a diferença entre as PPPs e as concessões? As garantias. Essa é a verdadeira diferença.”³⁹⁸ Reforçando a ideia de garantia como incentivador e inovador para a participação do parceiro privado nestes contratos administrativos.

Destaca as características principais das PPPs: possibilidade de alteração do processo de licitação, com inversão das fases; uso da arbitragem; possibilidade do agente financeiro assumir o controle da SPE, ante a inadimplência dos contratos de financiamento; valor mínimo de 10 milhões; prazo de 5 a 35 anos; a junção de investimentos com serviços; o FGP assumida pelo Estado e ganhos econômicos compartilhados.³⁹⁹

A União dependerá de prévio parecer do Ministério da Fazenda para conceder garantias, conforme art. 14, §3º, II, e art. 22 da lei 11.079/04, em razão do risco para o Tesouro Nacional, bem como o limite de endividamento.

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: (Vide Decreto nº 5.385, de 2005) § 3o Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado: II - do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da

³⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A s parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 222, jul/set, 2005

³⁹⁹ CAVALCANTI, op. Cit. , p. 252

concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Do que se depreende que os riscos no compartilhamento devem ser usados com parcimônia, trazendo estabilidade das receitas e sustentabilidade em razão do número de usuários.

Mas nos casos em que o fluxo de caixa for incerto ou duvidoso, o Estado deve compartilhá-los junto com o parceiro privado, eis a ideologia das Parcerias Público-Privadas.

Como é evidente, segundo a concepção adotada pela nova lei, parcela significativa dos investimentos em infra-estrutura de que o país necessita exigem longo prazo de maturação e grande volume de recursos - isto é, embutem grande risco *econômico, regulatório e político*, cuja cobertura somente pode ser realizada integralmente por empresas privadas em situações especiais, nas quais seja evidente ou muito provável a estabilidade das receitas a serem auferidas ao longo do tempo ou manifesta a sustentabilidade do negócio pelo elevado número de usuários a serem atendidos. Em projetos de interesse público que envolvam construção de obras, mas de *fluxo de caixa incerto ou insuficiente*, de duas uma: (a) o Poder Público integraliza todo o investimento, contratando do setor privado a obra em regime de empreitada (regime tradicional: risco integral do Estado), ou (b) o Poder Público compartilha riscos com o investidor privado, assegurando subsídios ou a estabilidade no tempo de receitas necessárias à amortização do investimento (regime das PPPs). É esta a concepção ideológica que permeia todas as normas da Lei 11.079/04⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ MODESTO, op. Cit. , p. 475

O risco, no Brasil, não é mais exclusivamente do concessionário, sendo muito menor do que, por exemplo, se observa na França⁴⁰¹, há redução da álea ordinária e extraordinária e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Porém, é preciso recordar que o risco a que se submete a empresa concessionária não é absoluto. A ausência de usuários acarretaria a ausência de remuneração provocaria a “quebra” da empresa e, assim, a descontinuidade do serviço público, ainda que por certo lapso temporal. Por conseguinte, o problema da concessionária não pode ser encarado como algo não afeto à seara social ou desimportante para o Poder Concedente. Se houver a opção motivada pela prestação indireta, há o interesse em preservá-la, até que novo direcionamento seja adotado pelo Poder Público.⁴⁰²

É mister que haja um estudo prévio de viabilidade econômica na prestação do serviço, pois se não houver um êxito quanto ao número mínimo de usuários, pode repercutir em prejuízo significativo para a empresa e para o Estado como vivenciado no caso da Arena Pernambuco.

⁴⁰¹ “Para proceder a tal distinção é comum recorrerem os autores à doutrina francesa, em que se discrimina a *álea ordinária*, correspondente aos riscos normais, a serem suportados pelo concessionário, da *álea extraordinária*, que se subdivide em *álea administrativa* e *álea econômica*. No direito francês a álea administrativa *corre inteiramente por conta do poder concedente*. Concerne aos riscos derivados da modificação unilateral das cláusulas da concessão ou de medidas do concedente alheias à sua posição “contratual”, mas que repercutem especialmente sobre o equilíbrio econômico-financeiro. A álea econômica na França concerne aos riscos derivados de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis – como crises econômicas, bloqueio econômico, desvalorização da moeda pelo Governo ou até acidentes naturais, tais um terremoto, uma grande inundação – que afetam violentamente o equilíbrio da equação e levariam à ruína do concessionário. Os prejuízos derivados de tais acontecimentos configuradores da álea econômica são, de acordo com a doutrina e jurisprudência francesas, *partilhados* entre o concedente e o concessionário. Em relação a eles é que se invoca a teoria da imprevisão... Para proteger o concessionário nos casos de álea administrativa e álea econômica são invocadas as teorias do fato do príncipe e a teoria da imprevisão, supramencionada... *Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o Direito brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso Direito Positivo*. Este, como se verá a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla *do que a que lhe é dispensada na França*... Com efeito, entende-se excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta inteligência é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º e §2º, 18, VIII, e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º, §3º, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevivência de tributos (salvo os do imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito Francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente. Tais soluções são obrigatórias em face do nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do País estatui que as obras e *serviços* (tanto como compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...’ BANDEIRA DE MELLO, op. Cit., p. 699-702

⁴⁰² FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 35

7 ANÁLISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL

Um dos pontos de relevância na elaboração destes contratos administrativos é a visão proveniente do chamado “*behavior economist*”, tendo em vista o perfil comportamental dos atores do contrato, explicado através da corrente conhecida como “*Law and Economics*”, a qual relaciona a atitude da parte contratual a uma estratégia de jogador, em busca de proveitos econômicos, cuja Teoria dos Contratos tende a explicitar detalhadamente esta ideia.

Partindo do pressuposto de que o contrato não passa de um acordo bilateral, cuja via dominante é a produção e circulação da riqueza, tem-se este como um verdadeiro facilitador da circulação econômica.⁴⁰³

Esse tipo de comportamento se concretiza em virtude das limitações cognitivas e racionais, a provocarem assimetrias informacionais, repercutindo nas renegociações com o uso de interpretações e integrações judiciais inerentes aos contratos incompletos.⁴⁰⁴

De acordo com Hayek:

A ninguém é dado deter a totalidade da informação e do poder que são necessários ao funcionamento da sociedade, requerendo-se, por isso, formas de coordenação e partilha que não podem ser substituídas por uma forma única de centralização.⁴⁰⁵

Tendo em vista que os custos de transação geram um entrave na busca pelas informações, deve-se objetivar sempre a uma troca eficiente entre as partes, para fazer valer a celebração do contrato.

Esta falha de mercado aparece como reflexo da agregação de soluções negociais particulares e justificadamente desequilibradas, em virtude de uma assimétrica

⁴⁰³BROUSSEAU, E.& J.-M. Glachant. Public Partnerships, USA, Economics of Energy and Environmental Policy, 2002, P. 3

⁴⁰⁴ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 18

⁴⁰⁵HAEYEK, F. A. Caminhos da Servidão, Reino Unido: LVM, 1948, P.77-78

captura de renda, de retenção estratégica de informação, seja em função de inércia, ou ignorância racional.⁴⁰⁶

Ronald Coase⁴⁰⁷, em 1937, propôs uma solução à problemática dos contratos incompletos, a delimitação das fronteiras da empresa, os chamados “*property rights*”, ao se predispor um arranjo de titularidades e direitos residuais suscetíveis de irem completando o acervo obrigacional deixado incompleto *ex ante*.⁴⁰⁸

Cada negociação pode, envolver dois tipos de trocas: redistributiva ou competitiva, onde há soma zero, não ocorrendo um incremento de bem estar total, por se tratar de disputa de recursos que representam o mesmo valor para ambas as partes na transação. Ou produtiva, na qual as partes acordam em preços objetivos de mercado, ou em outros pontos, de modo a dividirem o incremento do valor correspondente à transferência do recurso para a parte mais disposta a pagar por ele, configurando neste último caso, soma positiva.⁴⁰⁹

A racionalidade limitada e a assimetria informativa reclamará uma análise *behavioralista*, perceptível no conhecido “dilema do prisioneiro”, que:

Na ausência de conhecimento ou informação partilhada, na ausência de confiança informada de uma parte na outra ou de ambas num quadro disciplinador bilateralmente aceite, o oportunismo é a estratégia dominante.⁴¹⁰

Acresce-se ainda o comportamento baseado no *rent seeking*, o qual significa a apropriação de todas as situações coletivas em que dissipam recursos na disputa por valores não apropriados que podem ser capturados, ou seja, é o esforço de transformação de recursos comuns em privados, apropriados individualmente.⁴¹¹

Independente de oportunismo, a maximização do bem estar total pode ser comprometida por fatores como: presença de externalidades; efeito de distorções informativas; impaciência dos negociadores no estabelecimento das soluções otimizadoras da captura de bem estar; interferência de terceiros no contrato; vontade de

⁴⁰⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 41-42

⁴⁰⁷ R. H. Coase. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

⁴⁰⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 44 .

⁴⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 46

⁴¹⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 50

⁴¹¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 57

ambas as partes para converterem o arranjo contratual numa barreira de entrada de mercado; efeito desincentivador que o desequilíbrio pode ter sobre as partes; ou pela natureza do que é contratualmente estipulado.⁴¹²

O oportunismo inter-geracional também se apresenta como um dos grandes problemas vislumbrados nos contratos de longa duração, o que é bem perceptível nesses contratos administrativos em concessões especiais, eis que ultrapassam governos sucessivos e comprometem o desempenho na execução do serviço ou obra pública, isto é bem presente no Brasil, em relação aos governos ditos de oposição.

Este pensamento prejudica sensivelmente a estruturação da máquina pública, e sacrifica o bem comum, em função de opiniões de caráter individual e egoísta, a exemplo de governos que assumem compromissos com o único objetivo de reduzir a liberdade de ação dos governos que se seguem.

Neste sentido, a Teoria Normativa do Contrato, tem como objetivo basilar fixar os termos para que o poder público regule os contratos nos casos de inacabamento, evitando a exposição às contingências futuras e frustrações de planos.⁴¹³

O estado tem a faculdade de ajudar a minimizar e afastar as ditas frustrações durante a execução contratual, sem perdas significativas de eficiência, minorando os inconvenientes entre as partes.

Salienta-se assim, cinco finalidades para essa disciplina jurídica do contrato:

1) Tornar exigíveis os termos contratuais que sejam verificáveis, isto é, que sejam detectáveis e avaliáveis por um terceiro adjudicador (árbitro ou julgador); 2) Fornecer uma tipificação supletiva (os contratos nominados) e um vocabulário às práticas contratuais – sedimentando nelas a referência partilhada a *standards* negociais que poupem em custos de transação (e, na medida em que reduzam equívocos, poupem também em custos de litigância); 3) Facultar critérios de interpretação do contrato; 4) Proporcionar às partes um elenco de normas supletivas, em especial de 3 tipos: a. Normas supletivas facilitadoras (*problem-solving*) que removam obstáculos à maximização do bem-estar nas trocas, mormente facultando a solução maioritariamente predisposta; b. Normas supletivas indutoras de revelação (*information-forcing*) que, desfavorecendo a retenção de informação privativa, só se tornem vantajosas mediante alguma partilha dessa informação entre as partes – especificamente motivando a parte detentora dos dados a tomar uma qualquer atitude, por exemplo de rejeição do regime supletivo, que seja sinalizadora da contraparte – como sucede com as *penalty default* e outros expedientes susceptíveis de induzirem equilíbrios separadores; c. Normas supletivas justas, que alinhem o ajuste privado de interesses com

⁴¹² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 59

⁴¹³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 105

uma norma que seja colectivamente aceite – evitando a ocorrência daquilo que num critério objetivo e social se pudesse qualificar como lesões enormes.; 5) Regulamentar e supervisionar o processo de contratação interferindo no seu desenvolvimento, e mormente: a. Bloqueando a validade de contratos assentes em dolo; b. Opondo-se a modificações de contratos ou de condutas contratuais que explorem o *holdup*, a prisão da contraparte aos seus investimentos irrecuperáveis; c. Favorecendo a solução eficiente *ex post* – eventualmente mesmo quando essa solução seja o incumprimento, por exemplo quando os custos de oportunidade do cumprimento se tenham tornado demasiado elevados (uma hipótese que não é pacífica, mas é cara à Análise Económica; d. Favorecendo a solução justa *ex post*, impondo a restituição daquilo que exceda os limites de legitimação do enriquecimento de cada uma das partes, dentro da troca de utilidades.⁴¹⁴

Isto faz tornar as soluções das contendas mais proativas e céleres, facilitando a execução contratual para ambas as partes, e reduzindo os custos de transação por incompletude de contratos.

A grande problemática desses regramentos está na tensão entre os critérios de generalidade e abstração, que tem conduzido a falhas normativas, um problema referente ao princípio da legalidade e o poder normativo ou regulamentar do Estado.⁴¹⁵

Observa-se que os incentivos também representam um fator crucial para manipular as oportunidades, mantendo exógenas as preferências individuais, e prezando pela agregação de preferências coletivas, a fim de otimizar o bem estar social. Mesmo porque as normas extra-jurídicas não se desenvolvem inteiramente à margem da ordem jurídica positiva.⁴¹⁶

O quadro normativo apresenta pontos focais na contratação, que são a padronização contratual, a proliferação de contratos-tipo, de contratos nominados, de standardização de cláusulas, e respeito pela autonomia e inércia com que se formam livremente as preferências individuais, para que as intervenções normativas sigam o caminho mais cauteloso do incrementalismo, ao invés de uma polarização expressiva.⁴¹⁷

Por vezes, o contrato é incompleto não em razão da racionalidade limitada das partes que o celebram, mas de forma proposital, visando às vantagens na formulação destes, cujas garantias variam em torno das atitudes das partes perante o

⁴¹⁴ Ibidem, p. 108-109

⁴¹⁵ PEREIRA, M. G. A. M. **O poder normativo no âmbito da ANP**, UFPE, 2013.

⁴¹⁶ ARAÚJO, op. Cit., p. 118, 126

⁴¹⁷ Ibidem, p. 135

risco, da informação privada disponível para elas, e da probabilidade de incumprimento, ou de cumprimento defeituoso.⁴¹⁸

A elaboração e a execução do contrato tende a ser mais dispendiosa se mais extensos forem os riscos que pretende cobrir, ou seja, quanto mais amplo e detalhado forem as contingências, mais custoso será o contrato. Além do mais, um contrato mais completo perderá flexibilidade, podendo ganhar em erradicação ou cobertura dos riscos, o que leva a entender que dependendo das circunstâncias, vale a pena deixar incompleto o contrato.⁴¹⁹

A teoria dos contratos incompletos, de matriz neoinstitucionalista e voltada para o impacto que as instituições podem ter no desenho das soluções dos contratos, como a análise da relevância dos direitos de propriedade, aventados por Coase, comentado anteriormente, o mais relevante não é a assimetria entre as partes, mas do terceiro julgador face às partes, isto é, a insuficiência judicial ou arbitral.⁴²⁰

Este ponto deve ser sensível ao recurso a perícias técnicas, muito utilizadas pelo Judiciário, quando se trate de matéria extremamente vertical, cujos níveis legais unicamente não solucionam o caso genuinamente, mas que de outra forma, chegam a justiça final, no entanto os custos de transação ao usar o aparelho jurisdicional são inevitáveis.

Uma das soluções aventadas por Fernando Araújo é prezar pela simplicidade dos contratos, no entanto salienta a possibilidade de incontáveis repactuações, através dos aditivos, fato ocorrido no contrato da Arena Multiuso Pernambuco.

(...)uma das soluções comuns para se enfrentar o problema do oportunismo, do *holdup*, é a de se propor a realização de contratos minimalistas, com preço fixo e o menor número possível de estipulações – de acordo com o pressuposto de que, quanto maior a simplicidade, menos abundantes as armadilhas, e mais detectáveis, sucede porém que esse inacabamento máximo, para ser operante, requer frequentemente um nível de informação *ex ante* que implicará um investimento desproporcionado, razão pela qual imediatamente começam a aditar-se cláusulas *ad hoc* aos arranjos mais simples, como por exemplo cláusulas de revisão de preços, em direção a um nível ótimo de completamento (ou de inacabamento). Sem adiantarmos muito mais por ora, observemos somente que a questão pode complicar-se

⁴¹⁸ Ibidem, p. 147

⁴¹⁹ Ibidem, p. 149-151

⁴²⁰ Ibidem, p. 152

seriamente com a aproximação de cada situação concreta a um paradigma de relação de agência (...)⁴²¹

O incabamento contratual tem repercussões distintas para o direito e para a economia. No âmbito jurídico, é visto como um mal em razão da insuficiente delimitação das obrigações contratuais, enquanto que a abordagem econômica engloba o incabamento deliberado ou estratégico, conhecido como endógeno, e o incabamento estrutural, uma margem de incerteza que economicamente se torna impossível resolver.

Neste ínterim, foi se desenvolvendo a visão relacional dos contratos, pois nenhuma relação contratual está isenta de custos, seja *ex ante* através da descrição, ou *ex post*, através da verificação.⁴²²

Críticas são apontadas em torno do legalismo, quando afirma que a lei como única alternativa impede que as partes apontem para uma segunda melhor solução, mas para os sistemas jurídicos que apresentam alto teor de insegurança, talvez isso não seja tão bem aceito para as contratações.

(...)que mal há em as partes apontarem deliberadamente para um *second best*, por exemplo para se furtarem aos custos de formalidades; que mal há em as partes tentarem externalizar os custos de interpretação e de integração sobre árbitros e julgadores?⁴²³

A ideia de um contrato completo num mercado perfeito, um tanto quanto utópica, se daria por inexistência de custos de transação, racionalidade dos agentes, informação perfeita e simétrica, escolhas irrestritas e ausência de externalidades, o que parece pouco provável diante de um cenário econômico demasiadamente competitivo.⁴²⁴

No entanto, deve-se estabelecer minimamente segurança jurídica aos agentes de mercado, no sentido de tornar o mais transparente possível, e propor soluções proativas àquele que melhor detiver condições de solucioná-la.

⁴²¹ Ibidem, p. 153

⁴²² Ibidem, p. 162

⁴²³ BOWER, J.W. (2004), 32-33

⁴²⁴ ARAÚJO, op. Cit. p. 182

Talvez, uma das maiores inovações nos contratos de parceria público-privada, tenha sido essa mitigação de riscos, para tornar convidativa a participação da empresa, diante da fragilidade jurídica no Brasil, acrescida à ineficiência na área de regulação.

Neste sentido, o que ocorre entre as empresas contratadas é a utilização de todas as formas de participação de recursos públicos no seu limiar, com o mínimo de comprometimento de suas rendas, afora as constantes repactuações ensejadoras de acréscimos nas tarifas finais dos contratos administrativos.

No caso dos contratos em análise, houve repercussão de assunção de compromissos financeiros extremamente elevados pelo poder público a longo prazo, desconfigurando a economicidade nesta modalidade contratual.

Não obstante, o inacabamento pode servir de ferramenta a negociações justas, diante de fatores inesperados e imprevisíveis, e diante da racionalidade limitada em se cientificar de tudo o que é esperado no cenário econômico, susceptível a variáveis diversas.

Neste ínterim, surgem as negociações no intuito de preservar a manutenção dos contratos, através do pleno potencial evolutivo de uma interação bilateral que gera aprendizagem e adaptação.⁴²⁵

É válido salientar que embora haja meios de solução aos ditos contratos incompletos, estes podem dar margem ao aumento dos riscos, dos oportunismos e o do *holdup*, de outra banda pode representar uma alternativa vantajosa se houver de fato cooperação entre as partes.

A estabilidade contratual constitui um incentivo, por isso recomenda-se que estes sejam o mais completo possível, a fim de evitar-se os potenciais inconvenientes como o oportunismo supra citado e os efeitos da assimetria informativa, eis que o subinvestimento acontece por aversão ao risco.

O ideal num contrato seria a conciliação entre o acabamento e a simplicidade como isso se realiza, apesar de a análise econômica preferir o primeiro, e

⁴²⁵ Ibidem, p. 184

não aceitar o sacrifício dele em relação ao segundo, isto é, a conversão de simplificação em inacabamento.⁴²⁶

O que explica o apoio à via judicial e arbitral, diante da incompletude, ao invés de dispor de esforço para o acabamento, tornando-os complexos em demasia, sem pensar nos custos de transação que porventura ocasionariam.

Para Commons, a transação é uma espécie de átomo da atividade humana, que corresponderia a um misto de conflito, mutualidade e ordem, um misto que tenderia para soluções estabilizadoras e agregadoras desses átomos, as soluções institucionais.⁴²⁷

Na Teoria dos Contratos, é possível o uso generoso dos custos de transação, fazendo-os corresponder às três causas principais: custos de redação do clausulado, que equivalem aos custos da complexidade, os custos da disciplina contratual e as contingências imprevistas.⁴²⁸

Dentre os efeitos condicionadores da maximização das trocas, Araújo elenca a externalização sobre terceiros, as assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional, e as diferenças de poder negocial ou de mercado, apresentando como a principal causa de ineficiência nas transações a assimetria de informações.⁴²⁹

A Teoria dos Contratos apresenta três vetores básicos à microeconomia: a teoria dos incentivos, através de aspectos remuneratórios, a teoria dos contratos incompletos, enfatizando a inverificabilidade das obrigações contratuais, e a teoria dos custos de transação, nos problemas do desenho de instrumentos de governo ou governação *ex post*.⁴³⁰

Esta última é munida pela racionalidade limitada, informação incompleta, assimetricamente repartida, devendo lidar com o apoio institucional lacunar e frágil, limitado por fatores cognitivos e racionais, mas que tenta fornecer uma resposta que consiste na edificação de estruturas de governo.⁴³¹

⁴²⁶ Ibidem, p. 193

⁴²⁷ COMMONS, JOHN R. The problem of correlating Law, Economics, and Ethics, Wisconsin Law Review, 8, 1932, p. 4 e ss.

⁴²⁸ ARAÚJO, op. Cit. p. 198

⁴²⁹ Ibidem, p. 199

⁴³⁰ Ibidem, p. 206, 207

⁴³¹ Ibidem, p. 208

Não obstante, a teoria dos custos de transação ter sido confrontada com a expansão da teoria da agência, gerando um misto de complementariedade e rivalidade teórica.

As divergências fundamentais emergem de um entendimento distinto quanto às razões últimas para a existência de contratos: para a Teoria da Agência, as motivações básicas da contratação são a transferência de riscos e o alinhamento de incentivos, combinando-se num *trade-off* entre incentivos e seguro, em especial em relações em que o resultado envolva a dependência dos interesses de uma parte (o principal) da conduta da contraparte (o agente), enquanto que para a economia dos custos de transação, o que avulta num contrato é, como vimos, uma combinação de soluções institucionais, como: - a estruturação de ajustamentos *ex post*, especialmente os modos de desincentivo à pressão oportunista que surge no *lock-in* contratual (seja a que termina num impasse de *holdup*⁴³², seja a que chega à solução da renegociação; - a minimização de ineficiências *ex ante*, como custos de busca ou dissipações de renda que não tivessem senão efeitos redistributivos, sem incrementos do bem-estar total.⁴³³

O que se percebe em ambas é que elas se complementam, por apresentarem problemas no curso dos contratos incompletos, durante a evolução das relações contratuais, cuja comparação dos ganhos esperados há que contar com recurso a estruturas de governo.⁴³⁴

É como se se dissesse que a economia dos custos de transação tenta responder às inquietações da teoria da agência sustentando que a resposta que esta última fornece é demasiado confinada e directa para poder fazer justiça à complexidade que a situação contratual pode revelar, não podendo ter-se a certeza da eficiência do alinhamento de incentivos, estruturas de preços e estipulações sobre ajustamento e revisão de preços – subalternizando um pouco a ideia de que seja preciso um muito específico ou sofisticado mecanismo contratual de alinhamento de interesses, se às partes está disponível contrabalançarem todos os efeitos supervenientes repercutindo-o nos preços ou nos pagamentos, prevenindo através do clausulado o desalinhamento de incentivos e tornando redundante qualquer rectificação posterior e *ad hoc*.

Um dos grandes problemas é a identificação precisa destas incógnitas contratuais, repercutindo na modificação do clausulado, o que, como supra afirmado, requer um conhecimento técnico e preciso muito específico.

⁴³² *Holdup* é, na essência, uma situação passageira de monopólio de fato, que uma parte explora a outra ditando condições redistributivas, sob a ameaça de encerrar a relação provando danos específicos. (...) por exemplo, aquele que sabe ser o último proprietário para a venda completa de um prédio, falta para uma decisão que requer unanimidade, ou em outro exemplo em que se sabe possuir o último selo para uma coleção. ARAÚJO, p. 645-659

⁴³³ *Ibidem*, p. 216

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 217,218

Dado que é árduo planejar todos os possíveis eventos futuros através de uma estipulação contratual exaustiva, a obediência a deveres definidos *ex post*, podem significar custos privados muito elevados para uma das partes, e por isso surge a assunção coletiva de riscos, a denominada socialização como condição para a obtenção de elevados benefícios líquidos para a sociedade como um todo, eis que ganhos econômicos individuais, são um benefício coletivo.⁴³⁵

Afora todas estas incursões, surge a denominada seleção adversa, através da qual uma parte procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles, oferecendo condições contratuais medianas que afastem os melhores parceiros potenciais.⁴³⁶

Neste diapasão, aqueles que se acham superiores às condições medianas, consideram desvantajosas as propostas, e aos piores que subsistem resta um sacrifício no contrato e assim sua degradação, verdadeiro colapso da contratação, fenômeno este celebrado por Geroge Akerlof.⁴³⁷

E àqueles que têm uma informação privilegiada no contrato, pode se utilizar do risco moral, por meio do qual há uma oportunidade de extração de rendas através da exploração de uma assimetria informativa que permite ao agente iludir o principal fornecendo informações que parcialmente o exoneram.⁴³⁸

Pode ainda ser utilizada a sinalização nos contratos, reputada como um esforço para superar as limitações contratuais impostas em função da assimetria de informações, que implica à parte mais informada tomar a iniciativa.

Diferentemente desta última, a seleção adversa e o risco moral ensejam circunstâncias que levam à parte menos informada a tomar a iniciativa, agindo de certo modo, às cegas.

Se é o agente que, no seu próprio interesse, assume o encargo de aumentar o nível de informação disponível, então para o principal essa informação adicional será gratuita, não havendo razão para que não tire proveito dela, embora naturalmente lhe caiba ainda fazer a triagem dos sinais que lhe chegam, visto que, ao contrário do que por vezes se presume por razões de

⁴³⁵ Ibidem, p. 246

⁴³⁶ Ibidem, p. 285

⁴³⁷ AKERLOF, Geroge. A. The Market of lemons: Quality uncertainty and the Market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970.

⁴³⁸ ARAÚJO, op. Cit, p. 289

simplificação, a sinalização não se cinge a um tipo único⁴³⁹, antes pode ter vários níveis de intensidade e pode adequar-se de vários modos a um outro tipo de assimetria que pode existir entre as partes, essa não já respeitante à informação mas antes à heterogeneidade de convicções prévias, imbuídas de elementos qualitativos insusceptíveis de medição precisa (...)⁴⁴⁰

Na sinalização, a parte bem informada presta informações através de seus atos, o que para Stiglitz pode ser visualizado por diversos sinais, como a infraestrutura dos bancos, demonstrando poder de mercado e, portanto confiança do investidor.⁴⁴¹

Na seleção adversa os tomadores selecionam de forma incorreta os bens e serviços no mercado, de modo a corroborar com uma informação inverídica, por meio de uma seleção oposta a mais cabível, ele ocorre sempre *ex ante*, ou seja, antes da assinatura do contrato, como pode ser verificado, por exemplo no mercado de empréstimos, sendo os que mais procuram, àqueles que menos liquidam suas dívidas.

No caso supra, comentamos a seleção adversa na contratação de funcionários numa empresa, que ao invés de optar pelos mais qualificados, dão condições aquém em relação aos melhores candidatos, que deixam as vagas aos menos informados sobre a real situação empregatícia, ou quando remuneram mal os recém chegados à empresa.

(...) O patrão que pela aludida razão paga menos aos trabalhadores recém-chegados pode em compensação contratar mais pessoal e acabar por criar uma situação que é equivalente à primeira (diluindo um pouco o impacto da perda de investimento específico na formação do trabalhador); e o trabalhador pode ter encontrado, nesse arranjo, um equilíbrio mais favorável na sua taxa marginal de substituição de trabalho por lazer, se ele de fato é preguiçoso.⁴⁴²

Este tipo de comportamento resulta em reflexos de ineficiência, devido às más escolhas efetivadas pelas partes, ensejando informações assimétricas, prejudicando o nicho de mercado em específico.

⁴³⁹ AGHION, Philippe; HERMALIN, Benjamim E. Legal restrictions on private contracts can enhance efficiency. **Journal of Law, Economics, and organization**, 6, 1990.

⁴⁴⁰ BROCKMAN, Paul & Dennis Y. Chung. *An Empirical investigation of trading on asymmetric information and heterogenous prior beliefs*, Journal of empirical finance, 7, 417 e ss.

⁴⁴¹ STIGLITZ, Joseph E.. *The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. Quarterly Journal of Economics* v. 463, 2000, p. 1441-79.

⁴⁴² ARAÚJO, op. Cit. p. 647

No risco moral também há uma informação assimétrica, mas ele ocorre após a efetivação do contrato, já que a parte mais bem informada passa a agir de modo a se arriscar por estar protegido pelo contrato, por exemplo, após a realização de seguro de automóvel, o condutor passa a se submeter a regiões perigosas que antes não fazia.

O exemplo apresentado por Araújo⁴⁴³ trata de um funcionário após contratação na empresa, o qual se torna desleixado, por já ter adquirido o status desejado de empregabilidade.

A sinalização pode dar-se de variadas maneiras, como precificação, mercado de ações valorizadas, reputação e até publicidade, o que se percebe corriqueiramente é que hoje estão em alta as ideias de sustentabilidade e inclusão que muitas empresas tem se utilizado para fazer propagandas de seus produtos diferenciados da concorrência.

Todos estes, contribuem para uma má eficiência contratual, em razão das informações assimétricas dispostas entre as partes, prejudicando sensivelmente o ciclo econômico.

Considerando os contratos administrativos, o prejuízo tende a atingir toda a coletividade, eis que os usuários dos serviços e obras públicas são todos que formam a sociedade, e que diretamente tem seus direitos lesados, pela má prestação destes, ou obras de má qualidade e segurança.

Muitas das vicissitudes de uma relação contratual resultam, já do inacabamento das estipulações, já das insuficiências informativas e racionais que procuram o seu remédio nas próprias interações que se vão gerando supervenientemente no seio da relação. E aí a principal alternativa à premissa do egoísmo racional é o remédio da reciprocidade, em especial nas suas manifestações extremas, tanto a da amabilidade como a da agressividade, tanto a cooperação da reciprocidade positiva como a retaliação da reciprocidade negativa, uma reciprocidade que, nos limites do contrato, subtilmente se converte em lealdade (também ela bilateral) no seio das organizações verticalmente integradas.⁴⁴⁴

Daí a importância da análise econômica dos contratos, observar sob a ótica da economia as atuações comportamentais das partes contratantes, mas na tentativa de

⁴⁴³ ARAÚJO, op. Cit.

⁴⁴⁴ ARAÚJO, op. Cit. p. 325-326

corroborar com a cooperação entre as partes no sentido de otimizar os riscos em prol da eficiência salutar à todos os componentes da sociedade.

Nem sempre ocorre a partilha de riscos nos contratos de parceria público-privada, que deveria dividir igualmente os prejuízos provenientes de sua execução, não obstante, o que se percebe é uma desproporcional assunção de riscos pelo parceiro público, quando no entanto, este último aparece com um grau de endividamento preocupante, ampliando ainda mais esse déficit público, para fazer valer a continuidade na execução dos referidos contratos.

Outro aspecto que não se pode deixar de referenciar é que o percentual máximo permitido de participação de sociedades de economia mista ou empresas públicas em operações de crédito às sociedades de propósito específico, constituídas para o exercício das atividades objeto das parcerias, é excessivamente elevado.⁴⁴⁵

A atividade comportamental é crucial para o desempenho e sucesso dos contratos, ainda mais quando nestes se tem a administração pública como parte, cujo objetivo deve ser o atendimento ao interesse público.

Araújo destaca dois sentidos e suas implicações nos contratos, quais sejam: o sentido procedimental e o sentido substancial. No que tange ao primeiro salienta o autor que diz respeito ao modo de obtenção do consentimento, alegando-se que a lesão se originou em deficiências na formação ou expressão do livre consentimento.⁴⁴⁶

Enquanto o sentido substantivo refere-se a condições contratuais demasiado injustas que se presume ninguém aceitá-las se possível fosse conhecê-las. No entanto, as lesões procedimentais estão muitas vezes conexas com as falhas de mercado e com as assimetrias informativas, devendo ser revistas pelo Poder Judiciário.⁴⁴⁷

Mas quais seriam os limites pelos quais o julgador externo poderia estabelecer um processo interventivo, substituindo-se à autonomia das partes?

⁴⁴⁵ CAVALCANTI, Francisco. **Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro.** In: CAVALCANTI Bruno; MATILLA, Andry. *Estudios latino-americanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 261

⁴⁴⁶ ARAÚJO, op. Cit. p. 451

⁴⁴⁷ Idem

O ativismo judicial⁴⁴⁸ aparece como uma possibilidade na interpretação dos contratos, podendo identificar uma infinidade de problemas contratuais: distribuição do risco, observabilidade e mensuração, risco moral, simples ou duplo, custos de acatamento e de supervisão, restrições financeiras, incidências sociais extrínsecas, opções remuneratórias, demarcação de responsabilidade subjetiva e objetiva e tragédia dos baldios.⁴⁴⁹

Este último pode ser visto através do dilema do bem público, chegando ao limite máximo do efeito de boleia, o subinvestimento num empreendimento de interesse comum.⁴⁵⁰

A análise econômica indica a necessidade de investimentos para obter um resultado exitoso para os trabalhos em equipe, eis que requer a junção de várias manifestações individuais, que permitam uma interação longa; descentralização de decisões; indução de níveis elevados de cooperação e de solidariedade; monitorização recíproca, isto é, a pressão dos pares; a competição; a avaliação conjunta e penalização coletiva e o aumento da produtividade.⁴⁵¹

A eficiência dos integrantes da equipe pode ser distribuída com base em critérios de remuneração variável, como forma de incentivo como o pagamento por peça, o pagamento direto em razão do resultado, mensurando o esforço individualmente, na obtenção de um elemento agregador de um esforço coletivo de produção por parte dos agentes. Há um nítido incentivo remuneratório, muito comum nos contratos de prestação de serviços advocatícios.⁴⁵²

Mas a quase impossibilidade de um contrato completo, Pareto-eficiente, capaz de recobrir todas as contingências prováveis no momento da celebração, ou a reposição da igualdade de poder negocial entre as partes, de apuramento subjetivista da

⁴⁴⁸O ativismo judicial é a atuação inovadora do Poder Judiciário para a solução de casos alusivos aos princípios constitucionais, o que remete ao caráter subjetivo dos membros da Corte, gerando críticas de diversos sentidos. Para Barroso o ativismo é a participação proativa do judiciário na interpretação constitucional, enquanto a judicialização é o modelo que se adotou no contexto brasileiro, por meio da qual se leva ao judiciário a solução de questões políticas. Já a politização da justiça seria a atuação da justiça de forma política, sendo que para ele, uma coisa leva a outra. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**, p. 10, Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/users/revista. Acesso em 10 de novembro de 2015.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 398

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 603

⁴⁵¹ Ibidem, p. 674

⁴⁵² Ibidem, p. 978-979

intenção das partes, conduziu a um declínio das características tradicionais do contrato, incorrendo no anúncio de sua morte.⁴⁵³

Não obstante, essa tendência tem sido desmentida em termos gerais, pela crescente consagração legal de formas de liberdade, pelo alastramento do paradigma contratualista e pelo regresso à interpretação objetivista e formalista, neste sentido, ou se cumpre ou se paga a indenização.⁴⁵⁴

O que pode ser mensurado pelo custo mais viável pelo cumprimento ou pelo incumprimento contratual, eis que se o devedor tenha a indenizar menos do que aquilo que lhe custaria cumprir, haverá um incumprimento eficiente, uma internalização integral dos danos causados a esse credor, o valor agregado de bem-estar aumentará, pois o bem estar do credor aumentou e o do devedor não diminuiu.⁴⁵⁵

É válido salientar que o incumprimento pode ser induzido mediante a interferência de terceiros a provocar conluíus, pois o cumprimento pode ter efeitos indesejados, é o que a doutrina denomina de *tortious interference*.⁴⁵⁶

Todavia, é difícil provar a existência e a dimensão da confiança nos contratos, notadamente a dimensão psicológica que lhes subjaz, os custos de oportunidade, bem como os lucros cessantes.⁴⁵⁷

Possíveis ilicitudes ficam a cargo da justiça corretiva, a *restitution*, disciplinando os devedores de acordo com o não locupletamento indevido, de enriquecimento sem causa.

A restituição passa a ser uma alternativa a tutela do cumprimento, ainda que possa discutir-se se atribuir mais essa salvaguarda do interesse do credor não irá conflitar com a distribuição de risco inicialmente pretendida pelas partes – um problema a ser resolvido através da determinação da vontade conjectural das partes⁴⁵⁸, ainda que deva reconhecer-se que pode caber na assunção de riscos averbar perdas superiores ao valor do cumprimento, através de uma restituição que permita o cortar de amarras sem

⁴⁵³ Ibidem, p. 714

⁴⁵⁴ Idem

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 746

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 765

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 800

⁴⁵⁸ KULL, Andrew. *Restitution as a remedy for breach contract*, Southern California Law Review, 67, 1994, p. 1465-1470

constrangimentos e sem explorações oportunistas de última hora dos vínculos partilhados ou subsistentes.⁴⁵⁹

A doutrina apresenta o *disgorgement*, como a entrega de um ganho que adveio ao devedor independentemente de transferência do credor, a título de exemplo, uma contrapartida de lucros cessantes que o credor frustrado tivesse dificuldade de integrar na indenização, como uma redistribuição dos lucros de uma parte a outra, seja por emprego de equidade ou proveniente de um ilícito.⁴⁶⁰

Salienta-se que a análise econômica pela restituição é algo recente, embora reconhecida como essencial à disciplina dos contratos, face à responsabilidade das partes contratuais.⁴⁶¹

Enquanto a responsabilidade contratual se centra no cumprimento e na confiança entre as partes, a responsabilidade extracontratual se interessa pelo impacto dos variados regimes cabíveis nos níveis de prevenção de prejuízos e acidentes, pela gradação entre dolo e negligência.⁴⁶²

A precaução num contrato trata-se de um esforço bilateral, através do qual o devedor evita o incumprimento, ao passo que o credor evita o seu próprio excesso de confiança, são todos investimentos cooperativos.⁴⁶³

A mitigação se refere à conduta do credor a fim de minimizar alguns dos prejuízos resultantes do incumprimento, por exemplo, quando o comprador ao se cientificar da mora do devedor, pode adquirir bens substitutos no mercado para remediar a situação e não atrasar sua produção.⁴⁶⁴

No caso dos contratos administrativos em comento, se torna cristalina essa mitigação no que diz respeito ao excesso de garantias que o poder público dispõe para evitar riscos de incumprimento do parceiro privado, conforme comentado outrora.

⁴⁵⁹ BOUCKAERT, B. & G. DE Geest. *Essays in Law and economics, - contract, law, regulation, and reflections on law and economics*, Antwerpen, Maklu, 1995, p.475

⁴⁶⁰ ARAÚJO, op. Cit. p. 820

⁴⁶¹ Ibidem, p. 826

⁴⁶² Ibidem, p. 832

⁴⁶³ Ibidem, p. 835

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 836

Isto leva a refletir sobre a possibilidade de prestar satisfação a sociedade sobre a completude contratual em tempo hábil, ainda que por um preço demasiado alto por parte do Estado, e por consequência de todos.

O excesso de confiança pode levar a utilização destes recursos, o denominado *overreliance*, “o credor que não toma precauções adequadas confia demasiado, e o que se previne em excesso confia de menos.”⁴⁶⁵

Lembrando que os danos econômicos puros ficam fora do quantum indenizatório, ou seja, não são ressarcíveis, tendo em vista que a natureza do negócio guarda o risco natural da economia. Estes ocorrem por fatores locais, puros acidentes históricos, uma perda financeira que não corresponde a um dano físico, são situações geradas pelo mercado.⁴⁶⁶

Segundo a regra de *Learned Hand*, a partilha do risco deve considerar a aptidão de cada parte, recaindo naquela que melhor conduz para a sua solução, o que pode ser vislumbrado no trecho a seguir colacionado:

Uma aplicação direta da regra de *learned hand* no seio dos contratos conduz diretamente à conclusão de que é possível promover dentro do contrato a partilha eficiente do risco, fazendo-o recair mais pesadamente sobre a parte com maior aptidão para suportá-lo, o superior *risk bearer*. E não temos sequer de nos cingir, pois a análise econômica dos contratos costuma recomendar que os deveres sejam cometidos principalmente à parte capaz de se desincumbir com menor custo, e os direitos e as oportunidades sejam conferidos prioritariamente à parte susceptível de explorá-las com maior eficiência – por forma a originar uma *precaution cost liability* diretamente incentivadora da precaução eficiente.⁴⁶⁷

Se estivermos em meio a contratos administrativos, o mais provável é que problemas envolvendo carácter técnico deva ser solucionado pela empresa prestadora do serviço, já quando presente falhas no aspecto regulatório deva o poder público averiguar as suas causas.

Se os custos de transação forem muito altos, restarão as regras de responsabilidade, para reparar o que não foi possível prevenir, eis que nem sempre é

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 840

⁴⁶⁶ Idem

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 875

possível averiguar todos os riscos, como ocorre, por exemplo, nos contratos de seguro, onde há a troca de um custo incerto por um custo certo.⁴⁶⁸

As soluções propostas, seja na responsabilidade contratual ou extracontratual, representam captura de renda e redistribuição de riqueza entre as classes econômicas e os setores de atividade.⁴⁶⁹

A doutrina elenca a possibilidade de *decoupling*, quando há separação das funções reparadora e preventiva, a diferenciação entre aquilo que o responsável paga, e aquilo que a vítima recebe, para mitigarem a vitimização de lesantes e inadimplentes com danos punitivos exagerados, ou contrariando o oportunismo dos que tentam alcançar riquezas por essa via, incentivando aos acordos extra-judiciais.⁴⁷⁰

Há uma regra probatória, denominada *promissory estoppel*, que visa retirar, daquele que não cumpre obrigações contratuais, por não haver *consideration*, bloqueando a incongruência oportunista.⁴⁷¹

Prende-se a este instituto um outro, o da *equitable estoppel*⁴⁷², mediante o qual, se defende a existência de um dever moral de corresponder à confiança de convicções induzidas, de santificação das promessas e o dever de não mentir, isto é, na consideração autônoma do valor das promessas.⁴⁷³

O grande problema da *consideration* é traçar as fronteiras no plano do que seria exigível do que não seria, equívocos de bilateralidade e onerosidade, por isso que muitas vezes se recorre ao apoio dos formalismos, se algo é judicialmente exigível.⁴⁷⁴

De outra banda, para interpretar e integrar contratos recorre-se a formalismos e ao que seria a vontade hipotética das partes, alcançando de certa forma subjetivismos.⁴⁷⁵

Há uma distinção, contudo, sobre o uso da *law and economics* no universo da *common law* e no da *civil law*, eis que é mais plausível à primeira conceder

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 885

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 899

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 908

⁴⁷¹ Ibidem, p. 1030

⁴⁷² Ibidem, p. 1033

⁴⁷³ Idem

⁴⁷⁴ Idem

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 1040

liberdades no plano contratual, por conceber a intervenção do direito na vida social, enquanto a *civil law* tende a estar balizada por princípios e regras sistematizadas.⁴⁷⁶

(...)é reconhecer-se o profundo compromisso da abordagem da law and economics com o universo do common law, em parte por simples acidente, pelo fato de a escola se ter desenvolvido principalmente naquele ambiente, em parte porque a judge-made law está, por definição, menos exposta aos riscos da abstração e da generalização do que a legiferação e a codificação, e menos dependente do jogo político – logo, aparentemente mais dúctil e receptiva aos ensinamentos doutrinários da nova abordagem econômica, e no entanto, o civil law apresenta uma vantagem não despreciable: a de permitir que critérios de eficiência se insinuem nas próprias balizas das decisões judiciais, com uniformidade e transparência, poupando aos juízes os custos de individualmente tentarem incorporar nas suas decisões critérios de eficiência com os quais rectificassem as normas, tarefa decerto menos eficiente e mais exposta à descoordenação e à incongruência, uma das razões decerto pelas quais a abordagem econômica à Teoria do Contrato tende muitas vezes e privilegiar a posição do legislador em detrimento da do julgador, também porque o legislador tem as mãos livres para moldar soluções novas, não estando tão amarrado a precedentes.(...)

No entanto, em caso de colapso do sistema, as partes podem optar por formas alternativas de composição de litígios, tanto num caso como noutro, eis que a análise econômica tem servido de catalizador na diluição das barreiras teóricas e práticas entre ambas as famílias de direitos.⁴⁷⁷

Porém, é por não desprezarem as dificuldades que o desafio se torna mais almejado, notadamente as diferenças que os abismos culturais são capazes de determinar ante as soluções contratuais em face de um mesmo problema econômico.⁴⁷⁸

As complicações conexas, a incompetência judiciária, o excesso de litigância e o entusiasmo com as normas supletivas teve que dar lugar às necessidades de considerar a heterogeneidade e a junção com as normas extra-jurídicas.⁴⁷⁹

Por fim, a convergência entre as famílias em comento tende a alcançar o objetivo comum nessa corriqueira vivência de elaboração contratual além das fronteiras internas: os valores da globalização como instrumento útil a linguagem universal da análise econômica.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 1042

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 1047

⁴⁷⁸ Idem

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 1054

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 1060

7.1A ABORDAGEM RELACIONAL E AS DELEGAÇÕES NEGOCIAIS

A principal razão das normas sociais e os meios privados de resolução de litígios para a disciplina dos contratos, é que elas tendem a evidenciar maior rigidez do que as normas jurídicas, eis que os envolvidos reconhecem as mesmas normas sociais, posto que já estão unidos por laços que dispensam muito do esforço de sedimentação da confiança bilateral.⁴⁸¹

Talvez haja um sentimento de completude entre as normas sociais e as normas jurídicas, os usos do comércio, por exemplo, a *lex mercatória*, cede nas pretensões formalistas em favor do pragmatismo, onde o contrato teria se tornado uma categoria residual, encontrando-se todos os demais contratos interpessoais absorvidos por ramos e instituições jurídicas, tais como emprego, família, consumo, entre outros.⁴⁸²

A flexibilização no âmbito dos contratos tem gerado essa luta pela continuidade na execução, apesar dos infortúnios que porventura surgirem em sua dinâmica, no sentido de zelar pela eficiência destes.

A incorporação dos usos na disciplina externa dos contratos permite intenções *ex post* prevalecendo sobre a rigidez das estipulações explícitas *ex ante*, poupando às partes parcela dos custos de renegociação.⁴⁸³

No entanto, o ponto crucial para a boa aceitação destas flexibilizações estão vinculadas a boa-fé entre as partes, a confiança estabelecida entre ambas, cujo objetivo seja o mesmo, adquirir o grau máximo de eficiência na realização dos ditos contratos.

A tutela da confiança entre as partes (*a reliance*) pode ajudara esclarecer o ponto, na medida em que permite sustentar que, depositando as partes mais confiança nos usos do que nas estipulações explícitas, o respeito pelos interesses delas deve aconselhar a prevalência dos usos, aquilo com que as partes mais imediatamente contam.

Isso não impede que as partes possam laborar em erro quanto aos valores e interesses que partilham, já para não falarmos de efeitos de assimetria informativa, acabando por incorrer em ineficientes faltas de precaução apenas porque falsamente se representam(...)⁴⁸⁴

⁴⁸¹ ARAÚJO, op. Cit. p. 355

⁴⁸² Ibidem, p. 370-372

⁴⁸³ Ibidem, p. 374

⁴⁸⁴ Idem

Eis o risco quanto ao uso de fontes normativas não positivadas, nos contratos administrativos, em locais onde as instituições não funcionam como deveriam, gerando custos altos de transação na solução de conflitos.

A regra da reciprocidade é o núcleo central para haver ganhos para ambas as partes, no entanto, desdobra-se em três aspectos: condições de surgimento, colocação em prática e produção de efeitos.⁴⁸⁵

No que pertine ao primeiro aspecto, trata-se da manifestação de capacidade adaptativa, eis que punir violadores resulta em segurança; quanto ao segundo destaca-se pela definição dos pressupostos da efetividade das sanções; e por fim, o último diz respeito ao modo como a reciprocidade proporciona cooperação e ajuda na solução de problemas.⁴⁸⁶

O autor enfatiza um outro problema, os denominados *endgames*:

É essencialmente o oportunismo que, contando com a exiguidade de tempo e de lances de que dispõe a contraparte para reagir, tenta, através de uma alteração inesperada de conduta (o pomposamente designado *venire contra factum proprium*), capturar renda provocando desequilíbrios na execução dos deveres contratuais – trata-se do endgame absoluto com que contam ambas as partes (por exemplo porque a relação tem um prazo improrrogável, ou porque as partes já foram para litígio em tribunal), ou do endgame induzido pelo comportamento de uma das partes que faz quebrar a confiança da outra, já que em qualquer dos casos a ameaça ou a retaliação substituir-se-ão aos mecanismos jurídicos e extra-jurídicos que asseguram às partes algum sucesso na preservação da sua relação contratual longa.⁴⁸⁷

Sendo assim, os *endgames* aparecem como uma postura comportamental de modo a atingir a contraparte através de captura de renda, ou quebra de confiança, em função da posição subjugada de uma parte, que não dispõe de ferramentas para se defender, e que ao final, termina se submetendo aos comandos abusivos da outra.

É muito comum identificar essa espécie de atitude, quando os contratos administrativos são celebrados com prazos exíguos, seja em razão de megaeventos, seja em razão do caráter emergencial que o envolve, e que por ausência de opção repercute num aumento de custos por parte do poder público.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 389

⁴⁸⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p.389

⁴⁸⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 392

Essa quebra de cooperação, embora possa dar continuidade a uma execução contratual em trâmite, é nitidamente abusiva, e tende a comprometer futuros acordos, seja em relação às mesmas partes, ou a indivíduos diversos que não compactuam com condutas oportunistas.

Otraço comportamental também pode repercutir de modo negativo, quando o vencedor usa de todas as armas para atuar em prol do maior aporte de rendas, sem mensurar a forma como vai ocorrer a propagação de sua reputação.

Pode-se extrair algumas conclusões referente às características básicas dos contratos relacionais: o empenho auto-sustentado das partes; a não aferição ou explicitação de todos os termos no momento de conclusão do contrato; interdependência entre as partes e necessidade de referência a normas sociais e a sanções extra-jurídicas.⁴⁸⁸

No que tange a primeira característica extrai-se a ideia orgânica dos contratos; quanto à segunda, está relacionada à necessária estratégia planificadora pós-contrato e sedimentação de uma estrutura de governo; a terceira característica abarca um contexto social, e a última reclama dos intérpretes e aplicadores o esforço de buscarem o contexto social.⁴⁸⁹

Neste sentido, não importa se a solução parte do âmbito interno ou externo, se recorre ao uso de normas supletivas, ou na integração *ex post*, através da litigância ou arbitragem, se através dos órgãos e de processos nos próprios termos do contrato, mas o ideal é que haja reciprocidade com uma função agregadora entre as partes.

No Brasil, tem sido dificultoso encontrar uma agregação de esforços entre as partes contratuais, na medida em que os riscos são divididos de forma desigual, conforme mencionado outrora.

⁴⁸⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 429

⁴⁸⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 429

7.2 A INEFICIÊNCIA CONTRATUAL E AS PRIVATIZAÇÕES

Às vezes, essas ineficiências contratuais levam a uma má aceitação dos serviços e obras públicos, fazendo pairar a dúvida sobre a possibilidade de privatização, tendo em vista a repercussão da baixa qualidade na disposição destes serviços à população.

Araújo analisa a privatização dos serviços públicos sob três perspectivas: a ênfase na assimetria informativa entre o regulador e o operador; a análise na definição dos direitos de propriedade e a perspectiva que incide na escolha e desenvolvimento dos modos de governo contratuais e institucionais.⁴⁹⁰

A privatização trouxe a redefinição dos modos de governo, institucional e contratual, cujo quadro normativo passa a conter normas que definem *standards*, prevenindo externalidades negativas, normas de transparência que impedem o oportunismo do regulado ou de captura do regulador; normas que diretamente protegem alguns bens, em função da sua escassez ou por razões de eficiência e sustentabilidade.

Houve influência na redução das despesas dos orçamentos públicos, para a modernização da infra-estrutura em redes públicas visando a continuidade e universalidade dos serviços, à reentronização da concessão e à privatização de empresas estatais, conforme descrição sumária de Stiglitz:

Austeridade fiscal, privatização e liberação do mercado foram os três pilares da recomendação do Consenso de Washington durante as décadas de 1980 e 1990. As políticas do Consenso de Washington foram desenhadas para responder a problemas bastante reais na América Latina, e faziam considerável sentido. Na década de 1980, os governos desses países incorriam em frequentes déficits. Perdas derivadas da ineficiência de empresas governamentais contribuíram para esses déficits. Isoladas da competição por medidas protecionistas, empresas também comprovadamente ineficientes impunham altos preços aos consumidores. A falta de política monetária levou à crescente de descontrolada inflação. Países não suportam grandes déficits por seguidos períodos; e não é possível conciliar hiperinflação com crescimento sustentável. Algum nível de disciplina fiscal é necessário. Muitos países seriam melhores se o governo focalizasse a prestação de serviços essenciais ao invés de administrar empresas que poderiam ser razoavelmente conduzidas pelo setor privado, fatos que frequentemente dão sentido à privatização.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 446-447

⁴⁹¹ STIGLITZ, Joseph E. *Information and the Change in the Paradigm in Economics. The American Economic Review*, 2002, p. 53

É em função da maior eficiência no setor privado, que tem sido mais recorrente os fenômenos de privatizações, onde se transfere totalmente a atividade do setor público, submetido a regime jurídico de direito público, com supremacia do interesse coletivo sobre o particular, para uma outra estrutura, na qual todas as regras seguem o direito privado.

Todavia, o que se percebe no sistema de parcerias, diferentemente do que se tem na privatização, é uma alternativa encontrada pelo poder público para partilhar os riscos provenientes da obra ou serviço público, sem necessitar chegar ao extremo de uma privatização.

*En el caso de la PPP, no se verifica la privatización de activos ni de cometidos estatales sino, por el contrario, la adquisición de activos de infraestructura y servicios conexos por parte del Estado con financiación del sector privado.*⁴⁹²

As privatizações tem sido, ao menos no Brasil, uma opção não muito bem aceita pela maior parte da população, tendo em vista a maneira como ela vem ocorrendo, onde ao invés de se efetivar a transferência por um montante compatível com o valor de mercado, há clara depreciação nos valores atribuíveis às empresas, com o objetivo de favorecer a classe empresarial.

De outra banda, nas PPPs não há tecnicamente privatização, mas concessão de serviço público, de acordo com a legislação, devendo ocorrer a aquisição de ativos do setor privado, para a execução contratual, não obstante o sistema de garantias.

*Por otra parte, tampoco constituyen PPP las llamadas privatizaciones ya que, según certera enseñanza, privatizar es pasar algo del sector público al sector privado, proceso que puede comprender tanto cosas como actividades, ser total o parcial, y llegar hasta adoptar determinadas formas institucionales.*⁴⁹³

⁴⁹² PETIT, José Luis Echevarria. *Infraestructura y participación público privada*, en *Tribuna del abogado*, Montevideo, junio-julio 2011, nº 173, p. 7. Tradução : No caso da PPP, a privatização de ativos ou tarefas estatais não é verificada, pelo contrário, a aquisição de ativos infra-estruturais e serviços relacionados pelo Estado com financiamento do setor privado.

⁴⁹³ SHIAVONE, Héctor Frugone. *Regulación general de la prestación de las distintas actividades de la administración en la ley 16.211 de empresas públicas*, en *Re. Jurídica Estudiantil*, año VI, nº IX, p. 35. Tradução: Por outro lado, as PPPs não constituem as chamadas privatizações, pois, segundo um ensino preciso, privatizar significa passar do setor público para o privado, um processo que pode abranger tanto coisas quanto atividades, ser total ou parcial e até adotar certas formas institucionais.

No entanto, as privatizações brasileiras, muitas vezes, dispõem dos recursos públicos para a compra da referida estatal, através de empréstimos concedidos por bancos públicos, cujo pagamento se dá com prazos longínquos e a juros irrisórios, desvirtuando o sentido de arrecadar o máximo de capital possível, através de um valor no mínimo justo de mercado, para recuperar determinadas áreas de atuação exclusiva no setor público.

Este caso pode ser nitidamente observado, se analisarmos o caso de privatização da Companhia Vale do Rio Doce, onde este cenário foi cristalinamente perceptível aos olhos da sociedade.

Entre os marcos da privatização, que serão estudados e debatidos nos próximos meses nos comitês, está o Plano Nacional de Desestatização, de julho de 1995. A venda do patrimônio da Vale fez parte de uma estratégia econômica para diminuir o déficit público e ampliar o investimento em saúde, educação e outras áreas sociais. Cerca de 70% do patrimônio estatal foi comercializado por R\$60 milhões, segundo o governo. “Vendendo a Vale, nosso povo vai ser mais feliz, vai haver mais comida no prato do trabalhador”, disse o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em 1996. A dívida interna, entretanto, não diminuiu: entre 1995 e 2002 ela cresceu de R\$108 bilhões para R\$654 bilhões.

Na época, a União declarou que a companhia não custava um centavo ao Tesouro Nacional, mas também não rendia nada. “A empresa é medíocre no contexto internacional. É uma péssima aplicação financeira. Sua privatização é um teste de firmeza e determinação do governo na modernização do Estado”, afirmou o deputado Roberto Campos (PPB/SP) em 1997. No entanto, segundo os dados do processo, o governo investiu R\$2,71 bilhões durante toda a história da Vale e retirou R\$3,8 bilhões, o que comprova o lucro.⁴⁹⁴

O que nos faz refletir sobre a opção em estabelecer contratos de concessão, ainda que com uma nova roupagem, relativizando riscos, ao invés de efetivamente partir para uma mais radical ação de privatização, até como uma forma de proteger o patrimônio público nas suas atuações como agente direto na economia.

“as vantagens da concessão mostram o seu papel, como ele vem a ser presente. Ela substitui a ação do Estado pela ação individual e essa substituição não pode ter senão consequências positivas, a iniciativa privada é mais fecunda em resultados que a da administração”⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Disponível em : <https://www.brasildefato.com.br/node/13191/>. Acesso em 30/12/2017

⁴⁹⁵ DREYFUR, Albert. *Étude juridique de la concession de travaux publics*. Paris: Pedonne, 1896, p. 18

Isto leva a crer na dúvida sobre o possível sucateamento das empresas públicas, repercutindo na péssima qualidade dos serviços públicos, o desinteresse em assumir obrigações quando estas poderiam ser transferidas, desde que não guarde o caráter de exclusividade, para o setor privado, desafogando o leque de atribuições do poder público.

De outra banda, a iniciativa privada não tem como norte satisfazer a coletividade através da concessão de preços políticos de seus serviços e produtos, no máximo se limita as estipulações regulatórias do setor, mas do ponto de vista dos resultados há uma maior exigibilidade do que o serviço executado pelo Estado, notadamente nos seus preços, que não raras vezes, se tornam inacessíveis à parcela da sociedade, alvo de críticas pela coletividade, que exige qualidade de serviços públicos prestados pelo Estado e a preços módicos.

Em artigo defendido por Cavalcanti, essa questão tarifária é demonstrada de forma cristalina, quando há incursões do poder público na esfera dos serviços, comprometendo os resultados dos custos esperados pela empresa, e sobrecarregando o Estado para tornar tais serviços acessíveis ao público.

Esse e outros problemas, como o preço político das tarifas, a insegurança dos procedimentos impositivos de sanção, dentre tantos outros, se apresentaram em praticamente todas as áreas nas quais a figura da concessão estava presente. Além disso, em algumas delas, concessões foram outorgadas sem procedimentos seletivos, muitas vezes em função de meros favorecimentos, como aconteceu com o setor de transporte rodoviário de passageiros no âmbito interestadual.⁴⁹⁶

O comércio de combustíveis a pouco vivenciado no Brasil, levou a Petrobrás a uma situação preocupante, em razão do preço político das tarifas, apesar de objetivar a permanência de um cenário político de governo.

Desse modo, o problema da captura é latente nos governos onde as instituições não funcionam de forma eficiente e transparente, corroborando com o comprometimento da regulação de mercado e na prestação dos serviços dispostos a população, levando a ideia equivocada de que a privatização seria a solução, ao invés do fortalecimento das instituições públicas.

⁴⁹⁶ CAVALCANTI, op. Cit. p. 243

7.3 GESTÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE PPP

Os contratos realizados no âmbito da administração pública, no que diz respeito a obras de infraestrutura, podem ser de dois tipos: *hard* e *soft*, no primeiro tipo -de infraestrutura hard- os investimentos são maiores, pois exigem a construção de obras como prédios e equipamentos, enquanto no segundo tipo -de infraestrutura soft- há ênfase na prestação de serviços.⁴⁹⁷

Por isso, para a realização de um serviço ou uma obra sempre tem que se calcular o *Value for Money*, o qual captará o benefício e o custo total do projeto durante a vida útil, bem como suas externalidades como crescimento econômico, impacto ambiental, mobilização dos recursos, impacto social, governança, e qualidade da prestação.⁴⁹⁸

Sabendo-se que o país exige maior investimento em infraestrutura, pois não haverá crescimento autossustentado sem desenvolver estradas, siderurgia e geração de energia, é essencial que parceiros privados adentrem no investimento de projetos de infraestrutura do tipo *hard* e encontre instrumentos jurídicos adequados para assegurar garantias e responsabilidades respectivas, desde que realizados com cautela e eficiência.

Segundo Marcos Nóbrega⁴⁹⁹, o modelo contratual clássico de uma PPP traz uma racionalidade ilimitada pelas partes contratantes, processando informações de maneira ótima, cujas trocas são efetuadas a custo zero, maximizando a utilidade das partes no contrato.

Não obstante, após o compromisso assumido contratualmente, as partes tendem a agir de maneira assimétrica, levando a parte contrária a arcar com os custos na averiguação da informação verídica.

Isso leva a renegociações em virtude da incompletude dos contratos, *moral hazard*, que se trata do risco moral, seleção adversa, a qual relaciona as tentativas da parte abstrair o máximo de informações possíveis com mecanismos apropriados, fazendo a

⁴⁹⁷ NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 55

⁴⁹⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 61

⁴⁹⁹ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. N. 18 maio-julho, 2009, Salvador, p.02

empresa agir com *signalling*, sinalizando respostas dedutíveis relacionadas pelo poder público.

Tudo isso se dá em virtude da racionalidade limitada do governo, uma vez que quem detém o conhecimento técnico é a empresa concessionária, que muitas vezes não tem o condão de participar do certame e leva ao comprometimento sabendo que efetuará sucessivas renegociações, agindo assim com oportunismo, e gerando custos de transação de grande monta para o poder público na gestão desses contratos incompletos.⁵⁰⁰

Nesse sentido, os contratos de PPP são analisados sob a Teoria do Agente-Principal, no que concerne aos níveis de eficiência correspondentes, por meio da qual o poder público, concedente e principal, deveria monitorar o desempenho do concessionário, agente, mas para que isso ocorra, os contratos devem vir com diversas formas de incentivo para que haja um resultado eficiente no cumprimento desses contratos.

Ocorre que esses incentivos são dispendiosos, levando o agente a se comprometer quanto ao cumprimento integral do contrato sob as condições iniciais pactuadas, embora com informações assimétricas no que tange a possibilidade de atendimento às determinações do governo, gerando muitas vezes frustrações no transcurso do cumprimento.

Isso necessariamente leva as constantes renegociações, que também são custosas para o poder público, uma vez que terão que desembolsar mais recursos para o pagamento contínuo e de longo prazo durante a realização da obra ou serviço.

No caso da Arena Multiuso em Pernambuco, foram efetivados três termos aditivos, alegando reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, corroborando com o argumento supra citado.

Em virtude dessa problemática, a única alternativa para a contenção dessas irregularidades iniciais, e para impedir comportamentos oportunistas do parceiro privado, seria o poder público ter realizado fiscalizações constantes e corriqueiras sobre o setor, eis que o art. 5º, 9º, 10 e 18 da Lei 8987/95, aponta este aspecto como critério para avaliação de desempenho do setor privado, realizado por meio do governo, como mecanismo supletivo a legislação de PPP.

⁵⁰⁰ BELEZI, Fábila Mara Felipe. PPP: adequada alocação de riscos em prol da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Administrativo Regulatório**. MP Editora, 2013, vol. 06, p. 141

Neste sentido, mister se faz a realização de fiscalizações em todos os setores de infraestrutura, o que exige conhecimento técnico, ponto de maior carência no âmbito da administração pública, impedindo que as inspeções se concretizem com afinco, afora a corrupção que tangencia os mecanismos de controle e muitas vezes impedem conclusões genuínas.

Para minorar o fator das assimetrias nos contratos de PPP, Marcos Nóbrega⁵⁰¹ aponta como uma solução a influência no fator de risco, sendo a melhor opção a antecipação deste.

Cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (*Total Project Value*), considerando a capacidade de cada parte para influenciar o correspondente fator de risco, influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco e absorvendo o risco.

Maurício Portugal define três critérios de gestão dos riscos nos contratos de PPPs: alocar o risco à parte que disponha de um menor custo para reduzir as chances de sua materialização; alocação dos riscos a parte que melhor gerencie-o em caso de ocorrência, a exemplo de um seguro, e evitar que a parte cujo risco foi atribuído, externalize as consequências para terceiros.⁵⁰²

Caso esses fatores não sejam evitados, os valores cobrados pelo serviço ao final serão incididos com todos os custos embutidos, prejudicando sensivelmente o consumidor final e assim a sociedade, fato ocorrido no caso da Arena Multiuso.

Lewis, já adotava essa postura de alocar riscos em PPP por meio dos incentivos e por meio do *Value for Money*, sendo o primeiro direcionado para a parte mais apta a controlá-lo e o segundo a parte mais apta a efetuar-lo a um custo menor.⁵⁰³

Além disso, os valores muitas vezes utilizados para a efetivação dos investimentos privados são provenientes dos bancos públicos, como o BNDES⁵⁰⁴ (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), ou seja, a empresa privada,

⁵⁰¹ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In TIMM, Luciano Benneti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 404

⁵⁰² RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80

⁵⁰³ LEWIS, M. K. *Risk management in public private partnerships*, 2001, p. 15

⁵⁰⁴ Disponível em : http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/apresentacoes/fiocca_ppps.pdf. Acesso em 21/10/2014

nem sequer desembolsa valores para participar de concessões públicas, levando ao comprometimento de maneira indireta dos recursos públicos.

Como pode ser observado nesse trecho exarado no jornal “O valor econômico”:⁵⁰⁵

A Triunfo Participações e Investimentos (TPI) anunciou nesta terça-feira que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) aprovou um empréstimo-ponte de R\$ 1,06 bilhão para sua subsidiária Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil (Concebra).

O empréstimo terá prazo de até 18 meses, com remuneração pela Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), mais spread de risco de 2% ao ano.

Segundo a Triunfo, os recursos serão usados para financiar os investimentos em melhoria e ampliação da infraestrutura das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262.

A concessão desse lote de rodovias foi conquistado em leilão realizado em dezembro do ano passado. Ao todo, os trechos têm 1.176,5 quilômetros de extensão e percorrem o Distrito Federal e os Estados de Minas Gerais e Goiás.

Acresce-se ainda que, algumas benesses são concedidas a essas empresas pelo próprio poder público, que admite auxílios do estado, para o pagamento desses valores.

Para Moncada⁵⁰⁶, a intervenção indireta pode ocorrer através de infraestrutura, polícia(regulação) e fomento como mútuo privado; subvenção pública, por exemplo a concessão de benefícios fiscais, aval, garantia de emissão de obrigações, empréstimos e subsídios. Além de outras formas como a assistência técnica, estudos, crédito a juro bonificado, dilatação do prazo das dívidas, previdência, proteção as Pequenas e Médias Empresas, fundo de fomento a exportação, pensões.

Nesse sentido, as empresas privadas recebem além dos pagamentos efetivados pelas obras ou serviços prestados,os empréstimos concedidos pelo próprio poder público, afora a dilatação do prazo para pagamento desses empréstimos, gerando para a economia diminuições de receita ou mesmo aumento de despesas.

⁵⁰⁵ Disponível em : <http://www.valor.com.br/empresas/3592140/triunfo-bndes-concede-emprestimo-de-r-1-bilhao-para-concebra#ixzz3DuLXG33V>. Acesso em 20/09/2015

⁵⁰⁶ MONCAVA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**,4.ed., Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 42-43, 494-495

A isenção ou dedução são diminuições de receita, pois deixa-se de arrecadar. Enquanto as subvenções e restituições são despesas, pois aumenta-se a dívida pública.⁵⁰⁷, nesse sentido, Antônio Carlos dos Santos⁵⁰⁸ acentua a possibilidade de presença de distorções fiscais em virtude desses auxílios que o próprio estado concede.

Distorções fiscais, para Santos são os auxílios de estado que podem servir como distorções ativas do estado, objetivando ao benefício de certas empresas.⁵⁰⁹ Cavalcanti⁵¹⁰, também aponta tal questão, quando diz que os financiamentos às grandes empresas com juros abaixo do sistema financeiro, os créditos concedidos pelo BNDES direcionam cerca de R\$210 bilhões, canalizados para cerca de 70 empresas, e assim provocando grandes descompassos no sistema financeiro do país, em função de tratamento favorecido às empresas privadas pelo próprio setor público.

Para Cavalcanti⁵¹¹, a globalização gerou perda da soberania econômica nacional, assegurando taxas de lucros aos investidores, deslocando a riqueza para os privados. E o Brasil se viu forçado a oferecer títulos públicos de alta rentabilidade, causando o endividamento apesar do “superávit primário”, faltando recursos em áreas fundamentais como saúde, educação e meio ambiente.

Segundo a folha de São Paulo, o benefício fiscal deixa de arrecadar 33 bilhões de reais por ano, 2,34% do PIB, e isso gera a ilegitimidade por ferir a igualdade, aventada por Catão⁵¹².

Nesse sentido, essa ausência de legitimidade e cristalina desigualdade fiscal pode levar ao que Shoueri⁵¹³ aponta: “a norma tributária indutora é um medicamento forte, cujos efeitos danosos podem superar os desejados, não gerar desvio de conduta e transladado para o consumidor final, gerando inflação.”

⁵⁰⁷ CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59

⁵⁰⁸ SANTOS, Antônio Carlos. **Auxílios do Estado e Fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 311

⁵⁰⁹ Idem

⁵¹⁰ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre a atividade do estado frente a atividade econômica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-75

⁵¹¹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Considerações sobre incentivos fiscais e globalização**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Org.). **Incentivos fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 169-192.

⁵¹² CATÃO, op. Cit.

⁵¹³ SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

Embora todos os aspectos supra mencionados, o papel da regulação sobre as PPP's, com base no art. 174 da CF/88 nasce como um fator crucial para impedir tamanhas incongruências no sistema jurídico e econômico brasileiro.

Não obstante, outro fato que envolve a fiscalização sobre as PPP's se trata da captura do setor regulado pelas próprias empresas privadas, que terminam engessando o papel regulatório, que deveria agir na contenção de falhas contratuais, e não corroborando com as práticas irregulares.

8 A FISCALIZAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO ALTERNATIVA AOS CONFLITOS EM PPPS

8.1 A CAPTURA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA

O problema da captura regulatória tem sido alvo de preocupação em diversos setores, mas no setor de infraestrutura, onde se inserem as PPP's, isso é mais latente, em razão dos percalços provenientes da má gestão, da precária fiscalização, corroborando com as constantes renegociações e levando ao maior gasto público.

O Brasil ostenta o maior índice de renegociações de contratos de concessão (41%) em toda a América Latina (com média de 30%), sobretudo nos setores de água e esgoto (100%) e transportes (57%). A maioria das renegociações, cerca de 75%, é iniciada pelo governo (federal ou estadual), enquanto na América Latina isso ocorre em apenas 25% dos casos, o que sugere que os ciclos eleitorais têm impacto na estabilidade dos contratos em nosso país, provocando alterações em planos de investimento e tarifas. Apesar de as renegociações contratuais não serem um mal em si, o fenômeno no Brasil é sintoma de má redação dos ajustes e causa de inadequados valores de prêmios por riscos adicionais em projetos de infraestrutura.⁵¹⁴

O fenômeno da captura provém da doutrina americana denominada “*Capture Theory*”, a qual procura impedir a vinculação promíscua entre agência e governo instituidor ou entes regulados, comprometendo a independência da pessoa controladora.⁵¹⁵

Neste sentido, afirma Carvalho Filho:

(...) tais autarquias deverão ser fortes e atentas às áreas sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário dos lucros. (...)

Salienta o autor a necessidade do controle sobre os atos dos entes reguladores, para afastar indevidas influências das empresas concessionárias sobre sua

⁵¹⁴ BELEZI, Fabia Maria Felipe, op. Cit. p. 166

⁵¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 485

atuação, de modo a impedir que haja o benefício dessas empresas em desfavor dos usuários dos serviços. Isto tem gerado estudos e decisões por parte dos tribunais.⁵¹⁶

O TRF da 5ª Região, por exemplo, proferiu acórdão, por meio da Apelação Cível nº 342.739, cujo relator foi o Desembargador Francisco Cavalcanti, no sentido de obstar a nomeação para vagas no Conselho Consultivo de agência reguladora, destinada à representação de entidades voltadas para os usuários, por pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, embasado no suspeito desempenho destes agentes.⁵¹⁷

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Segundo a doutrina administrativa, ocorre abuso de poder por meio de dois aspectos: excesso de poder, quando a autoridade perpassa aos limites de sua competência, ou desvio de finalidade, quando a autoridade desvia a finalidade do interesse público colimado, e o que se pode denotar no setor de regulação são esses excessos perpetuados em função de favores políticos.⁵¹⁸

Para Marcos Juruena Villela Souto:

O fato da agência reguladora ser independente não significa que não possa ser objeto de controle. Esse controle pode ser administrativo, via contrato de gestão, controle social – por meio do direito de petição a ouvidorias ou aos legitimados à apreciação da validade dos atos – ou até por meio do recurso hierárquico impróprio (que se limite à declaração de ilegalidade dos atos regulatórios, após prévio parecer jurídico sobre o tema); pode se dar o controle no âmbito do Poder Legislativo (para sustação dos efeitos dos atos

⁵¹⁶ Idem

⁵¹⁷ Idem

⁵¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25 ed, Atlas, 2012, p. 95-169

ilegais) e dos Tribunais de Contas (limitado este ao exame das contas e não da parte regulatória em si) e, por fim, o controle judicial.⁵¹⁹

Aregulação tem se efetivado com altos indícios de captura, o que faz engessar a atuação do regulador a agir não só com deficiência técnica, mas com alto déficit de autonomia, destoando os objetivos de sua criação.⁵²⁰

Certamente, todos esses problemas envoltos na fiscalização estejam relacionados à questão do neoinstitucionalismo, aventado por Douglas North⁵²¹ e Oliver Williamson, apontando como uma das possibilidades das ineficiências entre as instituições o problema da racionalidade limitada dos indivíduos, os quais por confiarem nas estruturas de governo, terminam prejudicados em virtude dos oportunismos objetivados pelos indivíduos integrantes das instituições.⁵²²

O pensamento é reconhecido ainda por Coase em relação às escolhas das instituições, pois estas podem levar alguns setores da economia à melhora ou à piora. Segundo o autor: “o governo é, num sentido, uma super-firma

(mas de um tipo especial), já que está apta a influenciar o uso de fatores de produção por decisão administrativa.⁵²³

Coase aponta que sempre haverá custos de negociação, monitoramento e coordenação, cabendo sempre ao melhor gestor do risco reter esse encargo, acontece que deveria haver rediscussões sobre as cláusulas contratuais unicamente em situações excepcionais, como casos de contingências ou eventos imprevistos e não virar uma constante nos contratos realizados através de PPP.

⁵¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233

⁵²⁰ PEREIRA, Marília G. A. M. **O poder normativo no âmbito da ANP**. 2013. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

⁵²¹ “*The institutional environmental is the set of fundamental political, social, and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange, and distribution. Rules governing election, property rights, and the right of contract are examples of the type of ground rules that make up the economic environmental.*” (NORTH/DAVIS/SMORODIN. **Institutional change and american economic growth**. London: Cambridge University Press, 1971, p. 6)

⁵²² WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 2009, p.5, 253

⁵²³ Do original: “*The government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factors or production by administrative decision.*” [COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. *Journal of law and economics*, v. 3, out, 1960. Disponível em www.ccer.edu.cn/download/7874-4.pdf. Acesso em 10 de junho de 2015.

Visando a resolver o problema da captura o Projeto de Lei nº 3337 de 2004 vislumbrou impedir que os recursos arrecadados pelas autarquias não fossem desvirtuados para outros fins, e que não deixassem brechas para o uso em outra atividade que não a tracejada por lei, porém em virtude da não aprovação do projeto por quase vários anos paralisado e posteriormente retirado de pauta no Congresso Nacional, o problema prejudica até os dias atuais o papel fiscal das agências reguladoras, sobre a fiscalização de obras e serviços públicos por empresas privadas concessionárias.⁵²⁴

Além disso, este projeto veio estabelecer regras claras que prezassem pela independência do ouvidor de modo a melhorar a questão da estabilidade dos dirigentes das agências, ampliando seu período de quarentena, para impedir parcialidades.

Deveria garantir o preenchimento dos quadros da diretoria impedindo que houvesse vacância para não prejudicar o trabalho dos reguladores, e se não houvesse o quórum mínimo de três membros, deveria haver prorrogação do mandato, até a solução da vacância, até porque mandatos mais longos beneficiariam a sua independência, já que impediriam a troca completa dos membros dentro de um mesmo governo.

E ainda reforçavam os mecanismos de transparência e *accountability* (responsabilização), ampliando inclusive o prazo para consultas e audiências, incentivando a efetiva participação social nas decisões, bem como a prestação de contas ao Congresso Nacional no lugar dos contratos de gestão.

Ele recebeu 137 emendas, apesar de ter sido elaborada comissão especial para sua votação, um mês depois sua urgência foi cancelada, e novamente solicitada, só que após em caráter simbólico sem prazo, e ao final da legislatura a comissão foi extinta, e nada mais houve para seu prosseguimento.

Isso leva ao imprescindível controle judicial sobre a regulação de maneira sistemática como última solução a todas essas vicissitudes vivenciadas, além do controle de contas por meio do TCU, para combater atividades nocivas ao erário.

⁵²⁴ Disponível em: http://www.acendebrasil.com.br/archives/files/Energia_02.pdf, acesso em 07/03/2015

Embora, Shapiro⁵²⁵ discorde dessa atividade de controle do judiciário sobre as atividades regulatórias, no sentido de reconhecer o papel do juiz apenas como conhecedor de leis, sem conhecimentos específicos do setor especializado.

Judges are not expert at anything except law, and law is just words. By virtue of education and experience judges knew nothing about any of the Technologies that had created the modern world. They knew no nuclear engineering or chemistry or even poultry science. And judges not only had the wonderful virtue of knowing anything, they were also wielders of government power who could wield that power to overcome technocracy, now seen as the tyranny of experts. Most importantly, judges traditionally performed the legitimate government role of judicial review of the agencies, a role that had been limited, but also consolidated, by the administrative procedure acts.

Não obstante, este argumento pode ser facilmente atacado, uma vez que o papel do perito solucionaria de pronto tal questão. Inclusive o próprio Shapiro, na mesma obra, acentua que o alto conhecimento técnico das agências pode levar a preferências pessoais ocultas, o que inevitavelmente corrobora com a imprescindibilidade do controle judicial sobre suas atividades, ainda que unicamente referentes à estrita legalidade administrativa, com base no art. 5º II da Carta Maior.

8.2 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE MITIGAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DIANTE DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA

Sabendo-se que o direito administrativo constitui alvo de transformações velozes e importantes, tendo em vista a mutabilidade do interesse público, associado à globalização econômica, novos institutos vão surgindo, se amoldando às novas necessidades.

⁵²⁵ SHAPIRO, Martin. *Morality and the politics of judging*. Bekerly Law Scholarship Repository. 1988, p. 71. Tradução: Os juízes não são especialistas em nada, exceto na lei, e a lei é apenas palavras. Em virtude da educação e da experiência, os juízes não sabiam nada sobre nenhuma das tecnologias que haviam criado o mundo moderno. Eles não conheciam engenharia nuclear nem química, nem mesmo ciência de aves de capoeira. E os juízes não apenas tinham a maravilhosa virtude de conhecer qualquer coisa, mas também eram detentores do poder do governo que podiam exercer esse poder para superar a tecnocracia, agora vista como a tirania dos especialistas. Mais importante ainda, os juízes tradicionalmente desempenhavam o papel legítimo do governo de revisão judicial das agências, um papel que havia sido limitado, mas também consolidado, pelos atos administrativos do processo.

Neste sentido, novas funções de regulação estatal são apresentadas: atribuição da atividade regulatória a um novo tipo de entes administrativos, as agências independentes; tais funções devem ser exercidas com qualidade e eficiência; ampliação da regulação e controle; tais atribuições têm seu exercício se notabilizado por alto grau de discricionariedade; e ampliação da autoregulação e do autocontrole.⁵²⁶

Estas medidas de controle, por sua vez, precisam ser vias mais flexíveis, e dentre elas surge a figura da arbitragem, instância escolhida pelas partes, para que um terceiro, o árbitro, acerte a relação jurídica entre os pactuantes.

A arbitragem, portanto, é uma via alternativa para solucionar controvérsias, utilizada desde a antiguidade e Idade Média, e teve como fim evitar as confrontações bélicas no Direito Internacional Público. No Brasil é regulada desde a Constituição de 1824, que previa o juízo arbitral no art. 160.

Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Em 1923, o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra, incorporando-a por meio do Decreto 21.187 de 1932, bem como fez parte da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1975.

Mais a frente, surge a Lei nº 9307/96, lei da arbitragem, posteriormente modificada pela Lei 13.129/15, ao ampliar o âmbito de aplicação desta, para a Administração Pública direta e indireta, no que tange a direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei 8987/95, lei de concessões, autoriza a administração pública inserir previsão no contrato de concessão para o uso de mecanismos privados de solução de litígios, o que demonstra que o legislador brasileiro decidiu incorporá-la como meio extrajudicial hábil e seguro.

A Lei 11.079/04, lei de PPP, prevê no art. 11, III:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no

⁵²⁶ NOBRE JÚNIOR, op. Cit, p. 319

Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

O NCPC, Lei 13.105/15 prevê no art. 174 que os entes políticos devem criar câmaras de conciliação com atribuições relacionadas à autocomposição em âmbito administrativo, valorizando a utilização de métodos consensuais de resolução de litígios, diante do cenário de judicialização de um enorme quantitativo de demandas, elevando os custos de transação das partes litigantes pelo tempo esperado para a solução do caso concreto.

Não obstante, percebe-se que a ideia gera uma verdadeira confusão já que a administração pública não pode ser equiparada aos particulares, ao realizarem transações, na medida em que norteia o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, bem como o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, como basilares no Direito Administrativo.

(...)como prevê o art. 11, III, mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, o que seria inadmissível nos contratos administrativos em geral e “a fortiori” nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas “res extra commercium” e ao respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório. Assim, tal dispositivo consideramo-lo *inconstitucional*.⁵²⁷

É certo que existem diversos problemas para a composição de litígios na via judicial, repleta de processos, sem recursos apropriados, o que torna mais custoso para as partes aguardarem o fim do rito, e que este tem sido um dos fatores determinantes para o uso da via arbitral, tornando o instituto sujeito a críticas, numa possível contradição a ideia de interesse público indisponível.⁵²⁸

Embora o STF tenha confirmado a constitucionalidade da referida lei, e da constitucionalidade no uso da arbitragem pela administração pública, conforme AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, é notório perceber que mesmo quando a administração celebra contratos civis, existe um disciplinamento próprio em relação a esses contratos, distinguindo-os dos contratos de direito privado.

⁵²⁷ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>, acesso em 02/01/2019

⁵²⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder.** In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 39, p. 116-126, 2002.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas extra commercium. Tudo que diz respeito ao serviço público portanto – condições de prestações, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (cf. n. 21) ⁵²⁹

O Princípio da Legalidade admite a atuação da administração mediante autorização legal específica, não bastando a autorização genérica do art. 1º da Lei 9307/96, embora o art. 54 da Lei 8666/93 disponha que a administração pública pode ser valer supletivamente dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

Segundo Celso Antônio, os comandos da administração pública teriam natureza sublegal ou infralegal, não podendo inovar dessa maneira.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” ⁵³⁰.

A doutrina majoritária entende que o uso da arbitragem, embasada na Lei 13.129/15, disciplina especificamente o recurso ao instituto, encontrando perfeita harmonia com os princípios administrativos, eis que parte do patrimônio público se situa dentro dos limites da disponibilidade mínima, desde que presente o interesse coletivo.

De acordo com o princípio da indisponibilidade, não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade. Os agentes administrativos não são livres para decidir se vão ou não atender o interesse público: trata-se de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento. Daí a expressão poder-dever – ou dever-poder, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello. ⁵³¹

⁵²⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 2009, p. 781

⁵³⁰_____, **Curso de direito administrativo**, p. 103

⁵³¹ “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (Curso de direito administrativo, p. 73).

Segundo Eros Roberto Grau, o fato da administração possuir a indisponibilidade de interesse público, não significa que a administração não possa dispor de seu patrimônio disponível, pois mesmo assim atua objetivando o interesse público.⁵³²

“Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”⁵³³

Neste sentido entende o Carlos Ari Sundfeld, o Jacinto Arruda Câmara e o Marçal Justen Filho, observando que se não houvesse direito passível de negociação na administração pública, esta não poderia sequer celebrar contratos.⁵³⁴

O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contrato administrativos⁵³⁵

Marcos Nóbrega aponta como meio de solução de litígios em PPP a utilização da arbitragem, e salienta como uma avanço em relação às Leis 8666/93 e 8794/95, como hábil para economizar custos de transação por serem os contratos de PPP incompletos em decorrência de sua longa duração e modificação das condições em maior escala, encontrando por meio da arbitragem uma situação razoável de *second best* de eficiência.⁵³⁶

⁵³² Arbitragem e administração pública. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2016.

⁵³³ Eros Roberto Grau. **Arbitragem e contrato administrativo**, in Revista trimestral de direito público, São Paulo, Malheiros, 2000, vol. 32, p. 20.

⁵³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013

⁵³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825.

⁵³⁶ NÓBREGA, Marcos. Op. Cit. p. 12

Edilson Nobre, aponta as vantagens para a solução arbitral ante à via judicial:

a) ser o árbitro particularmente competente na matéria da controvérsia; b) merecer o árbitro a confiança das partes; c) ser menos dispendiosa do que o funcionamento da atividade judicial; d) possuir caráter discreto, uma vez sua publicidade consistir na notícia da existência do feito.⁵³⁷

Neste diapasão, serve para aprimorar a governabilidade dos estados, propiciando maior eficiência da ação do Estado, novas formas de prevenção e controle, assegurando um avanço da justiça, com decisões mais aceitáveis, com mais legitimidade, representando um progresso, e desafogando o Poder Judiciário.⁵³⁸

José Luís Esquível menciona várias modalidades de arbitragem: a) arbitragem voluntária e arbitragem necessária, conforme dependa da vontade das partes ou decorrente de lei; b) arbitragem institucionalizada e arbitragem ad hoc, caso haja ou não previsão em órgão especializado permanente; c) arbitragem segundo a lei ou arbitragem segundo equidade, conforme interpretação das normas jurídicas ou razões de justiça; d) arbitragem interna e arbitragem internacional, quando emana ou não de relação jurídica internacional.⁵³⁹

Nos contratos internacionais, na área do petróleo tem sido recorrente o uso de cláusula compromissória, representando um grande atrativo aos investidores, tendo em vista a solução de litígios de forma neutra e imparcial, fora do judiciário do país hospedeiro, garantindo grande segurança jurídica, ante os altos investimentos envolvidos nos ditos contratos.⁵⁴⁰

A adoção da cláusula compromissória no âmbito dos contratos de concessão (e similares) para exploração de petróleo e gás representa um grande atrativo aos investidores que atuam na indústria do petróleo. Primeiramente, a possibilidade de ter as disputas decorrentes desses contratos solucionadas por um meio neutro e imparcial, fora do âmbito do Poder Judiciário do país

⁵³⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Arbitragem e direito administrativo – sua aplicação às Parcerias Público-Privadas**. In: CORREA; CAVALCANTI, op. Cit., p. 320

⁵³⁸ Idem

⁵³⁹ ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e arbitragem**. Coimbra, Almedina, 2008, p. 114-119

⁵⁴⁰ Sobre arbitragem na indústria do petróleo, incluindo a análise de laudos arbitrais, decisões judiciais estrangeiras e disciplina do tema no direito brasileiro, v. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, **Arbitragem comercial internacional**, Parte II, XV, Renovar, 2003, p. 441 e ss; e José Alberto Bucheb, **A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**, Lumen Juris, 2002. Disponível em : <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43328/44669>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

hospedeiro (na maioria dos países o contrato de concessão é celebrado pelo próprio Estado ou por uma agência ou empresa estatal que detém a propriedade ou os direitos de exploração do petróleo e do gás), garante uma enorme segurança para o investidor estrangeiro. Além disso, no juízo arbitral mais facilmente afasta-se a questão da imunidade de jurisdição do Estado hospedeiro, pois a doutrina majoritária entende que esse princípio não se aplica com relação à arbitragem, mas somente quando o Estado se submete à jurisdição de outro Estado soberano.⁴ Deve-se mencionar, inclusive, resolução do Instituto de Direito Internacional de 1988, que afirma que " *Un État, une entreprise d'État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti*".⁵⁴¹

A realização do parque da Eurodisney, também foi efetivado com base na menção à arbitragem:

(...)a arbitragem é igualmente admitida para certos litígios, os quais são relativos à execução dos contratos de parceria (ordenança de 17 de junho de 2004), ou ainda para aqueles relativos à execução de contratos entre coletividades públicas e sociedades estrangeiras para a realização de operações de interesse nacional (lei de 19 de agosto de 1986), permitindo a realização do parque Eurodisney. (...) ⁵⁴²

Como exemplo prático na concessão sob PPP, pode ser citado o caso de Minas Gerais, ao optar por meio contratual o uso da arbitragem nas obras da MG-050, Penitenciária, Estádio do Mineirão, Unidade de Atendimento Integrado, porém em razão das cláusulas compromissórias vazias, optou-se pela via judicial, porque não havia capacidade de oferecer soluções arbitrais céleres, por ainda não existir uma câmara arbitral efetivamente constituída.⁵⁴³

Dentre as condições de admissibilidade da arbitragem, destacam-se: autorização legal; matérias susceptíveis de transação; atribuição de poderes a órgãos institucionais; ter procedimento claro e eficaz e natureza pré-contenciosa; e facultatividade.⁵⁴⁴

Tanto a Itália, quanto a Alemanha, e os Estados Unidos mencionam a aceitação do instituto em suas respectivas leis, Lei 241, de 07 de agosto de 1990, art. 40

⁵⁴¹ Fouchard, Gaillard e Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, p. 344. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43328/44669>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

⁵⁴² VERPEAUX, Michel. *Droit public – Pouvoirs public et action administrative*. 1 ed, Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 392

⁵⁴³ Disponível em : <http://direitosp.fgv.br/casoteca/mg-050-arbitragem-parcerias-publico-privadas>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

⁵⁴⁴ HIJELMO, Ignacio Granado. *El arbitraje em derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación*. Revista Jurídica de Navarra, n.39, p. 53-54, 2005

da Lei de Jurisdição Contencioso-Administrativa, e §575 (a) (1) do *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996.⁵⁴⁵

No Brasil, houve grande repercussão com o caso Lage, por meio do Agravo de Instrumento 52.181 – GB, no qual o Pretório Excelso negou provimento num litígio principado quando o Governo Federal, através do Decreto 4648/42, incorporou ao patrimônio nacional o espólio de Henrique Lage, montante fixado em indenização sofrendo questionamento dos herdeiros, quando o Presidente da República constituiu juiz arbitral para resolver a pendência, expedindo o decreto-lei 9521/46.⁵⁴⁶

O STJ, em agravo regimental MS 11038 – DF, discutia a validade da cláusula compromissória em contrato de arrendamento firmado pela NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/S – NUCLEP, no entanto prevaleceu o entendimento no sentido da validade, por se tratar de interesse público patrimonial, justificando a sua disponibilidade, além da equiparação às regras privadas tanto as empresas estatais quanto às particulares, com base no art. 173 da CF/88.⁵⁴⁷

Num outro julgado envolvendo o TCU, houve entendimento diverso, defendendo a invalidade da cláusula compromissória, em relação à CBEE-Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, cujo argumento se deu pela inaplicabilidade da atividade da CBEE à lei de concessões, bem como o fato de que os bens das empresas públicas seriam indisponíveis.⁵⁴⁸

Há neste sentido, posicionamentos díspares sobre o a aceitação da arbitragem no âmbito público, no entanto, mesmo que seja possível no ordenamento jurídico brasileiro, o uso da arbitragem, se torna inviável quando a questão envolver competência vinculada, eis que o agente administrativo praticará ato de autoridade, cuja revisão será unicamente pelo Poder Judiciário.⁵⁴⁹

O conteúdo do instituto em comento deve ser de livre escolha das partes, constando na minuta do contrato, os critérios para sua escolha, com procedimento

⁵⁴⁵ NOBRE JÚNIOR, op. Cit, p. 329

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 332

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 334

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 335

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 337

definido unilateralmente pelo poder público, respeitando o contraditório e a igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento, e sempre em língua portuguesa.⁵⁵⁰

Logo, o institutoé bastante oportuno, não devendo ser aceita arguição de contrariedade à lei⁵⁵¹, eis que o direito administrativo não se resume à lei formal, e sim à conformidade com a ordem jurídica de uma maneira geral.⁵⁵²

É notório observar a constante renegociação de contratos administrativos, em razão da presença de lacunas quando elaborados. É certo ainda que os órgãos reguladores não tem apresentando tanta eficiência nas fiscalizações do setor, restando ao judiciário, na sua lenta tramitação resolver os litígios por amostragem.

É fato reconhecer ainda, que a implementação de PPPs surgiu com a necessidade do Estado deficitário melhor prestar os seus serviços a um menor custo, e que embora apresente seus inconvenientes, corrobora com a inovação tecnológica do setor público.

Resta-nos reconhecer a distinção entre o recurso a arbitragem como garantia de segurança jurídica frente aos contratos de parceria, como mecanismo de otimização para alcançar resultados dinâmicos, e a efetivação do interesse público, ao solucionar com celeridade os litígios contratuais, seguindo com a prestação de seus serviços.

Logo, embora uma parte da doutrina aponte a impossibilidade da arbitragem nos contratos de PPP, a corrente majoritária elenca como superada a observação de que à administração pública não encontraria via alternativadiante da arbitragem, para adquirir solução de seus conflitos de maneira mais célere e menos custosa.

Inclusive, seria o meio mais hábil para dirimir controvérsias provenientes de assimetrias informacionais na elaboração contratual, eis que garante a imparcialidade para solucionar as referidas assimetrias.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 339-341

⁵⁵¹ Posição adotada por Gustavo Justino de Oliveira, ao afirmar que a arbitragem poderá consignar opção por deliberação fundamentada em critérios alternativos aos jurídicos, pelo fato de os contratos administrativos serem regidos por lei especial, afrontando o art. 37 da CF/88. Opinião esta, não aceita por Nobre Júnior.

⁵⁵² NOBRE JÚNIOR, Edilson. **Administração pública, legalidade e pós-positivismo**. In: Brandão, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 203-220

Conforme Enterría e Fernández, não é possível ignorar que “a administração negocia e que a negociação converteu-se em um instrumento imprescindível para a tarefa de administrar”.⁵⁵³

Para Casalta Nabais, “a ideia de que o direito público, nas relações entre o indivíduo e o Estado, tem como campo de aplicação os actos de autoridade (actos em que o Estado manifesta o seu imperium e impõe a sua autoridade ao administrado) está, desde há muito tempo, ultrapassada.”

Estaria no campo da “administração concertada”, “em que a administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados (...)”⁵⁵⁴

Para Sérvulo Correia, a “igual valia das vontades” deve prevalecer nos contratos administrativos, acentuando que uma das consequências da bilateralidade destes contratos não é a equiparação ou igualdade de posições entre as partes, mas o nivelamento das vontades declaradas.⁵⁵⁵

A Lei Alemã de Procedimento Administrativo, de 1976, estipula a noção de “contrato de direito público”, conferindo à administração consensual, cujo §54 assim dispõe:

(...)uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que isso não seja vedado por lei. Especialmente, pode a administração, em lugar de editar ato administrativo, celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo.⁵⁵⁶

A Lei Italiana 241 de 1990, prescreve em seu art. 11 :

(...) a administração competente pode concluir, sem prejuízos dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público, acordos com os

⁵⁵³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 9 ed, vol 1, Madri, Civitas, 1999, p. 663

⁵⁵⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de derecho administrativo*, 9. Ed, vol 1, p. 661

⁵⁵⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 347

⁵⁵⁶ COUTO E SILVA, Almiro. **Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas**, RDA, 209/65, Rio de Janeiro, julho-setembro/1997, p. 62

interessados, com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou, nos casos previstos em lei, a substituição da mesma.⁵⁵⁷

A Lei espanhola nº 30/1992, referente ao Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum –LRJ-PAC) em seu art. 88.1 dispõe:

(...)as administrações públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público a elas confiado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos representar o término dos procedimentos administrativos, ou inserir-se nos mesmos em caráter prévio, vinculante ou não, à decisão que os finalize.⁵⁵⁸

Em Portugal, o Código de Procedimento Administrativo, disciplina no art. 185, 3 (a) dos “contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo”, corroborando com a conceituação de Correia, para quem o contrato administrativo é “um processo próprio de agir da administração pública e que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas colectivas da administração ou entre a administração e os particulares”.⁵⁵⁹

As PPPs se encaixam nessa nova forma de contratar, em constante evolução, na qual se privilegia a cultura do diálogo entre os parceiros público e privado, abrindo espaço às negociações preliminares, a trocas, a fim de balancear os interesses.⁵⁶⁰

No direito brasileiro, a arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, a receber seus poderes de uma convenção privada, e decidindo baseado nela, sem intervenção do Estado, com decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.⁵⁶¹

A lei federal 9307/96, estabelece que as partes interessadas poderão submeter a solução do litígio ao juízo arbitral, estipulando cláusula compromissória, em seu art. 4º, desde que atinentes a direitos patrimoniais disponíveis, denominando a arbitrabilidade objetiva.

⁵⁵⁷ OLIVERIA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. In: SUNDFELD, op. Cit, p. 613

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, op.cit, p. 614

⁵⁵⁹ CORREIA, op. Cit. p. 396

⁵⁶⁰ OLIVEIRA, op cit, p. 616

⁵⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9307/1996**, 2ed, São Paulo, Atlas, 2004, p. 51

Neste diapasão, conforme o art. 1º da Lei supra, “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

No que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, confere ao Estado capacidade de comprometer-se e contratar, inferida em sua personalidade jurídica de direito publico, por exemplo, autarquias, empresas públicas.

Logo, é na arbitrabilidade objetiva que se situam as críticas inerentes ao uso da arbitragem, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, reputada como viga-mestra do regime jurídico administrativo.

Não obstante, para Eros Grau, “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”⁵⁶²

Nos contratos internacionais há alusão ao juízo arbitral, com relação ao Mercosul, em 1991, o Protocolo de Brasília estipulou o procedimento arbitral como alternativa na solução dos conflitos entre os Estados-Partes, sobre a interpretação, aplicação ou descumprimento do Tratado de Assunção.⁵⁶³

Por fim, isto corrobora com o Princípio da Eficiência, constante no art. 37 da CF/88, devendo, portanto ser empregado visando à concretização do interesse público, ao gerar prestação e praticidade na máquina pública gerencial.

⁵⁶² GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**, RTDP 32/30, São Paulo, Malheiros, 2000

⁵⁶³ OLIVEIRA, op. cit, p. 621

Como mais uma garantia, a arbitragem tende à celeridade na solução dos litígios, redução dos custos, atenção à efetividade, baseada no art. 11, III, da Lei 11.079/04 e art. 23 da Lei 8987/95⁵⁶⁴.

Neste ínterim, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, distingue a arbitragem da conciliação e da mediação, que segundo a autora a rapidez na solução de conflitos não se compraz com o uso do Poder Judiciário como única alternativa.

Enquanto na arbitragem a solução do litígio é imposta às partes por árbitros que, atuando como um juiz privado, as substituem na solução de conflitos, na conciliação ela é apenas proposta por um conciliador que tem a tarefa de conduzir as partes na negociação e oferecer-lhe alternativas, havendo uma obrigação de esforço, não de resultado. Na mediação, incumbe ao mediador, um terceiro neutro e conhecedor do assunto em disputa, aproximar as partes para que reduzam suas divergências levando-se à conciliação em virtude das vantagens por ele destacadas, sem imposição de solução autoritária do conflito. Acrescente-se, ainda, que a 'mediação é essencialmente o diálogo ou a negociação com o envolvimento de uma terceira parte', que busca identificar as disputas, equacioná-las e transformá-las em um acordo.⁵⁶⁵

Demonstra a necessidade de uma disciplina específica das arbitragens nos contratos administrativos, bem como defende o afastamento dos obstáculos hodiernos, incluindo o interesse público mediante a célere e correta aplicação da lei.⁵⁶⁶

Não é demais salientar que a crise de investimentos em infraestrutura está relacionada à crise de moralidade administrativa, pela qual sempre passou o Brasil, agravada ainda mais pela demasiada lentidão do Judiciário brasileiro.

⁵⁶⁴ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;IX - aos casos de extinção da concessão;X - aos bens reversíveis;XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;XII - às condições para prorrogação do contrato;XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária;eXV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; eII - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

⁵⁶⁵ GROTTI, op. Cit. , p. 146-147

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 150-153

Sobre o tema, Rui Barbosa expressa seu sentimento de insatisfação à morosidade judiciária, de uma forma muito precisa:

Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em punir. Mas a geral habitualidade e a conveniência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos. *Mas a justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.* Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastados sonos esquecidos como as preguiças do mato.⁵⁶⁷

Diante do cenário, a arbitragem se destaca dentre as inovações elencadas nos contratos de parcerias, como uma alternativa possível a realização do contrato com mais segurança de solução de litígios, diante da ineficiência judicial no julgamento das demandas.

No entanto, é válido salientar que nenhuma das inovações trazidas pelas PPPs, a flexibilização às regras da responsabilidade fiscal, ao procedimento licitatório, mediante a inversão das fases, a SPE para gerir os contratos, dentre outras garantias já aventadas, não podem afastar e nem olvidar a supremacia do interesse público sobre o privado.

⁵⁶⁷ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Ediouro-Paradidático, 1997, p. 73-74.

9 ANÁLISE DO CONTRATO DE PPP NA ARENA PERNAMBUCO e A PROSPERIDADE PÚBLICA

Para Yescombe, as PPPs tem sido altamente utilizadas para manutenção da infraestrutura do setor público, embora aponte com um dos maiores problemas, as decisões políticas tomadas não muito claras para os investidores e credores.⁵⁶⁸

Para o autor, a infraestrutura é a instalação necessária para garantir o bom funcionamento da economia e da sociedade. A infraestrutura econômica está relacionada a obras e serviços relacionados ao transporte, águas, esgoto, eletricidade, essenciais a atividade econômica do dia-a-dia. Enquanto as sociais se referem às obras e serviços às escolas, hospitais, bibliotecas, prisões, entre outros, considerados essenciais para a estrutura da sociedade.⁵⁶⁹

No caso em tela, utilizando a classificação de Yescombe, estamos diante de uma infraestrutura mesclada, nem totalmente voltada para as atividades fundamentais da economia, e nem relacionadas totalmente a serviços sociais, por tratar-se de um super infraestrutura que comporta vários destes serviços, lazer, habitação, transporte, entre outros.

Outra distinção aventada por Yescombe, diz respeito às infraestruturas de tipo hard e de tipo soft, relacionando a primeira às construções físicas contribuindo para a formação de edificações, e as segundas através da prestação de serviços, sejam econômicos, como limpeza de rua, ou sociais, como educação.⁵⁷⁰

Neste sentido, a PPP referente à Arena Pernambuco, está associada a uma obra de infraestrutura do tipo hard, eis que se trata de atividade de grandes proporções e dimensões.

Salienta ainda que por se tratar de altos investimentos, o retorno em infraestrutura só se apresenta depois de um longo prazo, o que se torna inviável sua efetivação caso o setor público não possibilite nenhum apoio, que poderiam ser dados

⁵⁶⁸ YESCOOMBE, op. Cit.

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 1

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 2

através de subvenções, regulamentações, impostos, ou determinadas cláusulas contratuais.⁵⁷¹

Em relação a esse retorno analisemos os casos concretos referente às ações administrativas e judiciais, para demonstrar se realmente houve cabimento no uso de uma contratação por PPP, e se o retorno financeiro foi cabível, diante das subvenções e deduções fiscais, entre outras assunções de riscos pelo poder público concedente.

9.1 PROCESSO Nº nº 1103358-7 TCE/PE

A Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil, mediante fraude na escolha do país sede da Copa, teve suas obras pautadas num contrato administrativo de Parceria Público-Privada, na modalidade administrativa.⁵⁷²

Em auditoria especial realizada pelo TCE-PE, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, analisou-se o contrato de Concessão Administrativa para Exploração da Arena Multiuso da Copa de 2014, precedida da construção de obra da Arena, celebrado entre o Estado de Pernambuco e a Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A.⁵⁷³

O inteiro teor do acórdão se refere à 89ª sessão ordinária da Segunda Câmara realizada em 21/12/2011, com processo TC nº 1103358-7, cujos interessados constam como Ricardo Leitão, Sílvio Bom Pastor, Maurício Rands Coelho Barros, Thiago Arraes de Alencar Norões, Ernani Varjal Medicis Pinto, ARENA PERNAMBUCO NEGÓCIOS E INVESTIMENTOS S. A., e tendo como relator, o Conselheiro Valdecir Pascoal, e Presidente Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior.

O referido contrato, em formato de PPP, foi precedido da concorrência internacional nº 01/2009 CGPE, obtendo como vencedor o Consórcio Cidade da Copa,

⁵⁷¹ Idem

⁵⁷² Disponível em : http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150527_entenda_fifa_lab. Acesso em 18/01/2018

⁵⁷³ Disponível em : <https://tce-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/337690006/11033587/inteiro-teor-337690011>. Acesso em 18/01/2018

constituído pelas empresas ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA e ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., empresas atualmente com reputação comprometida mediante envolvimento em esquemas de corrupção.⁵⁷⁴

O Consórcio vencedor constituiu a Sociedade de Propósito Específico, denominada Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A. para a operação, exploração e manutenção exclusiva do empreendimento.

Nesta auditoria, os principais documentos analisados foram: laudo de auditoria elaborado pelo Inspetor de Obras Públicas, Ulysses José Beltrão Magalhães; defesa apresentada pelo Estado de Pernambuco, assinada pelo Secretário de Governo, Maurício Rands Coelho Barros; pelo Procurador Geral do Estado, Thiago Arraes de Alencar Norões e pelo Procurador Chefe Adjunto, Ernani Varjal Medicis Pinto; defesa apresentada pela ARENA PERNAMBUCO NEGÓCIOS E INVESTIMENTOS S.A., assinada pelo seu Diretor, Marcos Lessa Mendes; Nota Técnica de Esclarecimento elaborada pelo Inspetor de Obras Públicas, Ulysses José Beltrão Magalhães; despacho emitido pelo Chefe do Núcleo de Engenharia, Ayrton Guedes Alcoforado Jr. e despacho emitido pelo Coordenador do Controle Externo do TCE-PE, Auditor de Contas Públicas, Jackson Francisco de Oliveira.

O projeto da cidade da Copa foi estruturado para ser implementado numa propriedade do Governo do Estado de Pernambuco, com aproximadamente 250 hectares, em São Lourenço da Mata, tendo como âncora a Arena, utilizada para a realização dos jogos.

A arena foi projetada para capacitar 46.000 espectadores, contando com um estacionamento permanente para, no mínimo, 4.500 veículos e 200 ônibus, e 700 vagas locadas dentro do Estádio, e nenhuma a uma distância maior que 600 m do centro do campo, com cobertura mínima de 70% dos assentos do estádio.⁵⁷⁵

A modelagem econômico-financeira do projeto de PPP baseou-se nas seguintes exigências: os três grandes clubes da capital do Estado – Sport, Náutico e Santa Cruz - deveriam jogar seus melhores jogos na Arena, totalizando o número de

⁵⁷⁴ Idem

⁵⁷⁵ Idem

60 (sessenta) jogos por ano, e a receita a ser auferida referente aos bilhetes de Público Geral, descontada dos custos para realização das partidas e de bilhetagem relativas à viabilização desta mesma receita, seriam dos clubes e não seria considerada como receita da Concessionária.⁵⁷⁶

Neste diapasão, o parceiro privado teve a incumbência de construí-la em 3 anos para explorá-la por 30 anos, e logo após reverter ao Estado, a fim de completar as receitas do projeto.

A disposição das receitas foram organizadas da seguinte forma: receita principal por meio de contraprestação pecuniária, a ser paga pelo Estado de Pernambuco ao parceiro privado; receita operacional, auferida com a exploração da arena (camarotes e demais produtos *premium*), receitas adicionais: obtidas com atividades complementares à atividade principal da Arena (propaganda, lojas, estacionamento e outras), e receita acessória, obtida com a exploração imobiliária.

Afora isso, o Estado assumiu os encargos de um empréstimo tomado pelo parceiro privado no BNDES, num montante de R\$ 400 milhões, dos quais R\$ 280 milhões financiados à Sociedade de Propósito Específico operadora da Arena. Assim, o Estado ficaria responsável pelo pagamento do valor frente ao BNDES, e das contraprestações pagas ao parceiro privado.⁵⁷⁷

O Consórcio constituiu a SPE, denominada Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A. para a operação, exploração e manutenção exclusiva do empreendimento.

O custo total estimado para a construção da Arena foi de R\$464.630.000,00 referentes a obras civis e R\$14.370.000,00 a despesas com projetos. E a empresa Odebrecht ficou responsável pelo ressarcimento dos custos dos estudos de viabilidade e projeto básico da PPP, no valor de R\$9.354.000,00.

O BNDES ficou responsável pelo financiamento de **R\$ 366.266.000,0**, em 2009, em 3 parcelas anuais, liberadas nos anos de 2010, 2011 e 2012, com os juros nominais no valor de 9,40% ao ano. O que indica que em 2013, quando o Estado assumiu os encargos do financiamento, o valor total da dívida perante o BNDES

⁵⁷⁶ Idem

⁵⁷⁷ Disponível em : www.contratospublicos.com.br. Acesso em 18/01/2018

(principal + juros capitalizados) passou para R\$ 388.981.000,00. A previsão era que o Estado quitasse o financiamento em 15 anos (de 2013 a 2027).

Vale reforçar que durante a execução da obra foi acordado que não haveria qualquer desembolso financeiro por parte do Estado, devendo receber unicamente as três parcelas referidas acima disponibilizadas pelo BNDES para a Odebrecht.

Após a entrega definitiva da obra, o Estado assume os encargos decorrentes do financiamento tomado pelo Parceiro Privado junto ao BNDES.

Além deste, houve previsão de outro empréstimo a ser tomado pelo parceiro privado junto ao BNB no valor total de R\$ 55.924.000,00, também a ser liberado em três parcelas anuais durante a fase de construção da Arena.

Este deveria ser assumido diretamente pelo parceiro privado, com prazo final para amortização do principal previsto para o ano de 2024, cuja taxa de juros nominais deste financiamento estão estimados em 8,75% ao ano.

Afora este disparate quanto ao uso de verbas públicas em setores totalmente supérfluos, surge a parte mais gritante dos contratos, os famosos aditivos, que ocorreram por duas vezes, uma em 2010, e outra em 2011.

Em ambos foi alegada a recomposição para manter o equilíbrio econômico financeiro, onde foi constatado a ausência de orçamento detalhado do custo da construção da Arena, se limitando a uma tabela sumária dos custos globais, ferindo os arts. 6º, inciso IX, 7º, § 2º, inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, bem como à Lei nº 11.079/2011, Lei de Parcerias, art. 11, que dispõe “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987”, logrando um montante de R\$ 479.000.000,00.

O art. 18, XV, da Lei nº 8.987/1995, dispõe que:

(...)o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.

O Estado de Pernambuco se manifestou sobre a ausência de detalhamento dos custos unitários da obra, alegando que a lei especial deveria prevalecer sobre a lei geral de licitações, tendo em vista a previsão constante no art. 11 e 12 da lei de parcerias, em relação ao art. 18 XV da lei de concessões.

E os artigos 11 e 12 da Lei 11.079/04 dispõem:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá **minuta do contrato**, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I - exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; II - (VETADO) (...)

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: I - o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes; II - o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital; III - o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se: a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz; IV - o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. § 1o Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo: I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances; II - o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta. § 2o O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

Neste sentido, o Estado se apoiou na interpretação pela não exigência do orçamento detalhado dos custos unitários, afastando a lei geral de licitações, acrescentando que não se trata apenas de obra pública, mas de atividade precedida de obra pública, eis que no art. 11, II, previa ao particular a elaboração dos projetos básico e executivo.

O dispositivo fora vetado, tendo em vista a visão internacional de que o parceiro privado teria maior liberdade nos contratos de PPP do que em relação aos

contratos de concessões comuns, em virtude da busca por maior eficiência, cujo colendo do tribunal, por meio do acórdão nº 1.999/2011, se manifestou neste sentido, conforme trecho colacionado:

23. Em exame da matéria, de fato, coaduno que as PPPs, se comparadas aos contratos administrativos tradicionais, possibilitam ao particular maior liberdade na tomada de decisões, principalmente no que se refere aos meios necessários a atingir os fins alvitrados no objeto da contratação. A empresa é livre para aumentar a sua eficiência. Os projetos executivos, como consequência, com o detalhamento meticuloso de cada subsistema da obra, tendem a ser realizados no decorrer da contratação.

24. É claro que essa maior liberdade está associada a maiores riscos; mas isso é justamente a essência de uma Parceria Pública Privada. Os contratos devem, pois, objetivar transparentemente essa repartição de riscos. Devem, ainda, descrever suficientemente as condições específicas para aceitação dos serviços, mormente quanto à qualidade e ao resultado pretendido. A distribuição da contraprestação pública no tempo também deve estar clara.”

Da mesma forma arguiu a Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S.A. :

Isso significa que, no regime das concessões (inclusive PPPs), não há obrigatoriedade de projeto básico detalhado, mas apenas os elementos desse projeto que possibilitem a caracterização do objeto. Aliás, o Tribunal de Contas da União, ao avaliar o contrato de financiamento entre o BNDES, o Estado e a própria Arena Pernambuco, consignou que entre as características próprias do regime legal das PPPs está a possibilidade de se conferir maior liberdade para que o parceiro privado desenvolva os projetos da forma mais adequada, transferindo-lhe os riscos aliados a tal liberdade.

Parecem não muito convincentes tais argumentos, como uma tentativa de interpretar as normas a favor do setor privado, de maneira irresponsável no trato com a coisa pública, motivo pelo qual o inspetor através de nota técnica manteve seu posicionamento inicial, entendendo que a legislação de regência não faz qualquer ressalva acerca de uma possível “*simplificação*” do projeto básico, tampouco à vislumbrada “*minimização*” na exigência dos seus elementos.

Para o inspetor, houve insegurança na projeção das receitas operacionais, elencadas da seguinte forma: receita principal (Contraprestação pública): R\$ 3.994.000,00/ano – 30 anos; receita operacional: R\$ 73.254.000,00/ano – 30 anos; receitas adicionais: R\$ 13.505.000,00/ano – 30 anos; e receita acessória (Imobiliária): R\$ 3.000.000,00/ano – 10 anos, correspondendo cerca de 78% dos ingressos financeiros, durante os 30 anos de operação.

Contabilizada a inserção dos 3 clubes de futebol local, totalizando 60 jogos por ano, conforme cláusula 71.1.II do contrato, no entanto tal cláusula foi revogada, corroborando com o termo aditivo a inserir ao contrato original a disposição

constante na cláusula 27.2.6, segundo arguido, para preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

27.2.6. Na hipótese de os três principais clubes de futebol pernambucanos (Santa Cruz Futebol Clube, Clube Náutico Capibaribe e Sport Club do Recife) não formalizarem, por meio de instrumento contratual adequado, o compromisso firme de jogarem na Arena suas 60 (sessenta) melhores partidas por ano, até os 12 (doze) meses anteriores à data prevista para o início da operação da Arena, ocorrendo variações de Receita Operacional a menor, verificadas abaixo de 50% (cinquenta por cento) em qualquer mês de vigência do CONTRATO a partir do primeiro mês de OPERAÇÃO DA ARENA, a totalidade destas correspondentes perdas de receitas advindas da Receita Operacional a menor serão de responsabilidade da CONCEDENTE, mediante pagamento de contraprestação adicional observado o procedimento previsto nos itens abaixo.

Isto significa que mais uma vez quem vai arcar com os custos elevados dos contratos de PPP com a roupagem brasileira, são os cidadãos, eis que se assinou um contrato totalmente ineficaz, gerando mais um prejuízo ao contribuinte.

No que tange às receitas acessórias, provenientes da exploração imobiliária no entorno da arena, não ocorreu. Hoje, não se tem praticamente nada nas adjacências desta obra, e a dita “Cidade da Copa” nunca existiu, por várias razões, distância para com os pontos centrais da capital pernambucana, ausência de interesse de investimentos privados em tais projetos, insegurança, falta de acesso aos serviços de transporte público, entre outros.

Ou seja, os 30 milhões resgatados num prazo de 10 anos, simplesmente também não se torna realidade, que somado a todos os fatores supra mencionados, encontrou ausência de planejamento disciplinando os custos reais para a rentabilidade de tal projeto.

A avaliação do terreno envolvido na PPP da Cidade da Copa foi realizada pela Companhia Estadual de Habitações e Obras – CEHAB, tendo o mesmo sido avaliado em R\$ 2.662.287,00.[...]O valor de R\$30 milhões definido na licitação, e mantido pela SPE em sua proposta econômica, constitui-se em valor 11,26 vezes maior que a avaliação do terreno pela CEHAB.[...]Assim, o valor de R\$30 milhões agrega para o Estado uma valorização de 1.268,51% em relação ao valor do terreno avaliado apenas para o projeto imobiliário.

Quando optou-se pela PPP ao invés de eleger a concessão comum para as obras de infra-estrutura, deveria ter sido feita a análise do *value for Money*, de forma quantitativa e qualitativa, através da relação custo x benefício.

Levou-se em consideração duas alternativas para o uso da PPP, a licitação de obra pública seguida de concessão tradicional para a operação e manutenção da Arena e a PPP para construção, operação e manutenção da Arena.

No primeiro caso, haveria o desembolso de 30% do valor das obras civis realizado no primeiro ano, 35% no segundo ano e 35% no último ano, totalizando R\$ 479 milhões, em três etapas.

Ao passo que pela PPP, o Governo faria empréstimo junto ao BNDES no valor de R\$ 389 milhões, à linha de financiamento para reformas e construções de arenas nas cidades-sede da Copa do Mundo de 2014, com taxa de juros de longo prazo, de 6% ao ano, mais 1,9% ao ano.

Nesta última, o parceiro privado seria responsável pela operação, manutenção e seus custos, embora o governo dispusesse R\$ 4,4 milhões em contraprestações pecuniárias anuais, realizadas durante todo o período da operação, enquanto o parceiro privado se compromete a atender a critérios mínimos de desempenho e disponibilidade, mensurados através do Quadro de Indicadores de Desempenho – QID.

Em relação a esse retorno analisemos os casos concretos referente às ações administrativas e judiciais, para demonstrar se realmente houve cabimento no uso de uma contratação por PPP, e se o retorno financeiro foi cabível, diante das subvenções e deduções fiscais, entre outras assunções de riscos pelo poder público concedente.

9.2 PROCESSO TC Nº 028.115/2010-4

Em outro processo (TC Nº 028.115/2010-4), o TCU, através do Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, realizou a apreciação de regularidade dos empréstimos efetivados para a construção da Arena Multiuso, mediante contrato de EPC- Engenharia, Fornecimento e Construção de Obras Civis com a construtora

Norberto Odebrecht, em 26/07/10, com base na Lei Estadual de Pernambuco nº 12.765/05, acórdãos nº 1999/2011 e nº 251/2012.⁵⁷⁸

Foi acordado que o valor pago pelo parceiro público seria em parcela única após a finalização da obra, com o financiamento pelo Estado junto ao BNDES, de modo que a SPE liquidaria o seu financiamento junto ao referido banco.

Neste sentido, também se posiciona sobre duas operações de crédito. A primeira referente ao ressarcimento das obras, através de longo prazo, no valor de R\$400 milhões, com 2 subcréditos, sendo o primeiro no valor de R\$ 5,35 milhões para a implantação do projeto, e o segundo no valor de R\$ 394,65 milhões após a conclusão e o aceite da obra, com contraprestações mensais durante a operação para completar as receitas da SPE no valor de R\$ 3,99 milhões por ano, durante 33 anos. O segundo crédito foi contratado pela SPE no valor de R\$ 280 milhões.⁵⁷⁹

No entanto, houve um terceiro crédito realizado no valor de R\$ 250 milhões junto ao Banco do Nordeste do Brasil (BNB), em 27/12/2011, totalizando as despesas em R\$ 669 milhões, dos quais R\$ 66,9 milhões foram da SPE com recursos próprios, R\$ 280 milhões junto ao BNDES, R\$ 250 milhões junto ao BNB, e R\$ 72,1 milhões provenientes de outras fontes, como a exemplo dos bancos comerciais.

| | |
|----------------------|--------------------|
| FONTES TOTAIS | R\$669, 00 MILHÕES |
| RECURSOS DA SPE | R\$66,90 MILHÕES |
| BNDES PROCOPA ARENAS | R\$280,00 MILHÕES |
| BNB | R\$250,00 MILHÕES |
| OUTROS | R\$72,10 MILHÕES |

Fonte: www.contratospublicos.com.br

Na análise foram observados 3 termos aditivos ao contrato, sendo o primeiro referente ao não cumprimento do projeto do entorno, o segundo pelo não cumprimento dos jogos na Arena, e o terceiro um aditivo relativo ao em regime especial de tributação, suspendendo o pagamento da Odebrecht referente aos seguintes tributos: PIS/PASEP, COFINS E IPI.

⁵⁷⁸ Disponível em : www.contratospublicos.com.br. Acesso em 18/01/2018

⁵⁷⁹ Idem

Em relação a suspensão de pagamento dos tributos, no tópico referente às inconstitucionalidades na Lei Geral da Copa, serão tecidos os devidos argumentos, notadamente por contrariar o princípio da isonomia.

No processo TC nº 003.464/2013-0, questionou-se o cálculo do benefício referente à desoneração tributária da lei 12.350/10, e no processo TC nº 018.688/2012-8 questionou-se a ausência de atualização das informações referente às obras da Copa.

Abstrai-se que o projeto de PPP para construção da Arena representou o segundo maior aporte de recurso (R\$ 532,6 milhões) dentro da matriz de responsabilidade da Copa (1.673 milhões), o equivalente a aproximadamente 32% do total de investimentos previstos em função estritamente do megaevento em Pernambuco.⁵⁸⁰

No ano anterior à publicação do edital da PPP em 2010, a Receita Corrente Líquida – RCL do Estado de Pernambuco equivalia a R\$ 10,9 bilhões (STN, 2011), o que permitiria ao Ente Público contratar Parcerias Público-Privadas com contraprestação pública anual até o valor de R\$ 327 milhões, considerando o somatório das contraprestações públicas de todos os projetos de PPP do Estado. Verifica-se que a contraprestação anual do projeto de PPP da Arena, de R\$ 3,9 milhões, representou 1,2% do potencial total de receitas disponíveis para pagamentos públicos destinados a projetos de PPP do Estado Pernambucano.⁵⁸¹

Uma das maiores assunções de riscos por parte do Poder Concedente é observada no projeto de PPP da Arena Pernambuco, descartando-se o compartilhamento dos riscos operacionais. Mas o fato é que na contraprestação pública de ambos os projetos já está previsto o pagamento dos custos de construção e de parte dos custos operacionais dos equipamentos públicos esportivos ao parceiro privado, de modo que ambos os mecanismos se configuram em um compartilhamento adicional dos riscos operacionais futuros, o que ensejou a necessidade de adicionais desembolsos

⁵⁸⁰ Informação disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/cidades/home.seam?cidadeSede=9>. Acesso em: 04 de agosto de 2014.

⁵⁸¹ Em 2009, o limite máximo era 3% da RCL. A partir de 2012, a Lei Nacional da PPP 11.079/2004 alterou para 5% da RCL.

públicos posteriores, onerando os cofres públicos, em razão do cenário desfavorável ao parceiro privado em relação ao que foi inicialmente previsto.⁵⁸²

O maior endividamento público em função do baixo aporte de recursos financeiros privados em relação ao custo total das PPP pode ser verificado por meio da análise da estrutura de financiamento da Arena Pernambuco, onde o parceiro privado ficou responsável por um baixo aporte de recurso financeiro. Isso, portanto, representa um contrassenso à lógica da provisão de equipamentos públicos via modalidade de PPP, uma vez que nesse tipo de arranjo público-privado espera-se uma maior participação do parceiro privado na realização de investimento privados no projeto. Além disso, esse fato contradiz o argumento de escassez de recursos financeiros públicos evocados por Pernambuco, para justificar a escolha dessa modalidade de investimento.⁵⁸³

9.3 PROCESSO Nº n°0005044-25.2017.8.17.9000 TJPE

Em ação judicial interposta pelo Estado de Pernambuco contra a Odebrecht, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, mediante o processo n°0005044-25.2017.8.17.9000⁵⁸⁴, foi acatado pedido de suspensão da liminar proferida por juízo arbitral, CAM-CCBC 44/2015/SECS, a qual tratava da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, solicitação já realizada anteriormente contra o Estado, que o indeferiu.

Em 2015, o TCE questionou os aspectos do contrato, pois os aditivos somavam R\$ 264 milhões, concluindo o tribunal em questão pela não validade dos referidos aditivos, tendo em vista o perigo de dano às contas públicas do Estado concretamente, em razão dos custos do procedimento arbitral ou pela contratação de uma empresa técnica especializada em função da singularidade e complexidade na

⁵⁸²

Disponível em

http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/dissertacao_claudio_reis_versao_final.pdf. Acesso em 19/01/2018

⁵⁸³ Idem

⁵⁸⁴ Disponível em <http://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2017/06/10/justica-suspende-discussao-sobre-equilibrio-economico-financeiro-da-arena-pernambuco/>. Acesso em 25/01/2018

produção da prova pericial no procedimento arbitral, exaustivas para os cofres do Estado.

Houve a rescisão contratual entre Estado e Odebrecht de maneira consensual, cujo valor será pago em 15 anos, não incidindo multa contra o governo, apesar de ainda haver negociação em juízo de algumas questões, decisão publicada em 05 de junho de 2017, pelo desembargador Jorge Américo Pereira de Lira.

Neste caso, ocorreu a contrariedade ao art. 32 IV da Lei nº 9307/96⁵⁸⁵, pois embora o art. 63 do contrato estabelecesse a submissão ao procedimento arbitral, entre o Estado e a Odebrecht, a rescisão consensual foi homologada em 09 de agosto de 2016, restando à litigância sobre os valores devidos, que para a ARENA seria o equivalente a R\$ 283 milhões de reais aproximadamente, e para o Estado R\$ 163 milhões de reais aproximadamente, litigando de forma remanescente o montante de R\$119 milhões de reais aproximadamente.

Nas razões do recurso foi arguida a inarbitrabilidade objetiva⁵⁸⁶, para restabelecer equilíbrio econômico-financeiro, devido ao impacto financeiro supra mencionado, e por haver previsão de procedimento licitatório sob inexigibilidade, para empresa técnico especializada em perícias atuar no referido contrato.

585 Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

⁵⁸⁶O termo arbitrabilidade no Direito é dotado de um sentido razoavelmente preciso: significa a possibilidade, à luz da legislação nacional, de submissão de um dado conflito à arbitragem, ou seja, a permissão conferida pela ordem jurídica de que a controvérsia seja resolvida perante um juízo arbitral. Neste contexto, a arbitrabilidade de um litígio pode ser examinada sob dois ângulos: um subjetivo e o outro objetivo. A arbitrabilidade subjetiva refere-se às pessoas que estão autorizadas a participar de um procedimento arbitral, ao passo que a arbitrabilidade *objetiva* está ligada aos tipos de litígios que podem ser levados à apreciação de um árbitro. Ora, à luz do estágio atual do direito brasileiro, a arbitrabilidade *subjetiva* do conflito acha-se fora de questão. Embora tenha havido no passado relevantes discussões sobre a possibilidade de se prever a arbitragem como método para resolução de litígios derivados de contratos envolvendo entes da Administração Pública, hoje, aparentemente, esse debate se mostra ultrapassado, sobretudo diante de disposições legais expressas, como as dos arts. 23-A da Lei nº 8.987/952 e 43, X, da Lei nº 9.478/97. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/71654/69328, acesso em 02/02/19

9.4 INCONSTITUCIONALIDADES NA COPA DO BRASIL DE 2014

A escolha do Brasil para a celebração da Copa do Mundo de Futebol em 2014, bem como das Olimpíadas de 2016, proporcionou uma submissão jurídica desestruturando toda a ideologia da soberania brasileira, conforme as determinações da FIFA, perpetrando uma série de inconstitucionalidades, com a admissão pelo governo federal da aprovação da Lei Geral da Copa, nº 12.663 de 05/06/12, a qual impôs no âmbito do direito comercial, a subversão aos direitos de propriedade industrial, objetivando proteger as marcas notoriamente conhecidas de titularidade da FIFA; ao direito administrativo, por meio da concessão de serviços de administração das novas arenas, desrespeitando a lei de licitações, com o RDC, lei 12.462/11.

No âmbito constitucional, ao impor exceções aos princípios da livre concorrência e ao regime de monopólio estatal, não constantes na CF/88, bem como aos arts. 216, 205, 5º, IX, 170, 220 §1º, 23, I da CF/88, ao conceder áreas de exclusividade em relação ao caráter concorrencial; ao direito penal ao criminalizar condutas não tipificadas no CPB, conforme arts. 32 e 33 da mencionada lei; ao direito consumerista, arts. 5º XXXII e art. 170, V da CF/88; ao direito do trabalho, arts. 5º, XIII, art. 6º, 5º XV da CF/88; ao direito tributário, na concessão de isenções fiscais indiscriminadamente à FIFA e subsidiárias, entre tantas outras incongruências jurídicas.

Vivenciamos os festejos em relação à escolha do Brasil como país sede para a celebração da Copa do Mundo de Futebol em 2014, bem como das Olimpíadas de 2016, ocorre que para que esses grandes eventos pudessem ter a possibilidade de utilizar o território brasileiro, houve uma submissão jurídica desestruturando toda a ideologia da soberania brasileira, conforme as determinações da FIFA, perpetrando uma série de inconstitucionalidades, a partir da admissão pelo governo federal da aprovação da Lei Geral da Copa, Lei nº 12.663 de 05 de junho de 2012, a qual impôs todas as exigências da FIFA, desrespeitando uma série de quesitos jurídicos, tais como no âmbito do direito comercial, os direitos de propriedade industrial, relacionados aos eventos, objetivando proteger as marcas notoriamente conhecidas de titularidade da FIFA; os direitos trabalhistas, por meio das concessões de permissões temporárias ou permanentes de trabalhos a estrangeiros, muitos deles europeus desempregados, subvertendo os

requisitos constantes no art. 37 do estatuto do estrangeiro e da resolução normativa nº 99/2012.

O direito administrativo, por meio da concessão de serviços de administração das novas arenas, desrespeitando a lei de licitações, com o regime diferenciado de contratações públicas, lei 12.462/11; no âmbito constitucional, o desrespeito ao impor exceções aos princípios da livre concorrência e ao regime de monopólio estatal, não mais inserto na CF/88, em virtude da sua flexibilização, bem como aos arts. 216, 205, 5º, IX, 170, 220 §1º, 23, I da CF/88, ao conceder áreas de exclusividade em relação ao caráter concorrencial; ao direito penal ao criminalizar condutas não tipificadas no CPB, conforme se pode denotar dos arts. 32 e 33 da mencionada lei; ao direito consumerista, arts. 5º XXXII e art. 170, V da CF/88; ao direito do trabalho, arts. 5º, XIII, art. 6º, 5º XV da CF/88; ao direito tributário, na concessão de isenções fiscais indiscriminadamente à FIFA e subsidiárias, entre tantas outras incongruências jurídicas. Sendo assim, vem o presente trabalho demonstrar esses aspectos de maneira detalhada, objetivando combater tais práticas, ao demandar total respeito à soberania brasileira em relação ao comportamento abusivo da FIFA, assim como a aceitação de tais determinações pelo governo federal, subjugando seus direitos em prol de caprichos políticos na realização de um grande evento.

A análise das inconstitucionalidades na copa do Brasil de 2014 é de diversas conotações, desta maneira vem o presente trabalho analisar cada uma das disciplinas envolvidas nas modificações efetivadas por imposição da FIFA em relação ao governo federal.

No âmbito trabalhista, antes de adentrar no mérito da questão, é mister salientar o quantitativo deficitário de trabalhadores brasileiros que obrigam as grandes empresas concessionárias a empregarem pessoal estrangeiro, no sentido de suprir a mão-de-obra precária que os cidadãos do Brasil dispõem, neste condão podem ser exemplificadas as obras referentes às áreas de petróleo e gás, que demonstrou uma realidade brasileira com um imenso déficit de trabalhados especializados no ramo, em torno de 50 mil técnicos qualificados somente no subsetor petrolífero-naval, obrigando as empresas a importarem estrangeiros para suprirem a mão-de-obra, da mesma maneira

percebeu-se com o uso de tecnologias de ponta utilizadas nas obras de revitalização das arenas.⁵⁸⁷

Dos mais de 242.000 vistos de trabalho dos últimos 4 anos, cerca de 229.000 foram concedidos aos trabalhadores estrangeiros, o que preocupa a situação da qualificação profissional brasileira e do quantitativo de pessoas desempregadas no país.ⁱ

A duração de um contrato temporário é de 3 meses, podendo por meio de autorização do Ministério do Trabalho ser prorrogado por até 6 meses, e em caso de haver algum acidente ou doença ocupacional durante a vigência do contrato de trabalho, conforme Sumula 378 do TST, haverá estabilidade provisória, vamos observar esses casos nas ações em tramitação no futuro desses trabalhadores.

Além disso, por meio da Lei Geral da Copa, a lei nº 12.663 de 05 de junho de 2012, trouxe inovações impactantes ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, inaceitáveis do ponto de vista legal, mas que para satisfazer aos interesses da FIFA, abriram espaços para novos arranjos legais, cita-se como exemplo a flexibilização da entrada de estrangeiros no país durante o evento, e em especial, a facilitação da contratação do profissional, eis que basta a comprovação da vinculação pela entidade contratante desde que comprovada a vinculação trabalhista entre o estrangeiro e o evento, dando azo ao afrouxamento na concessão de permissão de visto para trabalho temporário.⁵⁸⁸

Isto vai de encontro a uma série de quesitos, primeiro, se a relação é de trabalho temporário, o direito trabalhista determina que o contrato deve ser de no máximo 3 meses, prorrogáveis só por autorização do Ministério do Trabalho e Previdência Social por mais uma vez, devendo constar data do início e término do prazo, conforme a Lei 6019/74, e regulamentado pelo Decreto 73.841/1974, para atender a necessidade urgente e transitória ou quando há acréscimo extraordinário de serviços. Caso fosse configurado trabalho por prazo determinado, o prazo deveria ser de no máximo 2 anos, devendo ser prorrogado uma única vez dentro desse período, sob

⁵⁸⁷ LUCCHESI, Alessandra; LIMA, Eliane Reis. **A flexibilização das regras migratórias de estrangeiros contratados para trabalhar no Brasil na copa de 2014**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09

⁵⁸⁸ LUCCHESI, Alessandra; LIMA, Eliane Reis. **A flexibilização das regras migratórias de estrangeiros contratados para trabalhar no Brasil na copa de 2014**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09

pena de vigorar sob prazo indeterminado, há ainda o contrato de experiência durável por 90 dias, conforme o art. art. 443 e 445 §único da CLT, o que denota a ofensa ao Princípio da Legalidade constante na no Carta Maior, e assim plena inconstitucionalidade.⁵⁸⁹ⁱⁱ

No que se refere ao direito internacional, a Coordenação Geral de Imigração autorizou em 2012, 73.022 autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros para permissões temporárias ou permanentes para trabalhar aqui, sendo que um dos mais beneficiados foram estrangeiros de Portugal, Espanha e China, atendendo às emergentes necessidades de trabalho frente ao grande desemprego europeu.ⁱⁱⁱ

A criação de regimes aduaneiros especiais indicam a necessidade de habilitação do agente no Siscomex, a possibilidade de suspensão de tributos independente de prestação de garantia, alteração de prazos de estadia de mercadoria, condições, sem a exigência da abertura de rotinas internas da empresa para a Receita Federal, como de praxe ocorre aos demais. Além da admissão temporária suspendendo os tributos, permitindo a prorrogação dos prazos ininterruptamente, em virtude do caráter da temporariedade.⁵⁹⁰

Acresce-se ainda que a lei 12.350/2010 igualou a admissão temporária para uso econômico e não econômico, direcionando a todos os bens importados a suspensão dos tributos federais:

Art. 4º A isenção de que trata o art. 3º não se aplica à importação de bens e equipamentos duráveis para os Eventos, os quais poderão ser admitidos no País sob o Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária, com suspensão do pagamento dos tributos incidentes sobre a importação.
 § 1º O benefício fiscal previsto no *caput* é aplicável, entre outros, aos seguintes bens duráveis:
 I-equipamento técnico-esportivo;
 II - equipamento técnico de gravação e transmissão de sons e imagens;
 III-equipamento médico;
 IV-equipamento técnico de escritório; e
 V-outros bens duráveis previstos em regulamento.

§ 2º Na hipótese prevista no *caput*, será concedida suspensão total dos tributos federais mencionados no § 1º do art. 3º, inclusive no caso de bens admitidos temporariamente no País para utilização econômica, observados os requisitos e as condições estabelecidos em ato do Poder Executivo.

⁵⁸⁹LUCHESE, Alessandra; LIMA, Eliane Reis. **A flexibilização das regras migratórias de estrangeiros contratados para trabalhar no Brasil na copa de 2014**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 10

⁵⁹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 24 ed, São Paulo: Saraiva, p. 831

§ 3º Será dispensada a apresentação de garantias dos tributos suspensos, observados os requisitos e as condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Na verdade, quem sairá lucrando com a copa é a FIFA e as entidades a ela ligadas, uma vez que são isentas de tributos federais incidentes em importação e em relação a algumas responsabilidades, principalmente quando referentes a acidentes de trabalho, os quais serão suportados pela União.⁵⁹¹

No que tange ao direito empresarial, temos a proteção e exploração de direitos comerciais relacionados à propriedade industrial, e assim também aos eventos, ocorre que há a proibição pela FIFA de propagandas de marcas diversas das constantes no rol de patrocinadores oficiais prejudicando as empresas brasileiras a divulgarem seus produtos, abdicando a soberania brasileira em função da *Fédération Internationale de Football Association*, ou seja, uma inconstitucionalidade absurda!

Os símbolos oficiais foram o tatu-bola amarelo com carapaça azul, calção verde e camiseta branca onde tem escrito Brasil 2014, cuja escolha foi objeto de votação, assim como o nome da bola, onde a Adidas e a Globo possibilitaram os votos, na tentativa de gerar visão participativa da população, mas ainda se discute a veracidade dos resultados.

A relatora da ONU se pronunciou, demonstrando críticas aos megaeventos:

Os megaeventos esportivos são uma estratégia que as cidades tem utilizado para promover transformações urbanísticas, aproveitando o ‘estado de exceção’ para implementar intervenções que em situações corriqueiras ou demorariam ou teriam uma serie de entraves do ponto de vista jurídico-administrativo, ou seriam alvo de resistência por parte da população.⁵⁹²

O jornalista Luís Peazê critica também às exigências da FIFA:

Destaco mais adiante alguns pontos da Lei 12.663 que exemplificam o caráter de ingerência da FIFA na vida do cidadão de um país, interferindo no seu direito de ir e vir e em vários outros direitos, mas de modo extraordinário impondo aos cidadãos em conjunto que se responsabilizem financeiramente por perdas e danos da FIFA; mais ainda, limitando ou cancelando temporariamente o direito de comercializar certos produtos, tudo isto através de uma Lei Federal própria para ela, a FIFA.⁵⁹³

⁵⁹¹

Disponível

em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/regadmlexporttemp/regadm/regespadmtemp.htm>. Acesso em 20 de março de 2014.

⁵⁹² Disponível em: <http://raquelrolnik.wordpress.com>. Acesso em 20 de março de 2014.

⁵⁹³ PEAZÊ, Luís. **Futebol 10x0 No Estado de Direito**, Rio de Janeiro: Clinica Literaria, 2013.

Enfim, a lei geral da copa, sobrepôs o regime de monopólio, não mais contemplado pela CF/88, à livre concorrência. O art 11 da referida lei dispõe que a União colaborará com os demais entes políticos com a finalidade de assegurar à FIFA, a autorização para divulgar suas marcas, distribuir, vender, publicar nas suas imediações e principais vias de acesso, ou seja, apenas a FIFA e seus patrocinadores terão a possibilidade de dispor de promoções num período máximo de 2 km, estabelecendo áreas de exclusividade, limitando qualquer tipo de concorrência.

Além disso, a dita lei em âmbito penal passou a intervir no sentido de criminalizar as condutas de marketing de emboscada por associação, nos arts. 32 e 33:

Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de Ingressos, convites ou qualquer espécie de autorização de acesso aos Eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica.

Marketing de Emboscada por Intrusão

Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Esses artigos limitam o direito de apropriação dos meios de produção, direitos fundamentais do homem, à livre iniciativa e à liberdade econômica, inobservando a regra da intervenção mínima do direito penal, não existe bem penal constitucionalmente tutelado e sim avesso à ética concorrencial, não devendo justificar sua criminalização, ou seja, o bem juridicamente tutelado são os bens da FIFA, subvertendo a ordem constitucional em prol de um monopólio privado.

As empresas se aproveitaram de um grande evento para promoverem seu nome, suas marcas, seus produtos ou serviços sem, contudo, incorrer em responsabilidades nem custos naturais direcionados a um patrocinador.⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ WOLTZENLOGEL, Constanza. **Uma breve visita ao Marketing de Emboscada**, ABPI nº 84, p. 36

Dessa maneira, a FIFA exigiu que para o Brasil pudesse sediar a copa de 2014, deveria oferecer garantias, por meio de procedimentos especiais e garantindo amplos direitos tais como:

Procedimento especial junto ao INPI, para proteção às marcas e símbolos oficiais relacionados aos eventos; colaboração da União com os Estados, Distrito Federal e municípios, para que houvesse exclusividade da FIFA em atividades comerciais e de promoção comercial nas áreas dos eventos; titularidade da FIFA sobre os direitos referentes às imagens, sons e radiodifusão relacionados aos eventos; criação de tipos penais para condutas que atentem contra a proteção das marcas e símbolos oficiais, inclusive o marketing de emboscada; estabelecimento de sanções civis para outras práticas atentatórias às marcas e símbolos oficiais, dentre vários outros.⁵⁹⁵

No art. 3º da lei há disposição no sentido de promover a anotação nos cadastros do alto renome das marcas que consintam os símbolos oficiais da FIFA, impedindo que houvesse os dois tipos de emboscada: as de marketing por associação ou por intrusão. Um exemplo prático do que ocorreu no Brasil em 1994, época em que a Kaiser e a Antártica contrataram com a Globo e a Bandeirantes para a veiculação das marcas pelas emissoras. Acontece que a Brahma identificava seu produto como a nº 1, fazendo remissão à copa, ainda que não tenha firmado contrato para veiculação da imagem atrelada ao evento.⁵⁹⁶

Quanto à Lei de Propriedade Industrial, em relação aos direitos autorais há o direito da arena fixar e transmitir as imagens do espetáculo.

Em relação especificamente ao direito do consumidor, a empresa turística deveria informar aos consumidores a cadeia dos fornecedores, assim como a oferta dos serviços prestados pelas agências com a previsão mínima de condições para alteração, cancelamento e reembolso em relação aos seus serviços.⁵⁹⁷

Em relação ao âmbito administrativista, percebe-se que não obstante serem de propriedade pública dos estes estaduais, teriam seus serviços concedidos a um ente privado capaz de administrá-lo. Essa concessão dura entre 25 e 30 anos, tempo durante

⁵⁹⁵ FILHO, Cesar Peduti; MAIA, Raphael Lemos. **Ambush marketing e a Lei Geral da Copa**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57

⁵⁹⁶ Idem, p. 59

⁵⁹⁷ Idem, p. 77

o qual a concessionária pode explorar seu uso para outros tipos de eventos, conceituada por Di Pietro como:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁵⁹⁸

Um ponto crucial no âmbito da administração pública diz respeito à carência de infraestrutura no setor de transportes públicos e no setor de segurança, eis que se utilizados de péssima maneira pelos brasileiros no dia-a-dia, para evitar o governo efetivou obras no sentido de melhorar a qualidade dos transportes públicos, acontece que as obras ficaram inacabadas diante do altíssimo custo corroborando com uma série de insatisfação por parte da população brasileira.

Além desse aspecto, deve-se acrescentar o fato de que findas as obras referentes às arenas, os custos para a manutenção destes estádios, pós copa, são de significativo montante, a exemplo desse problema temos as frustrações provenientes das arenas na África do Sul , onde ocorreu a última copa do mundo, na qual foram instaladas sem observar finalidades sociais, econômicas, ambientais e culturais e ainda sem a representação popular da região, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana e da habitação. Ao contrário do que foi observado na Europa e América do Norte, onde foram desenvolvidos projetos de estudo de aproveitamento dos impactos à população por meio das arenas, onde se observou opções de lazer, oportunidades de negócio, valorização imobiliária, melhoria no transporte e segurança e crescimento no setor de turismo.

A adoção do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o RDC afronta brutalmente a legalidade administrativa, no que diz respeito à observância à lei de licitações, uma verdadeira aberração que deveria ser utilizada unicamente em situações como guerras, epidemias, e não uma mera Copa da FIFA, não é atoa que um série de Adins foram direcionadas ao STF, no sentido de impedir tais condutas, o próprio ex-ministro Eros Grau, se pronunciou afirmando em relação às ações gerais de

⁵⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 94

inconstitucionalidade em trâmite no supremo “não se esqueçam, o fato é que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.”⁵⁹⁹

Acresce-se ainda, pasmem, que houve um projeto batizado de “sexta do futebol”, proposto pelo vereador Evaldo Lima, do Ceará, com a finalidade de possibilitar a utilização de camisas de futebol no dia dos jogos nas repartições públicas e escolas para os torcedores nas sextas-feiras, exceto para as situações em que os uniformes forem imprescindíveis às atividades, embora possam utilizar broches e bonés. O que se denota diante de tantas necessidades urgentes, elaboram uma lei sem nenhum objetivo de melhoria à população, deixando o que realmente interessa em segundo plano, mais uma temeridade!⁶⁰⁰

Os montantes envolvidos a título de valor contratado alcançaram R\$ 4.551.430.638,00, sendo inicialmente liberados R\$ 1.357.584.053,14, cerca de 29,82% do total previsto, dos quais 1,5 bilhões segundo o governo seriam utilizados para despesas com desapropriações para melhorar a mobilidade urbana, mas há quem diga que as autoridades públicas estariam de maneira disfarçada objetivando varrer favelas do mapa, liberando estas áreas para a especulação imobiliária, contrariando os direitos fundamentais aventados por George Marmelstein.⁶⁰¹

Os direitos fundamentais foram concebidos, originariamente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. O particular era, portanto, o titular dos direitos e nunca o sujeito passivo, é o que se pode chamar de eficiência vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo. No entanto, atualmente, onde cada vez é mais aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados - especialmente aqueles detentores de poder social e econômico – são potencialmente capazes de causar danos efetivos os princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o

⁵⁹⁹ GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. 4 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 212

⁶⁰⁰ Disponível em : <http://blogs.diarionordeste.com.br/diarionacopa/copa-do-mundo-de-2014/projeto-de-lei-preve-uso-de-camisas-de-futebol-em-reparticoes-publicas-de-fortaleza/>. Acesso em 20 de março de 2014.

⁶⁰¹ MOREIRA, Fábio Lucas. **Copa do mundo e o direito fundamental à moradia digna: mercado imobiliário, políticas públicas e o papel do judiciário**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. *O direito e a copa do mundo de futebol*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 116,135

Estado. Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, o melhor dizendo, em um ‘sistema de valores’ a orientar toda a ação pública e privada. É o que se pode chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁶⁰²

Por meio dessa análise, abstrai-se que o direito fundamental à moradia está sendo vilipendiado em virtude da relação de consumo entre clientes e construtoras voltados para a conquista de novas oportunidades de mercado para a expansão de seus negócios.

Em meio a esse pensamento, sobreveio por meio da designada lei, medidas tributárias relativas à realização da copa, desonerando a carga tributaria relativa aos eventos da FIFA, desonerando os contribuintes por meio de incentivos fiscais na aquisição realizada no mercado interno pela FIFA, subsidiárias e emissora, incidentes sobre IPI, PIS e COFINS, a dispensa na apresentação das Guias de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social, desobrigando também ao recolhimento do INSS.

Nesse sentido, afirma Paulo de Barros Carvalho que isenção seria a dispensa legal do pagamento de tributo, proveniente da divisão normas jurídicas em normas de comportamento e em normas de estrutura, estando nessas últimas as regras referentes à isenção.⁶⁰³

A isenção tem fundamento no art 175, I do CTN, que dispensa o crédito tributário, por meio da qual a FIFA, suas subsidiárias, as confederações de futebol, o Comitê Local da Copa e das empresas contratadas para a organização da Copa se beneficiaram.

Assim, conforme disposto no artigo 10 do Decreto 7.578/2011, a FIFA e todas as suas parceiras puderam importar produtos sem pagar impostos, tais como

⁶⁰² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 336-337

⁶⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 506

alimentos, suprimentos médicos, produtos farmacêuticos, combustíveis, materiais de escritório e esportivos incluindo, por exemplo: troféus, medalhas, estátuas e flâmulas.⁶⁰⁴

Não incidiram, portanto, IPI, II, PIS/PASEP, COFINS, Taxa SISCOMEX, Taxa MERCANTE, AFRMM e CIDE. Além dessas, a isenção incluiu o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Imposto sobre Operações Financeiras.

O art. 17 da Lei ainda previu o Recopa, Regime Especial de Tributação para Construção, Ampliação, Reforma ou Modernização de Estádios, deixando-os em situação fiscal privilegiada em relação às outras empresas, por meio de convênios formulados para operações com mercadorias e bens destinados aos serviços nos estádios, com alíquotas zero para IPI e desonerações em PIS e COFINS, a suspensão do imposto sobre serviços de construção civil, assim como os certificados de incentivo ao desenvolvimento aos empreendedores que investirem em construção de estádio para pagar ISS e IPTU.⁶⁰⁵

O fato é que houve uma série de benefícios fiscais sendo dispostos a essas empresas para os serviços direcionados à Copa que desigualam a situação entre as demais, que precisam produzir muito mais para pagar seus débitos fiscais, resultando numa afronta a isonomia tributária.

Um fator que vem preocupando a questão dos clubes é a falta de calendário nos clubes pequenos, déficit financeiro que em virtude da ausência de política pública voltada para a eficiência dos profissionais, resultaram em quase 90% de desvalorização dos atletas, dessa maneira deve haver investimento em infraestrutura para acessibilidade ao desporto, na base dos clubes, em campeonatos regionais, em políticas públicas apoiadoras, de maneira a impedir que a grande maioria dos jogadores fiquem nas mãos dos empresários, mendigando por salários míseros, passando de clube em clube.⁶⁰⁶

Um aspecto muito recorrente em nosso país é a imprevisibilidade em relação à legislação brasileira, pois a incerteza impede que investidores apliquem

⁶⁰⁴ RAIUMUNDI, Fábio; BASTOS, José Umberto Braccini. **Benefícios fiscais, oportunidades de negócios em face da Copa do Mundo de 2014**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 146

⁶⁰⁵ Idem, p. 148

⁶⁰⁶ LUZZONLI, Dayan. **Brasil, o gigante do futebol mundial com um mercado subaproveitado e inserido no big bang do Poder Judiciário. Porque a dignidade da pessoa humana não tarda está!** In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. O direito e a copa do mundo de futebol. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82,85,103

montantes num país onde num espaço curto de tempo possa haver modificações legais. Acrescenta-se ainda a lentidão da justiça brasileira na solução dos conflitos, nesse sentido, o CNJ estabeleceu a instalação dos Juizados Especiais nos aeroportos para acelerar a resolução dos litígios.

Isto levou a elaboração de um contrato administrativo na modalidade parceria público-privada, dissolvendo praticamente todos os riscos, de modo a tornar convidativo ao setor privado investir nestes projetos, embora ao fim, os investimentos tenham sido praticamente amortizados pelo poder público.

Nos estádios, a unidade contou com sala de audiência e estrutura adequada para o atendimento imediato. No plano cível, recebemos reclamações contra os clubes ou envolvendo relações de consumo. No campo criminal, se o caso fosse de menor potencial ofensivo, lá mesmo seria a audiência preliminar, inclusive com a possibilidade de realizarmos logo a transação penal. Se a questão for de maior potencial ofensivo, seria feito o auto de prisão em flagrante para a polícia.⁶⁰⁷

Um último aspecto no constante a responsabilização penal, se relaciona ao crime de gestão fraudulenta, como conduta artilosa de quem administra instituição financeira concedendo financiamento bancário mancomunado com o tomador do crédito como fraude à garantia do beneficiário do crédito, além do crime de gestão temerária, quando a instituição procede de maneira arriscada. Nesse sentido, construtoras que tiveram seus créditos aprovados sem as devidas exigências, e no futuro próximo o compromisso não for honrado, gerará um prejuízo enorme ao sistema financeiro brasileiro, gerando ação penal pública pelos crimes supra mencionados, devendo todos os envolvidos serem responsabilizados criminalmente.⁶⁰⁸

Com a breve análise dos fatos, abstraímos a quantidade de celeumas perpetuadas em função da escolha do nosso país para sediar uma copa do mundo. Além disso, as ações diretas de inconstitucionalidade propostas no judiciário, frente ao tamanho disparate do governo federal a se submeter às determinações da FIFA, avessa a soberania interna, afrontando os direitos do consumidor, do trabalhador, administrativo, empresarial, civil, penal entre tantos outros.

⁶⁰⁷ Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 20 de março de 2014.

⁶⁰⁸ LACERDA, Wagner Carvalho de. **Crimes de gestão temerária e fraudulenta em concessão de financiamento em tempos de copa do mundo**. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. *O direito e a copa do mundo de futebol*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 228

Se houve algo errado, foi a aceitação do Congresso Nacional realizar uma espécie de “tratado” entre o governo brasileiro e um órgão privado, a FIFA, como se fosse um estado independente, o que é inadmissível do ponto de vista jurídico constitucional, ante a disposição expressa da Constituição em seus artigos iniciais.

Acontece que não há mais o que fazer a não ser reivindicar os direitos lesados e violados pelo governo federal em conjunto com os parlamentares brasileiros, e demonstrar que não somos favoráveis à política do circo eleitoral, em detrimento de direitos fundamentais que sempre são esquecidos pelas autoridades políticas.

Por fim, dedico toda a indignação à população brasileira pacata que quase nunca exerce sua cidadania na condição de detentor de direitos fundamentais, em prol de uma luta pela realização da soberania e do reconhecimento dos direitos do homem.

É mister impedir a banalização da PPP ou o desvio no uso da concessão administrativa, com o uso do regime jurídico para as contratações cabíveis a lei 8666/93, assim como o comprometimento irresponsável dos recursos públicos, já pela assunção de compromissos impagáveis ou em razão da escolha de projetos não prioritários.

Nesta ordem, se faz presente a lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:⁶⁰⁹

A concessão administrativa deve ser utilizada apenas quando presentes as razões econômicas – quais sejam, a nosso ver especialmente: (i) a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e a remuneração do investimento, (ii) a possibilidade e conveniência no caso concreto de se adotar especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais e (iii) a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades a uma mesma pessoa, por exemplo, o detalhamento do projeto de engenharia, o financiamento da obra de infraestrutura, sua construção, operação e manutenção ao longo de um considerável período de tempo.

O descaso com a coisa pública tem marcado presença nessa espécie contratual, e dentre as ausências de preocupação do Estado Brasileiro com o futuro das concessões, percebe-se a elaboração de projetos originais inadequados e incompatíveis com a realidade.

(...) embora tenha benefício a partir do fluxo de capital para estabilizar a inflação, o país optou por políticas onerosas marcadas por uma moeda

⁶⁰⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP-Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos**. 1ed, 2 tir, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 78

supervalorizada e taxas de juros extremamente elevadas. O alto preço pago por esta política incluiu fraco crescimento econômico; um incremento da dívida pública; a erosão de vários setores industriais; e alastrada perda do controle nacional sobre as empresas industriais e de serviços. Essas foram inequivocadamente consequências perniciosas. Superando crises resultantes da adesão ao Consenso de Washington.⁶¹⁰

Nunca se adota o critério da menor tarifa, tendo os usuários que pagar valores elevados, e a ausência da sociedade civil, afora os problemas técnico-econômicos junto às dificuldades de natureza jurídica.

O descumprimento das cláusulas contratuais gera insegurança com repercussões negativas sobre o influente Risco Brasil, corroborando com uma má visão do país no mundo globalizado.

Parece que o grande problema do brasileiro é o conhecimento, no caso a ausência do conhecimento técnico-científico, o aprofundamento das informações na área de engenharia, economia, administração, direito e sociologia.

Além da constante captura no setor regulatório, impedindo a constatação das irregularidades projetadas, bem como os contornos realizados para que estes contratos administrativos de parceria público-privada se tornem compatíveis com as leis orçamentárias.

As PPPs dependem de um longo processo de planejamento, dadas as implicações fiscais e referentes às garantias do parceiro público, como a figura do “desconto de reequilíbrio” ou “compensação tarifária”, para que a remuneração do parceiro privado esteja relacionada ao seu desempenho.

Entretanto, não se pode estigmatizar as PPPs diante das falhas jurídicas existentes no sistema brasileiro, afinal de contas o direito está sempre em evolução, suas normas e interpretações devem servir para melhor adequar às estruturas já existentes, desde que pertinentes ao contexto social.

⁶¹⁰ COUTINHO, Luciano. *Lessons from the Republic of Korea and Brasil. In: The development debate: beyond the Washington Consensus. International Social Science Journal, n. 166, Malden-MA: Blackwell Publ., dezembro, 2000, p. 524* (“although it did benefit from the inflow of capital to stabilize inflation, the country opted for onerous policy marked by an overvalued currency and extremely high interest rates. The high price paid for this policy included lower economic growth; a burgeoning public debt; the erosion of several industrial sectors; and the widespread loss of national control industrial and services enterprises. These were unequivocally pernicious consequences. Overcoming crises resulting from adherence to the Washington Consensus.”)

Embora não exista vacina contra políticos oportunistas e inescrupulosos, os mecanismos de controle estão à disposição, para serem utilizados sempre que houver indícios de irregularidades nos ditos contratos.

Para reflexão:

Deve-se entender, que, ontologicamente, as parcerias público-privadas têm representado uma forma de vislumbrar a atuação do Estado, em conjugação com a iniciativa privada. A efetividade desse agir, dependerá de seus propósitos e do controle sobre as mesmas, evitando que teóricas hipóteses de parceria sejam, em verdade, instrumento para ampliar mercados à iniciativa privada, às custas de recursos públicos, o que ocorre no Brasil, com participações pouco onerosas dos particulares.⁶¹¹

É mister que todos os mecanismos de controle funcionem de forma eficiente, para a averiguação precisa dos fatos ilegais, impedindo que se perpetue o uso da coisa pública sem análise do custo-benefício no momento da eleição da espécie contratual, evitando a prática do aumento do déficit público nos contratos de parcerias público-privadas.

9.5 AS PPPs E A PROSPERIDADE PÚBLICA DIANTE DO PPI- PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS

Há diversas modalidades de PPPs, mas para Paulo Modesto, dentre as características gerais tem-se:

a voluntariedade da adesão ao ajuste; convergência de interesses; complementariedade de encargos; a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da administração, com vistas a não inibir o interesse do parceiro privado, a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses. As parcerias em sentido amplo, caracterizam objetivo comum.⁶¹²

O ciclo dos projetos dos diversos modelos de PPP, se divide em fase preliminar, identificação do projeto, avaliação do projeto propriamente dita, estruturação e contrato, licitação e implementação.⁶¹³

⁶¹¹ CAVALCANTI, op. Cit. , p. 262

⁶¹² MODESTO, Paulo. **Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público 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**, in: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 472

⁶¹³ CALDAS, op. cit, p. 187-188

Na fase preliminar, há a elaboração da legislação e demais normas regulamentadoras, dependendo da capacidade dos financiadores disponíveis no mercado e do contexto jurídico em que se inserem.⁶¹⁴

A avaliação relaciona-se à identificação do projeto, avaliação propriamente dita e estruturação, e contrato. A primeira consiste na possibilidade de ganhos objetivados conforme os interesses do setor privado, diante dos custos do serviço público. Na estruturação ou desenho da parceria, haverá sua seleção e configuração do processo de aquisição, com a aprovação dos financiadores e autoridades.⁶¹⁵

Na última fase a licitação leva a consequente negociação e contratação, no entanto, o que se percebe é a ausência de interesse dos setores privados investirem seus recursos em função da baixa taxa de retorno financeiro e do alto risco econômico, regulatório e político que envolvem estes contratos.⁶¹⁶

Oras, a incerteza e a insegurança produzem a elevação dos preços, pois o agente econômico precifica a própria insegurança, mas há casos em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio, por isso a importância do detalhamento na elaboração dos projetos de PPP em todas as fases.

Neste diapasão, há uma breve passagem de Ronald Coase, quando destaca os custos de transação nos contratos, ao afirmar que as relações econômicas não se restringem a operações jurídicas formais, mas compreendem um conjunto de elementos fáticos. Os contratos exigem informações que devem ser devidamente prestadas pelas partes, pois acarretam custos aos agentes que são precificados, com a finalidade de cobrir os custos de transação estimados.⁶¹⁷

Talvez, a mais atrativa garantia concedida a estas poderia ser observada através da melhor definição do quadro regulatório, mais estável, cristalino, uma melhor arquitetura jurídica, a intangibilidade do equilíbrio econômico financeiro, a regulação geradora de segurança jurídica e de continuidade.

⁶¹⁴ Idem

⁶¹⁵ Idem

⁶¹⁶ Idem

⁶¹⁷ COASE. Ronald. *The firm, the Market and the law*, Chicado/Londres, The University of Chicago, 1998

Neste sentido, deve-se refletir sobre a passagem de Ataliba Nogueira quando defende o êxito do setor privado, como um ganho a todos da coletividade, relacionando-o com o comprometimento do estado nas atividades atribuídas às empresas através dos contratos administrativos.

É dever do estado buscar a condição social que torne possível a cada um dos seus membros – mediante a própria e livre cooperação – o grangeamento do necessário para a sua felicidade, enquanto realizável neste mundo...Esta prosperidade pública, que é o fim verdadeiro do estado, dirige-se aos homens coletivamente considerados. Por isso é que é pública, não visa ao bem estar de alguns ou de uma classe ou de um grupo ou de um partido, como também não visa à felicidade de cada um...A prosperidade privada não é o fim imediato do estado, mas sim a prosperidade pública.

O fim do estado consiste na prosperidade pública, na *sufficiencia vitae* necessária a cada um para atingir a perfeição física, intelectual e moral, correspondendo às necessidades e às deficiências naturais mais profundas, que não podem ser satisfeitas nem pelo indivíduo só, nem pela família isolada, nem por outros grupos sociais solitários...Por destino natural é o estado meio para o pleno desenvolvimento das faculdades individuais e sociais, meio de que o homem deve valer-se, ora dando, ora recebendo alguma coisa para o seu bem e para o bem dos outros...O estado não é o fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir seu fim. É meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens.⁶¹⁸

No Brasil, em 2007, tiveram-se notícias do lançamento da pedra fundamental de uma das primeiras PPPs viárias do país, entre o estado de Pernambuco e a via Parque, consórcio da Odebrecht Investimentos em Infraestrutura e a construtora Norberto Odebrecht S/A, cujo objetivo foi a construção da ponte do Paiva, com a criação do Complexo Turístico e de Lazer do Paiva, e ao Pólo de desenvolvimento de Suape.⁶¹⁹

Esta obra teve uma duração de 18 meses, como o início em 2010, com um orçamento quatro vezes maior que o mínimo legal, cujo montante para manutenção, operação e conservação se deu no mesmo patamar, ao longo de 33 anos.⁶²⁰

⁶¹⁸ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. O Estado é meio e não fim, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 1945, p. 114-116, 148-155

⁶¹⁹ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23

⁶²⁰ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23

O projeto foi apresentado em 2007 aos investidores norte-americanos que apresentaram grande interesse na obra do Paiva e da duplicação da rodovia PE-60, e o Complexo de Ressocialização de Pernambuco.⁶²¹

Se o setor privado obtêm sucesso em seus contratos administrativos, haverá interesse no financiamento dos subsequentes, mais modernização do estado e melhor prestação dos serviços, no entanto, é necessário observar a real intenção dos pactuantes na celebração destes, para evitar um dispêndio de verbas públicas, fazendo com o sistema de garantias, uma forma de lucrar mediante a realização de serviços públicos.

Nos contratos de PPP, o valor do contrato, de acordo com o art. 2º §4º, I, II da Lei 11.079/04, não poderiam ser inferiores a 20 milhões, no entanto a Lei 13.529/17, modificada à época pelo Presidente Temer reduziu o valor limite das PPPs para 10 milhões de reais, ampliando a possibilidade de participação dos entes políticos, conforme pode ser analisado no trecho a seguir exarado

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
 I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017)
 II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
 III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Afora esta lei, surgiu o Programa de Parcerias de Investimentos, baseado na Lei 13.334/16, que objetiva ampliar a participação mais eficiente entre o setor Público e o privado, trazendo mais estabilidade, transparência e segurança jurídica, mediante a criação do Conselho de PPI (recomendações e deliberações sobre projetos ao Executivo) e a Secretaria do PPI (apoiar os setores fiscais e ministeriais).⁶²²

Art. 2º São objetivos do PPI:
 I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
 II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
 III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
 IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e

⁶²¹ CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23

⁶²² BRASIL. Entenda o programa de parcerias de investimentos. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2016/09/entenda-o-programa-de-parcerias-de-investimentos>. Acesso em 20/12/2018

V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

O Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias serve como apoio para a execução contratual das parcerias, cujo prazo inicial é de 10 anos, podendo ser prorrogado, e tem como finalidade estabelecer deveres para a realização da PPP, podendo haver contratação direta deste com o poder público para prestar serviços técnicos, objetivando concretizar todos os projetos de parceria almejados pelo programa, tais como o leilão de aeroportos, que se vem vivenciando, objetivando a realização de 32 empreendimentos de transporte à concessão.⁶²³

Art. 14. Fica o BNDES autorizado a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP, que terá por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização. § 1º O FAEP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, será sujeito a direitos e obrigações próprios e terá capacidade de celebrar, em seu nome, contratos, acordos ou qualquer ajuste que estabeleça deveres e obrigações e que seja necessário à realização de suas finalidades. § 2º O FAEP possuirá prazo inicial de dez anos, renovável por iguais períodos. § 3º O administrador e os cotistas do FAEP não responderão por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem. § 4º O FAEP será administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo BNDES. § 5º O FAEP poderá se articular com os órgãos ou entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuja atuação funcional seja ligada à estruturação, liberação, licitação, contratação e financiamento de empreendimentos e atividades, para troca de informações e para acompanhamento e colaboração recíproca nos trabalhos. § 6º Constituem recursos do FAEP: I - os oriundos da integralização de cotas, em moeda corrente nacional, por pessoas jurídicas de direito público, organismos internacionais e pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, estatais ou não estatais; II - as remunerações recebidas por seus serviços; III - os recebidos pela alienação de bens e direitos, ou de publicações, material técnico, dados e informações; IV - os rendimentos de aplicações financeiras que realizar; e V - os recursos provenientes de outras fontes definidas em seu estatuto. § 7º O FAEP destinará parcela do preço recebido por seus serviços como remuneração ao BNDES pela administração, gestão e representação do Fundo, de acordo com o seu estatuto. § 8º O FAEP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurado a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo, sendo vedado o resgate de cotas em valor superior ao montante de recursos financeiros disponíveis ainda não vinculados às estruturas integradas já contratadas, nos termos do estatuto. § 9º O estatuto do FAEP deverá prever medidas que garantam a segurança da informação, de forma a contribuir para a ampla competição e evitar conflitos de interesses nas licitações das parcerias dos empreendimentos públicos. Art.

⁶²³ BRASIL. Programa de parcerias terá 32 empreendimentos de transporte a concessão. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/08/programa-de-parcerias-tera-32-empreendimentos-de-transportes-a-concessao>. Acesso em 20/12/2018

15. O FAEP poderá ser contratado diretamente por órgãos e entidades da administração pública para prestar serviços técnicos profissionais especializados visando à estruturação de contratos de parceria e de medidas de desestatização. Art. 16. Para a execução dos serviços técnicos para os quais houver sido contratado, o FAEP poderá contratar, na forma da legislação, o suporte técnico de pessoas naturais ou jurídicas especializadas, cabendo aos agentes públicos gestores do Fundo, com o apoio da SPPI, a coordenação geral dos trabalhos e a articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos.

Pensa-se que a cena se repete com denominações diferentes, eis que mais um fundo foi criado para amparar parcerias público-privadas, e contratos administrativos de uma forma geral são realizados pelo particular com recursos provenientes dos bancos públicos, reverberando a velha maneira convidativa para realização de obras públicas e prestação de serviços públicos, através do aumento de despesas públicas, para atrair o setor privado na execução do contrato.

No que tange à execução dos leilões de aeroportos, não haveria sentido conceder unidades em blocos, mas unicamente aqueles que não apresentavam uma boa rentabilidade, caso se objetivasse sempre ao interesse e a economicidade públicos, no caso em específico de Recife, no qual havia superávit, tornando-se desnecessária a concessão.

Em relação à concessão da Arena Multiuso em Pernambuco, caso o Estado tivesse realizado diretamente as obras do megaevento teria gasto a mesma quantidade de recursos ou valores muito semelhantes, evitaria tanto o repasse de verbas públicas para o setor privado, quanto os escândalos de corrupção entre os gestores do governo na celebração do contrato.

Este aspecto não retira a importância das parcerias público-privadas no setor de infraestrutura, no entanto os contratos de PPP devem conter sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas, responsabilidade fiscal, repartição objetiva dos riscos, objetivando o estímulo às inovações e modernizações na Administração Pública.⁶²⁴

⁶²⁴ Ibidem, p. 189-190

10 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo contemporâneo exige uma reestruturação na máquina pública no atendimento das necessidades sociais, através da modernização dos serviços públicos, por meio de institutos que resultem em maior grau de eficiência, quanto ao uso de recursos públicos na realização de contratos administrativos.

Neste diapasão, aparecem as Parcerias Público-Privadas, como recurso a uma espécie distinta de contrato administrativo, embora a doutrina divirja neste aspecto, no sentido de defender figura *sui generis* em relação às modalidades contratuais já existentes, ou repetição de conceitos empregados outrora.

Muito embora haja essas digressões, a doutrina remete o surgimento das parcerias público-privadas ao Reino Unido, no período do pós-guerra, como alternativa ante a necessidade de modernização da máquina pública frente a um Estado extremamente deficitário de recursos para a implementação de projetos de infraestrutura.

É fato que a complexidade social associada às novas demandas, em função da expansão demográfica dos países, contribuiu sensivelmente para a reflexão em buscar-se uma solução no atendimento da demanda dos serviços públicos.

O imprescindível investimento em infraestrutura, a fim de ampliar o desenvolvimento econômico e a expansão dos mercados, marcado pelo neoliberalismo do pós guerra, levou a busca por soluções práticas, que unissem a participação pública à participação privada, no financiamento dos serviços públicos e na construção de obras públicas.

Tudo isto corroborou com a sedimentação do sistema de parcerias público-privadas na administração pública inglesa, no entanto inicialmente surgiram as *Partnerships UK*, as quais se limitavam a entrega de projetos, as *Infrastructure UK*, com função política, de planejamento, de entrega e de financiamento, e as *IPA – Infrastructure and Projects Authority* acrescentando a concessão de garantias.

Mais adiante, surgem as *PFI- Project Finance Initiative*, as quais levaram a um grande financiamento do setor privado, traço marcante nas parcerias inglesas, reforçando a ideia de Estado deficitário, e que devido ao grande retorno dos investimentos privados, levou ao surgimento da *PF2*, sendo o poder público acionista minoritário em ambos os projetos, eis que grande parte dos financiamentos devem ser

emanados de bancos privados, cuja composição da dívida contraída entre parceiros privados e públicos, do capital investido é de 90/10 no modelo PFI, e de 80/20 no modelo PF2.

As PFIS não tem prazo para concluir a licitação, e os riscos são em grande parte do setor privado, enquanto a PF2 passou a ter um limite de 18 meses, e o poder público assume a maior parte dos riscos do negócio, no entanto há o compartilhamento de ganhos com a queda dos riscos.

Em Portugal também houve o recurso ao sistema de parcerias público-privadas, no entanto, inicialmente o poder público português optou pelo sistema SCUT(sem custo para o utilizador), não seguindo o *project finance* da PPP, fluxo de caixa gerado pela operação do serviço, o que levou a necessidade de implementação de portagens reais, as quais denominamos pedágios, eis que o risco da demanda a cargo do poder público, não incentiva o privado a atrair o maior número de usuários, já que receberá recursos públicos de forma independente, comprometendo o custo x benefício do projeto.

Nos Estados Unidos, o Estado é mínimo em relação às políticas públicas, levando a prestação de vários serviços sociais pelo setor privado, e nos contratos de PPP há uma participação muito forte da iniciativa privada por ser o modo mais eficiente de dispor de serviços de qualidade a população.

No Chile, houve uma ampliação de 2000 km de estradas construídas a partir dos contratos de PPP, acelerando o desenvolvimento principalmente no setor de exportação, realizadas nos seus principais portos, e otimizando o crescimento na infraestrutura do país.

Na França, há uma forte atuação do Estado nos serviços públicos, através da *publicatio*, sem o prefinanciamento privado, porém com o surgimento da enfiteuse administrativa passou-se a permitir o uso da PPP, através do *contrat de partenariat public-privé*, contratos globais, de infraestrutura, com partilha de riscos.

A partir da Lei 11.079/04, as parcerias público-privadas foram formalmente implementadas, sendo conceituadas como contratos administrativos realizados para realização de obras públicas e prestação de serviços públicos, cujo prazo varia de 5 a 35 anos, cujo valor não será inferior a 10 milhões de reais, com compartilhamento de riscos entre os parceiros, através de todas as garantias legais além do recurso ao Fundo Garantidor, com direito a saques de até R\$6 bilhões de reais, sendo administrado por uma Sociedade de Propósito Específico.

Questiona-se sobre a real origem das parcerias no Brasil, eis que a doutrina diverge sobre uma nova modalidade de contratação, fazendo alusão a contratos antigos realizados na época do Brasil Império, e dentre as espécies de parcerias público-privadas, com base na lei brasileira, existem as PPPs administrativas e as PPPs patrocinadas, por meio das quais, tem-se o pagamento unicamente pela administração pública, por ser a usuária principal do serviço, como no exemplo dos presídios. E no segundo caso, pagos pela administração pública juntamente com os utentes do serviço, como no exemplo dos pedágios cobrados em rodovias novas construídas sob essa modalidade contratual.

No Brasil, o grande número de parcerias em um curto espaço de tempo tem levado ao comprometimento do orçamento público, gerando impactos negativos na realização desses contratos, devido à ausência de previsão da análise da eficiência dos contratos, como no caso vergastado, da Arena Multiuso.

Este problema se deu em virtude dos aditivos contratuais efetivados na execução destes, sob o argumento de reequilíbrio econômico-financeiro, mas que em verdade são provenientes do mau planejamento do contrato, ausência de análise de riscos verdadeiramente, através do PSC⁶²⁵, culminando numa despesa de R\$ 264 milhões.

Para compensar este mau planejamento, e se tornar um contrato convidativo a participação do parceiro privado, a espécie contratual vem robusta de garantias, as quais constam no art 8º e 16 da Lei 11.079/04, devendo se submeter ao art. 4º, IV da LRF, art. 10, art. 22 e art. 28 da lei de parcerias,

A parceria ainda é garantida por meio de um fundo, instituição financeira federal, art 17 caput, §3º, devendo sua execução seguir os trâmites privados, e a modalidade de licitação adotada para a efetivação do contrato pode ser a concorrência-pregão, constante nos arts. 10 a 13 da lei de parcerias, vedada à contratação direcionada apenas ao fornecimento de mão de obra, conforme o art. 2º, §4º, III da lei.

⁶²⁵*PUBLIC SECTOR COMPARATOR* – Comparador do Setor Público, é uma espécie de indicador de custo, o *value for Money*. Custeio hipotético ajustado ao risco, envolvido no fornecimento de determinado serviço, tendo como fornecedor o setor público, pois o projeto é realizado inteiramente pelo governo. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=NhQH72oIFkgC&pg=PA31&lpg=PA31&dq=o+que+%C3%A9+o+PSC+\(Public+Sector+Comparator\),+comparador+do+setor+p%C3%BAblico&source=bl&ots=vOe6xeGCCJ&sig=ACfU3U1G0Hld89KiAioSDE4tIS9rKsViPA&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjkr5j3nYfhAhV4HbkGHZc1CLOQ6AEwBHoECAUQAQ#v=onepage&q=o%20que%20%C3%A9%20o%20PSC%20\(Public%20Sector%20Comparator\)%2C%20comparador%20do%20setor%20p%C3%BAblico&f=false](https://books.google.com.br/books?id=NhQH72oIFkgC&pg=PA31&lpg=PA31&dq=o+que+%C3%A9+o+PSC+(Public+Sector+Comparator),+comparador+do+setor+p%C3%BAblico&source=bl&ots=vOe6xeGCCJ&sig=ACfU3U1G0Hld89KiAioSDE4tIS9rKsViPA&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjkr5j3nYfhAhV4HbkGHZc1CLOQ6AEwBHoECAUQAQ#v=onepage&q=o%20que%20%C3%A9%20o%20PSC%20(Public%20Sector%20Comparator)%2C%20comparador%20do%20setor%20p%C3%BAblico&f=false). Acesso em 20/01/2019.

A Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF exigiu autorização legislativa específica para cada concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do concessionário ficasse a cargo da administração pública.

O regime de PPPs possui três características distintivas em relação aos demais contratos administrativos, quais sejam: o financiamento do setor privado; o compartilhamento dos riscos, por meio do qual, o poder concedente se solidariza com o privado em caso de prejuízos e déficits em geral, fatos imprevisíveis, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e imprevisão em razão de álea econômica extraordinária, de acordo com o art. 5º, III da lei 11.079/04. E por fim, a pluralidade compensatória do Estado em favor do concessionário, admitida a contraprestação pecuniária através do pagamento em dinheiro, cessão de créditos não tributários e outorga de certos direitos da administração, com fulcro no art. 6º da lei de parcerias.

A variabilidade remuneratória diz respeito à vinculação da remuneração ao desempenho do concessionário, cuja forma deve vir de maneira clara e objetiva no contrato, com as respectivas metas e padrões de qualidade, art. 6º §1º da lei de PPPs.

É admissível ainda a cessão de créditos não tributários, como os derivados de indenizações devidas por terceiros; a outorga de direitos em face da administração, conforme o art 6º, III da lei de PPPs; ou outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, IV do mesmo artigo.

Neste sentido, tem-se como garantias a vinculação de receitas, de acordo com o art. 8º, I da lei 11.079/04, não obstante a Constituição vede a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, na ótica do art. 167, IV desta Carta, embora o dispositivo admita-a em algumas situações, como a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, prevista na lei orçamentária anual, art. 165 §8º da CF/88.⁶²⁶

O fundo garantidor encontra fundamento desde o art. 16 até o art. 22 da lei, contudo, há interpretação criticando a sua constitucionalidade, em razão do que dispõe o art. 165, §9º, II da CF/88, no que diz respeito à exigência de lei complementar para a instituição e funcionamento de fundos, cumulado com o art. 71 da lei 4320/64, a qual proíbe que fundos possam ser objeto de garantia de dívida pecuniária, esta é a opinião do tributarista Kiyoshi Harada, emitida mediante parecer prolatado para a OAB/SP.

⁶²⁶ Ibidem, p. 465

Há possibilidade de a União realizar transferência voluntária aos demais entes políticos, de acordo com o art. 28, desde que não ultrapasse 5% da receita corrente líquida do exercício e nos dez anos subsequentes.

No art. 9º §2º há a instituição de uma sociedade de propósito específico, com a finalidade de gerir o contrato de parceria, cuja forma societária é de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima, viabilizando a negociação de valores mobiliários no mercado.

É possível o recurso à arbitragem em relação a direitos patrimoniais disponíveis, art. 11 III da lei de parcerias, embora haja discussão em torno da inarbitrabilidade objetiva por parte da doutrina.

A lei 11.079/04, menciona os riscos dos contratos, no art. 5º, III e IX. Os riscos ordinários correspondem aos valores submetidos à flutuação no mercado, enquanto as áleas extraordinárias se referem ao risco imprevisível, inevitável, e não imputável ao contratado, subdividido em álea econômica e álea administrativa, sendo a primeira caracterizada pela teoria da imprevisão, e a segunda equivalente à garantia dos riscos de modificação unilateral e sobreoneração direta e indireta tendo em vista as potestades públicas, ensejando fato da administração e fato do príncipe. Embora, haja a previsão da repartição de riscos, nos art. 4º, VI e 5º, III, da referida lei.

Há a necessidade de escolha de parâmetros, para a execução do reequilíbrio econômico –financeiro nos contratos administrativos em geral, e principalmente nos contratos de PPP, que poderá ser a Taxa Interna de Retorno, ou uma taxa fixa a partir de alguma fórmula determinada pela economia.

Maurício Portugal defende que o uso da TIR (Taxa Interna de Retorno), através da qual o valor das entradas de caixa deve ser igual ao investimento inicial, no entanto salienta que ela pode comprometer os incentivos para que o concessionário gerencie os riscos a ele atribuídos, tendo em vista a rentabilidade fixa no projeto.

Quanto à álea ordinária, esta corresponde ao risco que o particular aceitou ao firmar o contrato administrativo de concessão, devendo em concessões comuns suportar sozinho, e no caso de parcerias, partilhá-los juntamente com o poder público, não obstante deveria ser suportado pelo concessionário por ser o risco comum do negócio.

As despesas provenientes dos contratos de parcerias devem ser baseados na CF/88 e na LRF, cuja previsão exige no art. 165 observância ao plano plurianual; as

diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, como medida de planejamento constitucional.

A falta de planejamento sobre todos estes aspectos acima relatados levou ao abandono do projeto sobre a Cidade da Copa, no entorno do Estádio, levando a região do entorno ao completo esquecimento.

Tudo isto levou ao abandono do concessionário na execução do contrato, prejudicando ainda mais os cofres públicos, que já havia se endividado em demasia, na estipulação contratual, retirando a necessidade na elaboração de um contrato administrativo de parceria público-privada, que deveria prezar pela partilha de riscos de maneira isonômica, mas que corroborou com repasses de verbas públicas para uma empresa privada, aumentando o déficit do Estado, e desvirtuando o ideal de economicidade pregado pela escolha desta modalidade contratual, quando em verdade, o poder público poderia ter realizado tudo sozinho, sem efetivar repasses financeiros ao setor privado, principalmente em se tratando de empresa envolvida em escândalos de corrupção.

Os aditivos contratuais demonstram a tamanha fragilidade do poder público ao mitigar todos os riscos provenientes da contratação com a Odebrecht, empresa que mesmo diante de tantas concessões públicas, não honrou com a continuidade na execução contratual.

O primeiro aditivo, foi em relação à quantidade de jogos estipulada em 60 jogos anuais, entre os maiores times de Pernambuco, Sport Clube do Recife, Náutico Clube Capibaribe e Santa Cruz, a fim de auferir renda no uso da Arena. O segundo aditivo diz respeito às receitas marginais adquiridas com as obras do entorno que seriam realizadas na Cidade da Copa, planejada inicialmente, mas que não se concretizou. E o terceiro aditivo foi em função do regime especial de tributação, com a suspensão do PIS/PASEP, COFINS E IPI, em benefício da Odebrecht.

Diante na inexecutabilidade do projeto por inteiro, em virtude na não realização dos jogos, devido a vários fatores, como ausência de acessibilidade a Arena, custo elevado na manutenção, risco de segurança, entre outros, os clubes não concretizaram o número de jogos previstos no contrato.

E a ausência de planejamento repercutiu no prejuízo gerado ao poder público, na assunção de dívidas desnecessárias, ante a ausência de recursos em áreas de caráter emergencial, como saúde e educação, levando a precarização ainda maior na prestação de serviços públicos.

Inicialmente, o custo total estimado para a construção da Arena foi de R\$464.630.000,00 referentes a obras civis e R\$14.370.000,00 a despesas com projetos. E a empresa Odebrecht ficou responsável pelo ressarcimento dos custos dos estudos de viabilidade e projeto básico da PPP, no valor de R\$9.354.000,00. (TCE-PE/ Data-base 2009)

O BNDES ficou responsável pelo financiamento de R\$ 366.266.000,0, em 2009, em 3 parcelas anuais, liberadas nos anos de 2010, 2011 e 2012, com os juros nominais no valor de 9,40% ao ano. O que indica que em 2013, quando o Estado assumiu os encargos do financiamento, o valor total da dívida perante o BNDES (principal + juros capitalizados) passou para R\$ 388.981.000,00. A previsão era que o Estado quitasse o financiamento em 15 anos (de 2013 a 2027). (TCE-PE /Data-base 2009)

Em 2010, em relatório do TCU, houve a assunção dos riscos financeiros quase que de forma absoluta pelo Poder Público, eis que foram disponibilizados R\$280,00 milhões pelo BNDES, R\$250,00 milhões pelo Banco do Nordeste, e R\$66,90 milhões pagos pelo Poder Público através da SPE durante a execução da obra, e R\$72,10 milhões de outras fontes, restando ao parceiro privado uma ínfima participação financeira nos custos da obra para sua construção, cuja estimativa do custo total era de R\$669, 00 milhões.

Houve ausência de orçamento detalhado do custo da construção da Arena, se limitando a uma tabela sumária dos custos globais, ferindo os arts. 6º, inciso IX, 7º, § 2º, inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, bem como à Lei nº 11.079/2011, Lei de Parcerias, art. 11, e o art. 18, XV, da Lei nº 8.987/1995.

Com a não realização do compromisso de os três clubes de futebol local, realizarem os 60 jogos por ano, conforme cláusula 71.1.II do contrato, que fora revogada, corroborando com o termo aditivo a inserir ao contrato original a disposição constante na cláusula 27.2.6, segundo arguido, para preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, restou ao Poder Público o ressarcimento em torno de R\$ 264 milhões, de acordo com o TJPE, em 2017.

Isto significa que mais uma vez quem vai arcar com os custos elevados dos contratos de PPP com a roupagem brasileira, são os cidadãos, eis que se assinou um contrato totalmente inexequível, gerando grandes prejuízos ao contribuinte.

Embora haja a possibilidade de receitas alternativas, no art. 3º §1º da referida lei, na contratação de uma PPP, os riscos devem ser mensurados, para evitar

prejuízos aos cofres públicos, assim como a empresa deve financiar as obras e serviços com recurso próprios, ao invés de solicitar empréstimos públicos, encarecendo ainda mais as contas governamentais.

Ainda que a concessão comum só deva ser adotada caso haja certeza da viabilidade econômica do projeto, e, se os riscos forem altos e incertos, se torne mais viável adotar a concessão especial, é mister se fazer a análise do *value for Money* no uso de parcerias público-privadas, para evitar os infortúnios que podem ensejar a rescisão contratual, como no caso em tela.

Após a rescisão do contrato com a Odebrecht, o governador do Estado Paulo Câmara, decidiu não efetivar nenhum pagamento, enquanto o TCE não decidir em definitivo o contrato. Pensou-se em abrir licitação em 2018, para uma empresa estrangeira gerir a Arena, mas até o momento nada ocorreu, deixando sua administração a cargo da EMPETUR, Secretaria estadual de Turismo, onde transitoriamente foram criados 26 novos cargos em comissão, com remunerações totalizando a soma de R\$ 131 mil por mês, e embora a Arena seja utilizada nos finais de semana, há pouco uso.

Além disso, por meio da Operação Fair Play, realizada pela Polícia Federal, foram investigados em inquérito no STF, o governador Paulo Câmara, o prefeito de Recife, Geraldo Júlio, o deputado Tadeu Alencar e o senador Fernando Bezerra Coelho, em razão deste contrato, e estão sendo processados na Justiça Federal de Pernambuco.

Mesmo sabendo-se que as concessões de serviços públicos são precedidas de atos administrativos unilaterais e convencionais, que possuem o direito a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, culminando numa relação jurídica complexa composta de atos regulamentares do estado ao criar condições para garantir o tal equilíbrio resguardando os lucros do concessionário, no caso da Arena Multiuso de Pernambuco, o cenário econômico desfavorável, ou seja, a álea ordinária do negócio não deveria ser motivo para o argumento do tal reequilíbrio.

Para almejar tal equilíbrio, os contratos administrativos de uma forma geral deveriam possuir instrumentos a sua realização com maior seguridade, através das vergastadas garantias, mas dentro dos princípios da eficiência e da moralidade, de modo a permitir o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Não obstante, quando os contratos de parcerias público-privadas, tem como uma maior preocupação tornar tais contratos mais atrativos à iniciativa privada, leva à reflexão sobre a moralidade desta variedade de garantias em torno das exigências constantes nas leis orçamentárias e na lei de responsabilidade fiscal.

A Resolução 40/2001, em seu art. 1º, §1º, III estipulou os limites do estoque da dívida pública consolidada, para os Estados, Distrito Federal não podendo exceder 2 vezes a RCL, e para os Municípios, 1,2 vezes a RCL.

Segundo o art. 27 e seus parágrafos da Lei 11.079/04, as empresas públicas e sociedades de economia mista, controladas pela União, que efetuam as operações de crédito, as submeterão ao limite máximo de 70% do valor total das fontes de recursos financeiros da SPE- Sociedade de Propósito Específico, sendo que no caso das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cujo IDH – Índice de Desenvolvimento Humano fica abaixo da média nacional, esta limitação é de 80%, podendo alcançar os 90%, conforme o art. 27 §1º da lei de parcerias.

Propõe-se que a previsão constante nos arts. 22 e 28, seja introduzido na LRF, e parte da doutrina entende que embora o art. 8º da lei 11.079/04 permita a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais elencados por lei, há esvaziamento do art. 70 e 71 da CF/88.

A reserva destas receitas públicas representam uma exceção ao detalhamento das despesas, como ocorre em relação ao orçamento anual, excpeccionando o princípio da unidade de tesouraria, constante no art. 56 da lei orçamentária.

Tal entendimento corrobora com a obstaculização ao efetivo exercício do legislativo no que tange à fiscalização orçamentária, além do que o art. 36 do ADCT, havia extinto todos os fundos até então existentes, condicionando os novos a regramento por lei complementar, de acordo com o art. 165 §9º, II da CF/88.

Neste íterim, não surgindo lei complementar dispondendo sobre a matéria, não caberia ao legislador ordinário autorizar tal criação, pois cristalina se torna tamanha inconstitucionalidade.

Muito se questiona sobre as garantias concedidas pelo Estado, através de repasses de verbas provenientes de bancos públicos, afora a constituição do Fundo Garantidor de PPPs e a possibilidade de efetivar saques num montante de até R\$6 bilhões de reais, para garantir os riscos do parceiro privado no transcurso contratual.

É fato que a inovação tecnológica do setor privado, e os níveis de eficiência tendem a serem maiores em relação à atuação do setor público na realização de serviços públicos, no entanto, neste caso em específico, o Poder Público poderia ter realizado toda a obra e serviço sozinho, sem repassar a riqueza do erário para uma empresa privada, ainda mais considerando os fatores corruptíveis que envolvem a concessionária Odebrecht.

Como realização dos órgãos de controle, a TJPE, O TCU, e o TCE/PE fiscalizam a execução do contrato, bem como sua rescisão, que ocorreu de forma consensual, em 2016, resultando em um Termo de Ajuste de Gestão, a fim de minimizar os prejuízos financeiros, tendo o governo se encarregado de pagar o montante de R\$246,8 milhões de reais, em 15 anos a empresa, mas que devido ao escândalo de corrupção, o TCE suspendeu o referido pagamento, estipulando a previsão de um novo julgamento sobre os valores do acordo de rescisão, o que ensejou um custo de R\$ 39 milhões de reais ao Estado.⁶²⁷

É preciso desenvolver um estudo que comprove que o impacto financeiro da PPP nas metas de resultados fiscais do governo estão de acordo com a Lei Complementar nº 101, e com o anexo do art. 4º, §1º, respeitando, a Lei nº 11.079/04, art. 10º, I, b. Além disso, é importante que o ente concedente faça a estimativa dos desembolsos correspondentes ao cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas em virtude deste contrato, bem como o seu impacto orçamentário, de acordo com a Lei nº 11.079/04, art. 10º, II e IV. Afora isso, tem que ter previsão no Plano Plurianual em vigor no ano da celebração do contrato, nos moldes do art. 10º, V, da Lei nº 11.079/04.

Mesmo inexistindo impactos financeiros no Plano Plurianual vigente, impedindo a especificação de dotação orçamentária para o projeto, deve ser demonstrado que a atividade consta no plano e que será inserida no subsequente. Neste sentido, deve existir a manifestação do ordenador de despesas para que as obrigações contraídas sejam compatíveis com a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e com previsão na LOA (Lei Orçamentária Anual), nos moldes do art. 10º, III da Lei nº 11.079/04.

Em muitos casos, na vigência da LOA correspondente ao ano de assinatura do contrato, possa ser que não haja previsão para desembolsos do governo, em função do fato de que os pagamentos públicos em PPP, via de regra acontecem depois da realização das obras e do início efetivo da prestação do serviço. Entretanto, o encerramento do exercício financeiro ocorre antes da disponibilização da infraestrutura para uso do objeto da PPP, não sendo possível que haja previsão na LOA.

⁶²⁷ PPP Brasil. Pernambuco extingue contrato de PPP de arena. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/pernambuco-extingue-contrato-de-ppp-de-arena>. Acesso em 20/01/2019.

De todo modo, quando aplicável, deve ser respeitada, logo deve ser observado o limite do ente concedente de contrair obrigações, considerando que as contraprestações pecuniárias não poderão ultrapassar o percentual de 5% da Receita Corrente Líquida anual, em atenção ao art. 28, da Lei nº 11.079/04.⁶²⁸

A arbitragem pode servir como uma via alternativa para solução dos contratos de parcerias público-privadas objetivando o princípio da celeridade na administração pública, e retirando aspectos referentes à inarbitrabilidade objetiva, no entanto, problemas de captura são inevitáveis em todos os campos que tenham o poder de decisão, mas que deve ser observado para evitar ilegalidade.

As parcerias público-privadas têm um futuro promissor no mundo, mas para isso os governos e empresas devem se esforçar para promover e desenvolver projetos, que sejam viáveis economicamente, através do sério *value for Money*.

Este montante de projetos leva ao acúmulo considerável de experiências nos mais diversos setores, associada à demanda de investimentos em infraestrutura, que somados aos acentuados problemas de implantação dos referidos projetos, termina criando um ambiente favorável para os contratos de PPP.

Há, porém, um grande risco com a sofisticação dos projetos que demandam uma política estruturada de desenvolvimento de capacidades e competências institucionais para a realização destes contratos, exigindo profissionais e instituições bem preparados para lidar em um ambiente tecnicamente complexo, interdisciplinar e politicamente sensível.

E possíveis deficiências na elaboração destes projetos, acarretarão em fracassos, contribuindo para construção de um ambiente hostil ao investimento privado em infraestrutura, como ocorreu no caso da Arena Multiuso de Pernambuco.

Neste sentido, é mister que a experiência, de algum modo, possa contribuir para que as futuras PPPs cumpram seu papel de modernizar a infraestrutura no Brasil com economicidade real para os cofres públicos, e que o PPI – Programa de Parcerias de Investimentos seja utilizado com este ideal, gerando desenvolvimento sócio-econômico, e aproximando o país dos níveis de competitividade num mundo globalizado.⁶²⁹

⁶²⁸ Disponível em: <https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/201408-guia-pratico-para-estruturacao-de-programas-e-projetos-de-ppp.pdf>. P.94-95. Acesso em 20/01/2019 .

⁶²⁹ Idem, p.101

REFERÊNCIAS

- AGHION, Philippe; HERMALIN, Benjamim E. Legal restrictions on private contracts can enhance efficiency. **Journal of Law, Economics, and organization**, 6, 1990.
- AKERLOF, Geroge. A. The Market of lemons: Quality uncertainty and the Market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, 84, 1970.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Revista de Direito Administrativo** 240, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 222, jul/set, 2005.
- ANDRADE, Letícia Queiroz de. **A experiência brasileira nas concessões de rodovias**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Almedina: Lisboa, 2007, p. 18
- ARBITRAGEM e administração pública. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em: 23 ago. 2016.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público privadas: instrumentos de uma nova governação pública**. Coimbra: Almedina, 2009.
- BALLEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 56, n. 3, p. 222, jul./set. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, v. 39, p.20/2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE Mello, Oswald Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Ediouro-Paradidático, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 10. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/revista. Acesso em: 10 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 15-16.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BELEZI, Fábila Mara Felipe. PPP: adequada alocação de riscos em prol da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Administrativo Regulatório**, v. 6, 2013.

BOUCKAERT, B.; GEEST, G. De. **Essays in Law and economics - contract, law, regulation, and reflections on law and economics**. Maklu: Antwerpen, 1995.

BOWER, J.W. Public Partnerships. p. 32-33, 2004.

BRITO, Barbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do serviço público**, Brasília, n 56, p. 7-21, jan./mar. 2005.

BROCKMAN, Paul & Dennis Y. Chung. An Empirical investigation of trading on asymmetric information and heterogenous prior beliefs. **Journal of empirical finance**, 7, p. 20, 2005.

BROUSSEAU, E.& J.-M. Glachant. Public Partnerships, USA, Economics of Energy and Environmental Policy, p. 20, 2002.

BUCHÉB, José Alberto. **A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**, Lumen Juris, 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43328/44669>. Acesso em: 23 ago. 2016.

CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista, **Curso de Direito administrativo economic**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.1.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9307/1996**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre a atividade do estado frente a atividade econômica. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, São Paulo: Malheiros, 1997.

CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público-privadas ao modelo de concessões: equívocos do legislador brasileiro. *In: CAVALCANTI Bruno; MATILLA, Andry. Estudios latino-americanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis Librería Jurídica*, 2013.

- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Org.). **Incentivos fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2006.
- CHAVES, Maria Bernadete. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- COASE, Ronald. The firm, the Market and the law, Chicado/Londres. **The University of Chicago**, 1998.
- COMMONS, JOHN R. The problem of correlating Law, Economics, and Ethics. **Wisconsin Law Review**, 8, 1932.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- COSTA, Álvaro. Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 56, p. 16, jan./mar. 2005.
- COUTINHO, Luciano. Lessons from the Republico of Korea and Brasil. The development debate: beyond the Washington Consensus. **International Social Science Journal**, n. 166, Maden-MA: Blackwell Publ. dez. 2000.
- COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas, **RDA**, Rio de Janeiro, n. 209, v. 65, jul./set. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Arbitragem comercial internacional**, [S.l.]: Renovar, 2003. p. 15.

- DREYFUR, Albert. **Étude juridique de la concession de travaux publics**. Paris: Pedonne, 1896.
- DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Anciene Librairie Fontemoing et Cie Editeur, e de Boccard, 1921.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 9. ed. Madri, Civitas, 1999. v. 1.
- Eros Roberto Grau. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista trimestral de direito público, São Paulo, v. 32, 2000.
- ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e arbitragem**. Coimbra, Almedina, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1967.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1991.
- FILHO, Cesar Peduti; MAIA, Raphael Lemos. Ambush marketing e a Lei Geral da Copa. *In*: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FOUCHARD, Gaillard e Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, p. 344. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43328/44669>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs): natureza jurídica. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (org.) **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parcerias Público-Privada: Caracterização dos tipos legais e aspectos de seu regime jurídico**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2008. p. 87.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**, RTDP 32/30. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAEYEK, F. A. Caminhos da Servidão, Reino Unido: LVM, 1948. p. 77-78.

HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advocacia-publica/pareceres/parecer-parcerias-publico-privada>. Acesso em 21 dez. 2017.

HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HIJELMO, Ignacio Granado. El arbitraje em derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación. **Revista Jurídica de Navarra**, n. 39, p. 53-54, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13790/analise-das-caracteristicas-primordiais-do-fundo-garantidor-de-parcerias-publico-privadas-fgp-bem-como-de-sua-in-constitucionalidade/2>. Acesso em: 20/01/2018

FREITAS, Juarez de. Parcerias Público-Privadas (PPPs): natureza jurídica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. **O Estado de São Paulo**. 1 dez. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KULL, Andrew. Restitution as a remedy for breach contract, **Southern California Law Review**, 67, 1994.

LACERDA, Wagner Carvalho de. Crimes de gestão temerária e fraudulenta em concessão de financiamento em tempos de copa do mundo. *In*: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEWIS, M. K. **Risk managment in public private partnerships**, 2001.

LORENZEN, Carlos; BARRIENTOS, Maria Elena; BABBAR, Summan. Toll Road concessions: the chilean experience. **Project Finance and Guarantee (PFG), Discussion paper**, Washington, World Bank, n. 124. Disponível em www.worldbank.org/html/fpd/guarantees/assets/images/TollRoads_0514.pdf, 2000. Acesso em: 02 jan. 2018.

LUCCHESI, Alessandra; LIMA, Eliane Reis. A flexibilização das regras migratórias de estrangeiros contratados para trabalhar no Brasil na copa de 2014. *In*: MARQUES, LUZZONLI, Dayan. Brasil, o gigante do futebol mundial com um mercado subaproveitado e inserido no big bang do Poder Judiciário. Porque a dignidade da pessoa humana não tarda está!*In*: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUZZONLI, Dayan. **Brasil, o gigante do futebol mundial com um mercado subaproveitado e inserido no big bang do Poder Judiciário. Porque a dignidade da pessoa humana não tarda está!** *In*: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas públicas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n.14, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MCKENZIE, Duncan. **Public Private partnerships (associaciones público privadas):** experiência del Reino Unido para los mercados internacionales – City Business Series. 2. ed. Londres: Internacional Financial Services, 2003.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público 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. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONCAVA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 4.ed., Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Fábio Lucas. **Copa do mundo e o direito fundamental à moradia digna: mercado imobiliário, políticas públicas e o papel do judiciário**. *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOULTON, Lynne; ANHEIER, Helmut K. Public-Private Partnerships in the United States: historical patterns and current trends. *In*: OSBORNE, Stephen P. **Theory and Practice in International Perspective**. Routledge Advances in Management and Business Studies, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valdecir do. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem e direito administrativo– sua aplicação às Parcerias Público-Privadas. *In*: CAVALCANTI, Bruno; MATILLA, Andry. **Estudios latino-americanos sobre concesiones y PPP**, Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. *In*: Brandão, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord.). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. *In*: TIMM, Luciano Benneti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 18, maio/jul. 2009.

NÓBREGA, Marcos. **Direitoda Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NOGUEIRA, J. C. **Ataliba. O Estado é meio e não fim**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1945.

NORTH/DAVIS/SMORODIN. Institutional change and american economic growth. London: Cambridge University Press, 1971.

OCDE (2004). OECD Economic Survey of Portugal 2004: the Public Administration Reform. Sep. 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes; HARADA Kyoshi; SOUSA, Rubens Gomes de. **Curso de direito financeiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA NETTO, Pedro Dias de. **As parcerias público-privadas e os novos desafios do setor de infraestrutura. Crise econômica, ajuste fiscal, reequilíbrio contratual e perspectivas para o futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEAZÊ, Luís. **Futebol 10x0 No Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Clinica Literaria, 2013.

PEREIRA, Marília G. A. M. **O poder normativo no âmbito da ANP**. 2013. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

PEREIRA, Marília. Análise sobre a qualificação dos gestores da ANP. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO, 10., 2017, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis, 2017.

PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. Desafios das Parcerias Público-Privadas (PPPs). **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n 39, p. 1031-1052, set/out, 2005.

PETIT, José Luis Echevarria. Infraestructura y participación público privada, **en Tribuna del abogado**, Montevideo, n. 173, jun./jul. 2011.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS (Coord.). **Cartilha Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Conselho Empresarial Brasil-China, 2006.

R. H. Coase. The Nature of the Firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16. nov. 1937.

RAIUMUNDI, Fábio; BASTOS, José Umberto Braccini. Benefícios fiscais, oportunidades de negócios em face da Copa do Mundo de 2014. *In*: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP- Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **20 anos de lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestrutura para o desenvolvimento econômico-social**, p. 320-330, 2015. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-leis-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 02 jan. 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**, Paris, Dalloz, 1977.

ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel; Horta, João Carlos Mascarenhas. **PPP- Parcerias Público-Privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo**. Belo Horizonte: Prax, 2005.

SANTOS, Antônio Carlos. **Auxílios do Estado e Fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

SHAPIRO, Martin. Morality and the politics of judging. **Bekerly Law Scholarship Repository**, 1988.

SHIAVONE, Héctor Frugone. Regulación general de la prestación de las distintas actividades de la administración em la ley 16.211 de empresas públicas. *Re. Jurídica Estudiantil*, año 6, n. 9, 2005.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Maurício Faria da. **O direito e a copa do mundo de futebol**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics. **The American Economic Review**, 2002.

STIGLITZ, Joseph E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. **Quarterly Journal of Economics**, v. 463, 2000.

SUNDFED, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TÁCITO, Caio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975;
VALDECIR, Pascoal. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VERPEAUX, Michel. **Droit public – Pouvoirs public et action administrative**. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 2009.

WOLTZENLOGEL, Constanza. **Uma breve visita ao Marketing de Emboscada**, ABPI, n. 84, 2005.

YESCOMBE, E. R. **Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance**. Elsevier Finance, 2007.