UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL

CARLA DA SILVA BARTOLI FELIX

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: DICOTOMIA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

FRANCA/SP
2009

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

CARLA DA SILVA BARTOLI FELIX

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: DICOTOMIA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Obrigações em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira.

FRANCA/SP

2009

Felix, Carla da Silva Bartoli
Parceria público-privada : dicotomia entre o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro / Carla da Silva Bartoli Felix. –Franca : UNESP, 2009

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito administrativo – Contratos. 2. Parceria público-privada – Interesse público. 3. Administração pública – Equilíbrio econômico-financeiro.

CDD – 341.35201

CARLA DA SILVA BARTOLI FELIX

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: DICOTOMIA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Obrigações em Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2009

Aos meus pais, Pedro e Elisa, grande lição de vida e simplicidade.

Ao meu esposo Juarez.

À minha irmã Adriana e aos meus sobrinhos Marina e Hugo.

AGRADECIMENTOS

Sempre, e em primeiro lugar, agradeço a DEUS, pela vida abençoada que me deu;

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor José Carlos de Oliveira, pelas lições ministradas no decorrer desta caminhada e pela confiança em mim depositada;

Agradeço aos professores do curso de Mestrado, pelos quais tenho grande apreço desde os tempos da Graduação;

Agradeço, enfim, a todos aqueles que me apoiaram no decorrer deste trabalho e que me ensinam diariamente a lutar pelos meus ideais e a acreditar em uma sociedade mais justa e fraterna.

FELIX, Carla da Silva Bartoli. **Parceria público-privada:** dicotomia entre o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro. 2009. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2009.

RESUMO

No presente estudo analisamos a relação entre os institutos do interesse público, como finalidade primordial da Administração Pública e o equilíbrio econômico-financeiro, garantia conferida à iniciativa privada em um contrato administrativo, uma vez que o parceiro privado visa o lucro, e focamos essa análise no novel instituto da Parceria Público-Privada, dadas as peculiaridades dessa forma de contratação com o Poder Público. O regime jurídico-administrativo, balizado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, bem como pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em que estão inseridas as diversas formas de contratação com o Poder Público, dentre elas, a Parceria Público-Privada, garante certas prerrogativas à Administração Pública. Essas prerrogativas tendentes a resguardar o interesse público, tais como, poder de alteração unilateral do contrato e a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, desbalanceiam a relação contratual, sendo garantida uma contrapartida ao parceiro privado, consistente na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e na intangibilidade dessa equação. Nas Parcerias Público-Privadas em que se almeja atrair altos investimentos em contratos de longa duração, fez-se necessária uma formatação contratual que possibilitasse, por exemplo, uma alocação diversa de riscos e possibilitasse ao parceiro privado exigir garantias do parceiro público, ao invés de apenas ofertá-las, como ocorre nos demais contratos administrativos. E isto foi necessário, em um primeiro momento, para garantir o objetivo do parceiro privado - o lucro e, ainda, a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, mas o seu fundamento primordial foi, como esperamos demonstrar, a realização do interesse público.

Palavras-chave: interesse público. equilíbrio econômico-financeiro. parceria público-privada. contratos administrativos. concessões de serviços públicos.

FELIX, Carla da Silva Bartoli. **Public-private partnership:** the dichotomy between public interest and economic and financial balance. 2009. 107 p. Dissertation (Master in Law) – Faculty of History, Law and Social Work, State University of São Paulo "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2009.

ABSTRACT

In this present study we focus the relationship of the institutions of the public interest as the primordial purpose of the Public Administration and the economical-financial balance, pledge assured to the private sector in an administrative contract, once the private partner aim at profit-making, and focus this analysis in the brand new foundation of the Private-Public Partnership, given the peculiarities of this type of agreements with public sector. The juridical-administrative regime, guided by the principles of the supremacy of the public interest over the private and by the unavailability of the public sector, as well as by the constitutional principles of legality, impersonality, morality, publicly and efficiency, in which several types of contract of the public sector are included, among them Public-private partnership, assured certain prerogatives to the Public Administration. While these prerogatives tend to protect the public interest such as unilateral contract change and the exorbitant clauses in the administrative contracts, they unbalance the contractual relationship, allowing a compensation to the private partner, solid in the maintenance of the economical-financial balance and in the intangibility of that equation. The Public-private partnerships aim to attract high investments in long-term contracts, therefore contracts have to allow for example a diverse risk allocation and enable to the private partner to demand warranties of the public partners instead of just offer them as usual in the administrative contracts. At the beginning this was necessary to guarantee the private partner´s objective – the profit, and yet the intangibility of the economical-financial equation of the contract, nevertheless the main basement was the accomplishment of the public interest, as we hope to demonstrate.

Keywords: public interest, economical-financial balance, public-private partnership, administrative contracts, public concession.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1 REFORMA DO ESTADO 13

1.1 A mudança do papel do Estado 13

1.2 O regime jurídico-administrativo 16

1.2.1 Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública 20

1.2.2 O Interesse Público 21

1.3 Reformas do Estado brasileiro: desestatização 25

1.3.1 Contratos de gestão 26

1.3.2 Concessões, permissões e parcerias público-privadas 27

CAPÍTULO 2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 31

2.1 Contratos administrativos 31

2.1.1 Cláusulas exorbitantes ou derrogatórias do direito comum 36

2.1.1.1 Poder de alteração unilateral dos contratos administrativos 38

2.1.2 O equilíbrio econômico-financeiro 40

2.1.2.1 Intangibilidade da equação econômico-financeira 45

2.1.2.2 Teoria da imprevisão e a cláusula "rebus sic stantibus" 48

2.1.2.3 Fato do príncipe e fato da administração 50

2.2 O estado contratual e a nova forma de contratualização administrativa: parceria público- privada 52

2.2.1 Maior paridade entre os parceiros público e privado 54

2.2.2 Conceito de parceria público-privada 56

2.2.2.1 Parceria público-privada no direito brasileiro: modalidades 59

2.2.2.1.1 Concessão patrocinada 60

2.2.2.1.2 Concessão administrativa 61

2.2.2.2 As parcerias público-privadas nas leis estaduais 62

2.3 Algumas experiências estrangeiras 64

2.3.1 Modelo inglês 65

2.3.2 Modelo norte-americano 67
2.3.3 Modelo chileno 68

CAPÍTULO 3 PARCERIAS: O PÚBLICO E O PRIVADO 72
3.1 A busca pela realização do interesse público 72
3.2 A garantia do equilíbrio econômico-financeiro nas PPPs: o lucro almejado pelo parceiro privado 75
3.2.1 Repartição de riscos e ganhos: compartilhamento objetivo 77
3.2. 2 Garantias e contragarantias 80
3.2. 3 Fundo garantidor 84
3.2. 4 Sociedade de propósito específico 87
3.3 Meios de controle 87
3.3.1 O órgão gestor das parcerias público-privadas 88

CONCLUSÕES 91

REFERÊNCIAS 92

ANEXO
ANEXO A – Minutas contratuais do Programa de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais 101

APRESENTAÇÃO

As Parcerias Público-Privadas constituem tema de grande importância e atualidade, sobretudo a partir da edição da Lei das Parcerias Público-Privadas, no final de 2004, que trouxe normas gerais aplicáveis a estas específicas modalidades de contratos de concessão e, ainda, frente às alterações por que vem passando o Direito Administrativo no Brasil e no mundo.

Para desenvolvimento do presente trabalho, adotamos o método bibliográfico para realização da pesquisa e como forma de abordagem, a dedutiva/indutiva, chegando-se a conclusões a partir dos estudos resultantes das pesquisas realizadas. E, para elaboração do texto, utilizamos o método dialético.

O tema escolhido, "Parceria Público-Privada: dicotomia entre o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro", vem de encontro a hoje denominada "nova contratualização administrativa" [1], traduzida por uma paridade maior entre a Administração Pública e os entes privados e seus reflexos no interesse público, móvel do parceiro público, em contraposição à finalidade do parceiro privado, consistente na obtenção de lucro.

As Parcerias Públicos-Privadas não traduzam uma inovação no aspecto da possibilidade de celebração de parceria entre entes públicos e privados, possibilidade esta anteriormente contemplada pela legislação brasileira, mas é certo que simboliza uma nova visão da lógica do contrato administrativo e da necessária manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na relação contratual por meio dela instituída.

A forma diferenciada de contraprestação do parceiro público ao privado, a repartição de riscos e ganhos, as garantias e contragarantias prestadas pelo parceiro público ao privado, o Fundo Garantidor das Parcerias (FGP), a Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), que formam a estrutura jurídica das Parcerias Público-Privadas são tratadas neste estudo com a finalidade de, com clareza, acuidade e objetividade, alcançarmos até onde o interesse público é resguardado por este instituto que inova ao tratar do equilíbrio econômico-financeiro contratual e a sua intangibilidade, conforme estabelece a própria Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI.

Passando pelo estudo da teoria geral dos contratos administrativos e, consequentemente,

---

[1] Expressão utilizada por OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 576.

do regime jurídico administrativo regido pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público; também pelo estudo da tão propagada intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, sem descuidar do regime geral das concessões e, finalmente, das específicas modalidades de concessão trazidas pela lei das Parcerias Público-Privadas, quais sejam, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, buscamos analisar a característica central desses novos contratos administrativos dentro do contexto da realidade política, econômica, jurídica e social brasileira, sem a pretensão de esgotarmos tão risco e vasto tema.

INTRODUÇÃO

A Parceria Público-Privada, neste trabalho denominada PPP, cuja versão originária inglesa é denominada de *private finance initiative (PFI)*, aparentemente foi criada em 1992, na era Thatcher, com a finalidade de incrementar a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, além da deliberada intenção de suprir a insuficiência de recursos estatais[2] para uma mais satisfatória prestação de serviços públicos e/ou realização de obras públicas, nos quais a simples contraprestação pelo usuário é insuficiente para atrair investimentos privados, dada a impossibilidade de se ressarcir, em prazo razoável, tão somente pelas tarifas.

Enquanto contratos administrativos de concessão de serviços e/ou obras públicas, as PPP, instituídas no Brasil, inserem-se no regime jurídico-administrativo, ou seja, integram o Direito Público, que tem como "fonte-matriz" os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

Nesta nova forma de concessão de serviços públicos, vislumbra-se um modo diverso de divisão de riscos e garantias entre parceiros públicos e privados, mas sem desnaturação da natureza de um contrato administrativo fulcrado na realização de um interesse público e, cuja outra base, é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Inseridas no amplo projeto de desestatização, na busca pelo suprimento da ineficiência estatal para fazer frente à plena realização do interesse público e trazendo para o direito administrativo brasileiro a tendência mundial de uma maior paridade entre o âmbito público e o privado na contratação, estão inseridas as PPP.

Assim, resguardei ao Capítulo 1 a análise das reformas do estado brasileiro e as mudanças em sua atuação ao longo dos anos, bem como o regime jurídico-administrativo balizado pelos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público e pelos demais princípios constitucionais que regem a Administração

---

[2] Historicamente podemos retroceder ao Séc. XVI, na época da fundação do Brasil, fruto de uma parceria público-privada entre o Rei português e os financiadores privados, como se pode ver em Raymundo Faoro (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1. p. 120). Esta justificativa também pode ser encontrada em Mauá, empresário do império, quando o imperador autoriza contratos entre o Estado e a iniciativa privada. CALDEIRA, Jorge Mauá. **Empresário do império**. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 248.

Pública, com a finalidade de alcançar o fim deste regime próprio que é a realização do interesse público.

Abordo, ainda, neste primeiro capítulo, os principais aspectos da desestatização ocorrida no Brasil e as suas diversas formas, dentre elas a celebração de diversas espécies de contratos entre a Administração Pública e entes privados.

Passamos, no Capítulo 2, à análise dos contratos administrativos e de suas especificidades, dentre elas a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum e o poder de alteração unilateral pela Administração e da contrapartida dessas prerrogativas, consistente no equilíbrio econômico-financeiro e sua intangibilidade, bem como os fatores aptos a ensejar a revisão contratual, visando resguardar os interesses e direitos da iniciativa privada contratada.

Em seguida, o Capítulo 2 traz o estudo da nova forma de contratualização administrativa estabelecida através da celebração de uma PPP, em que se confere ao parceiro privado uma maior paridade com o parceiro público, sem que haja desvirtuação ou descaracterização do regime jurídico-administrativo e, o conceito e as duas modalidades possíveis de parceria, quais sejam, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Analiso também, neste capítulo, algumas experiências estrangeiras de sucesso na realização dessas parcerias entre o público e o privado.

No Capítulo 3 analiso com profundidade os objetivos do parceiro público - a realização do interesse público, e do parceiro privado - o lucro, que parecem ser contrários ou dicotômicos a primeira vista, inseridos no contexto de uma PPP e de seus específicos institutos que resguardam ambos os objetivos, dentre eles, a forma diversa de repartição de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro contratual, as garantias e contragarantias prestadas por um a outro parceiro, o Fundo Garantidor e a criação necessária de uma Sociedade de Propósito Específico e os meios de controle estabelecidos para essa forma de parceria.

Diante da necessidade de delimitação do tema, focamos a análise na aparente dicotomia existente entre o interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas, mas sem deixar de lado o estudo desses institutos para os contratos administrativos em geral.

Em conclusão, sem a pretensão de esgotar o tema, mas buscando trazer o debate para o meio acadêmico, apresentamos uma resposta que entendemos adequada à questão da dicotomia discutida ao longo desse estudo.

CAPÍTULO 1 REFORMAS DO ESTADO

1.1 A mudança do papel do Estado

Partindo de uma abordagem das mudanças do papel do Estado no cenário mundial, os anos 90 figuram como um período de reconstrução, de um Estado centralizador e totalitário, ainda que falando sob o aspecto da atuação na economia, ou seja, um Estado empresário e ao mesmo tempo regulador, até um Estado fiscalizador e mais marcantemente regulador.

Entre os anos 30 e 60, o Estado foi determinante no desenvolvimento econômico e social, sobretudo no pós II Guerra Mundial, com uma atuação reconstrutora e impulsionadora da economia [3].

A partir dos anos 70, contrariando a onda desenvolvimentista por ele conduzida dos anos 30 aos 60, o Estado entrou em crise e tornou-se causa de atraso e ineficiência, impactando em toda a economia mundial.

A noção circulante de um setor público incapaz e ineficiente economicamente para empreender e gerir os serviços públicos, fez surgir a idéia generalizada de que deveria ocorrer um enxugamento da máquina estatal e a volta de algumas atividades para a iniciativa da sociedade civil [4].

E essa mudança de papel do Estado trouxe consigo as idéias de privatização, publicização e terceirização. Neste sentido, afirma Dinorá Adelaide Musetti Grotti [5]:

> Via de consequência, desde finais dos anos 80 (na Grã Bretanha 10 anos antes) a discussão sobre o serviço público reaparece, na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização, por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até agora se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica.

---

[3] PEREIRA, Luis Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova:** Revista de Cultura Política, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=493 >. Acesso em: 17 dez. 2008.

[4] Ibid.

[5] GROTTI, Dinorá Adelaide Grotti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2000. p. 44.

Estado e mercado passam a ser entendidos como entes complementares na busca do desenvolvimento e da regulação da economia e não mais instituições opostas ou antagônicas. As duas instituições são colocadas no mesmo pólo em busca da otimização da inevitável concorrência existente na economia, conforme conclui Bresser Pereira [6]:

> Em conseqüência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas.

E acrescenta:

> Mas, afinal, quais são os componentes ou processos básicos da reforma do Estado dos anos 90, que levarão ao Estado Social-Liberal do século vinte-e-um? São a meu ver quatro:
>
> (a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e "publicização" (este último processo implicando na transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);
>
> (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional;
>
> (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente,
>
> (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta. [7]

---

[6] PEREIRA, Luis Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova:** Revista de Cultura Política, São Paulo, n. 45, p. 52, 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=493>. Acesso em: 17 dez. 2008.

[7] Ibid., p. 55.

O que levanta maior interesse na abordagem deste trabalho, no entanto, é um dos componentes acima apontados pelo autor, qual seja, a delimitação das funções do Estado ampliando os processos de privatização, publicização e terceirização.

Privatização, definida por Francisco José Villar Rojas [8] como a "[...] redução da atividade pública na produção e distribuição de bens e serviços, mediante a passagem (por vezes, a devolução) dessa função para a iniciativa privada"; em sentido amplo, engloba todas as medidas tomadas visando à diminuição do tamanho do Estado, quais sejam: desregulação, correspondendo à diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; desmonopolização das atividades econômicas; venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); concessão de serviços públicos [9] a empresas privadas; *contracting out*, através dos quais a Administração Pública busca a colaboração dos particulares, incluindo-se aqui a terceirização e contratos de gestão [10].

Na definição ampla de privatização encontram-se englobadas tanto a idéia de publicização quanto a de terceirização, bem como a de prestígio da iniciativa privada, da liberdade de competição e todos os meios de gestão privada das atividades econômicas e sociais.

Em sentido estrito, no entanto, privatização não se confunde com concessão de serviços públicos [11], sendo aquele termo utilizado para designar a passagem (ou venda), mediante procedimento próprio, de empresas estatais utilizadas pelo Estado na exploração direta de atividade econômica [12].

A concessão de serviços públicos [13], consiste, por sua vez, na "gestão privada de serviços públicos", "[...] é aquela atividade onde o particular, por sua conta e risco, assume, mediante concessão, a gestão de um serviço coletivo (fiscalizado, organizado e orientado pelo órgão concedente ou Ente regulador)." [14]

---

[8] VILLAR ROJAS, Francisco José. **Privatización de servicios públicos:** la experiência española a la luz del modelo britânico. Buenos Aires: Tecnos, 1996. p. 135.

[9] No mesmo sentido DROMI, José Roberto. **Reforma del estado y privatizaciones**. Buenos Aires: Ástrea, 1991. t. 1. p. 226 apud OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997. p. 37.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24-25.

[11] OLIVEIRA, op. cit., p. 38.

[12] Constituição Federal de 1988, art. 173.

[13] Constituição Federal de 1988, art. 175, regulamentado pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a permissão e a concessão de serviços públicos.

[14] OLIVEIRA, op. cit., p. 38.

Dentre as concessões de serviços públicos, encontram-se as Parcerias Público-Privadas (sentido estrito), que para serem apreendidas, se faz necessário, antes de mais nada, identificar a abrangência do interesse público dentro do regime jurídico administrativo e do equilíbrio econômico-financeiro e sua manutenção necessária nas diversas formas de contratação com o Estado.

1.2 O regime jurídico-administrativo

O Direito Administrativo é uma disciplina jurídica autônoma, pois possui um regime jurídico próprio, com princípios e normas características a lhe conferir uma identidade, o qual está calcado em dois princípios basilares, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.

Estes dois princípios conferem ao regime jurídico administrativo uma formatação diversa dos demais regimes jurídicos e o explicam de forma muito mais satisfatória do que os institutos do serviço público, da "puissance publique" ou da utilidade pública, como outrora se usava defini-lo, sobretudo na França, onde se busca uma idéia-chave para o Direito Administrativo, segundo afirma Celso Antônio Bandeira de Mello [15].

Por maior amplitude que se confira à noção de serviço público, ela é insuficiente para abarcar toda a idéia de regime jurídico administrativo sendo, no entanto, uma de suas mais significativas nuances.

Quanto às noções de "puissance publique" e de utilidade pública, aquela se aproximando da idéia de Poder Público e calcada na hoje superada distinção entre atos de império e atos de gestão e esta outra contendo em si uma amplitude tão vasta de sentidos a impedir a sua delimitação, passou-se a definir o regime jurídico administrativo pelo seu conteúdo, qual seja, os dois princípios acima elencados: **a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração**.

Estes dois princípios conferem ao regime jurídico administrativo uma formatação

[15] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-56.

diversa dos demais regimes jurídicos e o explicam de forma muito mais satisfatória do que os institutos do serviço público, da "puissance publique" ou da utilidade pública, como outrora se usava defini-lo, sobretudo na França, onde se busca uma idéia-chave para o Direito Administrativo, segundo afirma Celso Antônio Bandeira de Mello [16].

Por maior amplitude que se confira à noção de serviço público, ela é insuficiente para abarcar toda a idéia de regime jurídico administrativo sendo, no entanto, uma de suas mais significativas nuances.

Quanto às noções de "puissance publique" e de utilidade pública, aquela se aproximando da idéia de Poder Público e calcada na hoje superada distinção entre atos de império e atos de gestão e esta outra contendo em si uma amplitude tão vasta de sentidos a impedir a sua delimitação, passou-se a definir o regime jurídico administrativo pelo seu conteúdo, qual seja, os dois princípios acima elencados: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

A superioridade do interesse público sobre o interesse particular relaciona-se, por sua vez, com a noção de "puissance publique" e a de que os membros de uma coletividade abdicam, em nome da sobrevivência e até mesmo da segurança de cada interesse particular, à parcela de sua liberdade.

Embora este importante princípio não tenha sido expressamente previsto em sede constitucional, ele é tomado como um princípio implícito e informativo de todo o arcabouço da teoria administrativista [17].

A supremacia do interesse público sobre o particular decorreria dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, direcionando a atuação administrativa, ou seja, direcionando-a teleologicamente, com o fim de realização do interesse público. O que levou Fábio Medina Osório [18] a afirmar:

> Resulta claro, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagem da Administração em

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-56.
[17] Constituição do Estado de São Paulo, art. 111.
[18] OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: n. 220, p. 86-87, abr./jun. 2000.

> detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado.

Assim, o princípio em estudo gera como consequências a posição privilegiada da Administração nas relações com os particulares e de supremacia nesta mesma relação, o que alguns autores, a exemplo de Edmir Netto de Araújo [19] chamam de poderes exorbitantes do Direito comum.

Em nome do interesse da coletividade a Administração pode sacrificar interesses e até direitos individuais [20].

Decorrendo desta posição privilegiada da Administração nas suas relações com os particulares, ela pode constituir uma obrigação de modo unilateral ao particular e, ainda, tem o direito, muitas vezes, de modificar unilateralmente relações já estabelecidas.

Tem o poder da auto-tutela, consistente na possibilidade da Administração revogar seus próprios atos unilateralmente ou anulá-los quando eivados de vícios [21]; os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade e são auto-executáveis. E o fundamento de todos esses atributos, os chamados "deveres-poderes" conferidos à Administração, é o interesse público, a busca pela satisfação de interesses da coletividade.

---

[19] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

[20] É importante constar que vêm surgindo recentemente, uma nova corrente doutrinária defendendo que o dogma da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares está em declínio, pois violaria o princípio da isonomia, devendo, a partir de então, ser visto não como supremacia, mas proporcionalidade. Essa recente corrente acentua haver uma crise dos paradigmas do direito administrativo, dentre eles, estariam em cheque não apenas o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, mas também os princípios da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei e o da intangibilidade do mérito administrativo, sendo que essas mudanças decorrem da constitucionalização do direito administrativo, com a adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracias. Defende a corrente: sendo a Lei Maior regida pela dignidade da pessoa humana, desta decorreria a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse individual ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. O princípio em comento, para essa corrente, inviabilizaria o dever de proporcionalidade nas relações jurídicas. Neste sentido: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

[21] Supremo Tribunal Federal, Súmula n. 473. "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-lo, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula STF Nº 473.** Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/75/9999/stf473.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

A indisponibilidade de interesses públicos significa que por serem interesses de toda a coletividade, são inapropriáveis. Os bens e interesses públicos estão adstritos a uma finalidade que é posta pela lei. Não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador.

São princípios decorrentes do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello [22]: legalidade, que explicita a subordinação da Administração à lei, encartado como princípio constitucional, deste decorrendo os princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e da responsabilidade do Estado; obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, pois a Administração deve seguir o comando legal que assim determina e o princípio da continuidade do serviço público; controle administrativo ou tutela, pelo qual a própria Administração, implementa e controla os interesses que lhe são determinados pelo comando legal; isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração que remete ao princípio constitucional da impessoalidade, pelo qual se estabelece que não pode haver favoritismos ou preterições de um administrado em face de outro. Todos são iguais perante a lei e a Administração Pública nada mais pode fazer além de seguir os ditames legais; publicidade, previsto também em sede constitucional, este princípio impõe a transparência na atividade administrativa; inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, decorrendo daí a inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos; controle jurisdicional dos atos administrativos, decorrente do Estado de Direito; hierarquia, arrolado como um princípio técnico de organização, existente apenas na função administrativa.

Em maior ou menor grau, concordam os administrativistas pátrios tradicionais acerca da configuração dada ao regime jurídico administrativo, divergindo em algum ponto, como é o caso de Edmir Netto de Araújo[23], que, ao lado do princípio implícito da supremacia do interesse público elenca o princípio da legalidade, destes decorrendo o princípio da indisponibilidade do interesse público e outros princípios gerais.

---

[22] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59.

[23] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46-62.

1.2.1 Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública

Os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público decorrem dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública [24]: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade, citado por alguns autores como o mais importante princípio regente da Administração Pública [25], uma vez que o Estado está adstrito ao interesse público, sendo imperativa a obediência de seus agentes à expressão da vontade geral, que, em sentido amplo, é a lei.

A Administração e seus agentes só poderão, assim, fazer aquilo que a lei determina ou permite expressamente, devendo agir estritamente de acordo com a lei e o interesse público. Este é o chamado "princípio da legalidade estrita", diverso do princípio da legalidade relacionado aos particulares[26], que, segundo Emir Netto de Araújo [27]:

> Na verdade, o princípio da legalidade estrita significa que a Administração não pode inovar na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode conceder direitos, criar obrigações, impor vedações, compelir comportamentos; para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário o respaldo da lei, e mesmo que em certos casos a atividade administrativa pareça realizar-se sem essa particularidade, só será legítima se houver lastro em determinação ou autorização legal.

O princípio da impessoalidade vem dizer que a Administração Pública deve tratar a todos os administrados de forma igual, sem discriminações, sejam estas favoráveis ou desfavoráveis, ou seja, a Administração não pode atuar visando beneficiar ou prejudicar determinada pessoa. "O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia." [28]

A impessoalidade na Administração Pública está resguardada, por exemplo, nas exigências constitucionais de concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos [29], bem como de prévia licitação para contratação de concessões ou permissões de serviços

---

[24] Constituição Federal de 1988, art. 37, caput.
[25] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.
[26] Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. II.
[27] ARAÚJO, op. cit., p. 51.
[28] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 114.
[29] Constituição Federal de 1988, art. 37, inc. II.

públicos [30].

Consagra o princípio da publicidade na Administração o dever que esta tem de atuar com transparência, exigindo-se a ampla divulgação de seus atos, ressalvados os casos previstos em lei em que o sigilo for "[...] imprescindível à segurança da sociedade e do Estado." [31]

Além destes princípios, a Constituição elenca os princípios da moralidade e da eficiência. Aquele remete a Administração aos princípios éticos, devendo pautar-se em sua atividade com lealdade e boa-fé [32] e este, remetendo-a ao princípio da boa administração, que significa o desenvolvimento da atividade administrativa "[...] do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto." [33]

Atender ao princípio da eficiência é uma das finalidades precípuas das PPP, que, inobstante, venham marcar uma nova forma de contratualização administrativa, guardam as características básicas de um contrato celebrado entre a Administração e um particular e estão adstritas, sobretudo, aos princípios constitucionais e ao regime jurídico administrativo.

Sejam expressos, sejam implícitos, pode-se depreender dos princípios que corporificam o regime jurídico administrativo, que todos eles nos remetem ao interesse público e à necessidade da busca de sua realização.

1.2.2 O Interesse Público

E o que é o interesse público?

Sob o aspecto sociológico, José Eduardo Faria, toma o interesse público identificando-o com uma espécie de princípio totalizador dos interesses tutelados pelo direito, conferindo-lhe uma função mais pragmática, visando despertar na sociedade a certeza de os valores por

---

[30] Constituição Federal de 1988, art. 175.
[31] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 114.
[32] Ibid., p. 119.
[33] FALZONE, Guido. **Il Dovere de Buona Amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1953 apud MELLO, op. cit., p. 122.

ela buscados acabam por ser consagrados pelo direito. Ensina o autor [34]:

> Trata-se de um conceito que permite ao direito filtrar os diferentes valores em confronto na vida social, alcançando uma idéia de fechamento e acabamento lógico daqueles valores majoritariamente reclamados por parte da sociedade. A elaboração do direito moderno implica sempre uma filtragem, um processo de mediação, de escolha entre interesses conflitantes.

Ocorre que, em uma sociedade tão díspare, que passou por tantas crises econômicas, onde o Estado não é considerado forte o suficiente para tornar as demais instituições democráticas fortes, em um país de extensões continentais, como é o caso do Brasil, a questão da escolha de interesses conflitantes torna-se bastante complexa e a noção de interesse público acaba a mercê da definição de outras questões que a precedem, como acentua o citado autor.

Inolvidável, assim, a importância de tecermos algumas considerações sobre a noção jurídica de interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello [35] acerta-se ao dizer que o interesse público se constitui no interesse do todo, do próprio conjunto social, ao mesmo tempo não se confundindo com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Ressalta o doutrinador o falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, pois não poderia haver um interesse público que seja discordante de cada um dos membros da sociedade.

> O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas – e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente **pessoal** destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Este último é o denominado interesse público, conceituado pelo autor como "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**."

Da forma como expõe este autor é fácil perceber que o interesse público não é um

---

[34] FARIA, José Eduardo. **A definição do interesse público.** In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

[35] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

interesse exclusivamente do Estado, não podendo ser resumido ou identificado com os interesses da entidade que representa o todo. Esta entidade possui interesses primários, propriamente ditos interesses públicos e interesses secundários, os quais somente poderá buscar se estiverem de acordo com aqueles.

Gerhart Niemeyer [36], na obra conjunta "O Interesse Público", escrito no contexto dos idos de 1965, antes de Margareth Tatcher, portanto, parte da comparação entre quatro conceitos de interesse público sob sua relação com o interesse privado, representados por Platão e Aristóteles, Agostinho e Tomás de Aquino, Locke, Adam Smith, Stuart Mill e Marx e Lenin.

Em breves linhas, ressalta o autor, que para Platão e Aristóteles "[...] é da interdependência econômica que nasce a necessidade da ordem pública." O interesse privado aparece como motivador das atividades econômicas e o interesse público se movendo na direção da consciência (*noesis*) da ordem racional da justiça (*diké*), denominando este último de *dikaio-noesis.*

Para Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, o autor ressalta que o essencial na questão da ordem é "[...] a limitação do governo às funções da paz, do mínimo de justiça, à defesa, e a simultânea elevação da salvação individual à categoria de um interesse publicamente reconhecido embora não publicamente organizado."

Público para os dois filósofos acima citados teria mais um sentido de oficial, relata o autor, aparecendo então a idéia de política como uma ocupação eminentemente prática com os problemas da ordem pública e da distribuição da justiça. O interesse público poderia ser chamado aqui de *pax participans*.

Locke, Adam Smith e Stuart Mill, segundo Gerhart Niemeyer, partem de uma "*ordem liberal que atribui ao interesse público a tarefa de satisfazer as aspirações privadas*". Gerhart Niemeyer propõe o termo *hedononomia* para conceituar o interesse público na obra desses três autores, sendo hedoné (prazer, satisfação) e *nomos* (regra, governo).

Marx preconiza a conversão do que é uma utilidade privada em um interesse público, ao final não restando nenhuma utilidade privada. Para o marxismo de Lênin, o interesse

[36] apud ESCOLA, Hector Jorge. **El interes público:** como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 14.

público está unido à idéia de um partido de luta e de um governo de luta. O autor sugere o termo *polemonomia*, de *polemos* (luta) e *nomos* (norma, governo), pois o interesse público aqui representa o manejo do conflito.

Niemeyer conclui o texto, agrupando em dois os quatro tipos de interesse público elencados, tendo como parâmetro a espécie de relação que admitem entre o homem individual e a autoridade pública:

> A ordem grega e a cristã se parecem uma com a outra na medida em que a autoridade pública em ambas representa uma orientação comum do intelecto e do espírito. A ordem liberal e a marxista se parecem uma com a outra na medida em que a autoridade pública em ambas administra necessidades materiais. [37]

Seja na ordem grega e cristã, seja na ordem liberal e marxista, as autoridades públicas têm um só objetivo, seja este visto como uma "orientação comum do intelecto e do espírito", seja visto como uma "necessidade material". Este objetivo é a realização do interesse público e o seu resguardo e manutenção após sua realização.

O interesse público seria a noção primária que contém o germe do Direito Administrativo, bem como de seus sucessivos desenvolvimentos lógicos, no dizer de Fábio Medina Osório [38] ao citar Luís de La Morena Y De La Morena. Sendo que, na sua ausência, a Administração Pública não poderia atuar, "[...] em face do desaparecimento de seu único, porém suficiente, suporte justificatório."

Na legislação pátria, o interesse público não está previsto em norma específica, mas detém tal instituto *status* constitucional ao consagrar a finalidade indisponível e imperativa de toda a Administração Pública, o que o revela como um instituto imanente ao sistema.

O interesse público é "a dimensão pública dos interesses individuais", como ensina José Carlos de Oliveira (informação verbal)[39].

E sua consagrada superioridade do interesse público face ao interesse particular garantem à Administração certas prerrogativas e o direito de impor determinadas sujeições ao

---

[37] apud ESCOLA, Hector Jorge. **El interes público:** como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 23.

[38] OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: n. 220, p. 70, abr./jun. 2000.

[39] José Carlos de Oliveira em aulas ministradas no Curso de Direito da Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", ano 2007.

particular, tais como, a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum nos contratos por ela celebrados e a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública [40].

1.3 Reformas do Estado brasileiro: desestatizações

As privatizações ocorreram na maioria dos países, em maior ou menor escala, de forma mais ampla ou mais restrita e no Brasil não foi diferente, consoante as lições de João Eduardo Lopes Queiroz [41].

No governo do general João Figueiredo, de 1981 a 1984, foram dados os primeiros passos da privatização e diversas empresas que estavam sob o controle da União foram privatizadas, gerando uma considerável receita aos cofres públicos [42]; de 1985 a 1989, no governo José Sarney, outras empresas foram privatizadas e criado o programa federal de desestatização [43].

A partir do governo Collor, de 1990 a 1992, as privatizações tomaram um grande fôlego e muito se intensificaram, gerando estrondosas receitas, tornando privadas grandes empresas públicas como a Companhia Siderúrgica Nacional, no governo Itamar Franco e a Companhia Vale do Rio Doce, no governo Fernando Henrique Cardoso.

Embora o programa brasileiro de desestatização tenha atingido um enorme significado e seja um programa bastante amplo e vultoso, abrangendo apresenta três fases, do Programa Nacional de Desestatização (PND), que teve início em 1991; dos programas similares de nível estatal, com início em 1996 e, a última, do programa de privatização da indústria de telecomunicações, iniciado em 1997, muito pouco é mencionado na literatura estrangeira.

No Brasil, a exemplo do que ocorreu em diversos países, o Estado passou por mudanças em seu papel, mas guardadas as suas características e peculiaridades, as reformas do Estado aqui tiveram nuances próprias, no bojo das quais foram desenvolvidas várias formas de parcerias com os entes particulares, quais sejam, os contratos de gestão, as diversas

---

[40] Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 79, inc. I.

[41] QUEIROZ, José Eduardo Lopes. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 3. p. 65.

[42] Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981.

[43] Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988.

formas de concessão dos serviços públicos, as permissões e, mais recentemente, as Parcerias Público-Privadas.

Estas diversas formas de parceria entre entes públicos e entes privados, objetivam, desde os seus primórdios, a busca pela eficiência no serviço público através da dinamicidade da iniciativa privada, visando, do modo o mais adequado possível, a realização do interesse público.

1.3.1 Contratos de gestão

O contrato de gestão, inspirado na experiência francesa, foi introduzido no direito brasileiro como forma de ajuste entre a Administração Pública Direta e entidades da Administração Indireta ou entidades privadas (as chamadas "paraestatais", que atuam paralelamente ao Estado), com o objetivo de estabelecimento de determinadas metas a serem atingidas pela entidade em troca de algum benefício a ser outorgado pela Administração Direta. Posteriormente, criou-se a possibilidade de celebração com dirigentes de órgãos da própria Administração Direta [44].

O extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado ((MARE) – juntamente com a Fundação Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) - geriram o projeto que se transformou em emenda constitucional e foi aprovada pelo Congresso Nacional[45] para inclusão da possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, mediante contrato a ser celebrado entre seus administradores e o Poder Público, objetivando a fixação de metas de desempenho, sem, no entanto, mencionar a expressão "contratos de gestão" [46].

Antes disso, no entanto, já haviam sido celebrados os primeiros contratos de gestão, com a Companhia Vale do Rio Doce (CRVD), antes de ser privatizada e com a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, embasados no decreto que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais[47] e, ainda, com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras

---

[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 316.
[45] Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998, que incluiu o § 8º, com os incisos I, II e III, ao art. 37, da Constituição Federal.
[46] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 705-706.
[47] Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991.

Sociais, os quais foram impugnados pelo Tribunal de Contas, uma vez que o controle dessas entidades deveria decorrer da Constituição ou de leis infraconstitucionais, o que levou à alteração constitucional supra mencionada [48].

Este contrato apresenta, assim, a peculiaridade de poder ser celebrado entre órgãos da própria Administração Direta, que não tem personalidade jurídica, sendo muito discutida na doutrina a natureza contratual do instituto [49].

Autarquias e fundações podem, igualmente celebrar contratos de gestão com o respectivo Ministério Supervisor desde que tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, com o objetivo de melhoria da qualidade de gestão e redução de custos, e serão, então, denominadas de "agências executivas" [50].

O contrato de gestão que tem prazo determinado, busca a definição de metas, a ampliação da autonomia e a permissão de controle de resultado em função das metas estabelecidas, com exceção do mais recente contrato de gestão instituído para o âmbito das organizações sociais, que visam a redução de autonomia dessas entidades [51]. Seu fim último, em todos os casos, é a eficiência, como princípio constitucional retor da atuação administrativa [52].

1.3.2 Concessões, permissões e parcerias público-privadas

É incumbência do Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, seja prestando-os diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão [53], para o quê deverá observar os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Nas concessões de obra ou serviço público ocorre a transferência da prestação de serviço público ou de construção de obra pública mediante delegação contratual, feita pela Administração a terceiros, que irão prestá-lo em nome da Administração, por prazo certo e

---

[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 317.
[49] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 317-318.
[50] DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 317.
[51] Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.
[52] DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 318.
[53] A Lei n. 8.987/1995 trouxe as normas gerais, princípios e diretrizes, aplicáveis a todos os entes da federação, sobre as concessões e permissões para prestação de serviços públicos, regulamentando o disposto no art. 175, da CF de 1988.

por sua conta e risco, mediante remuneração cobrada dos usuários. Os terceiros mencionados podem ser uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas, excluindo-se a pessoa física, e é exigido do titular da concessão estrutura organizacional e societária próprias.

Neste sentido:

> A concessão de serviço de interesse público é ato complexo através do qual o Estado outorga a alguém a prestação de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do poder concedente sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado. O concessionário presta o serviço outorgado por sua conta e risco e remunera-se com a exploração do mesmo através da cobrança de tarifas. Diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro. [54]

A concessão de obra ou serviço público tem caráter *intuitu personae* e para celebração de um contrato administrativo deste tipo exige-se a prévia realização de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão.

A concessão de serviço público precedida de obra pública é aquela em que se faz necessária uma construção, total ou parcial, a reforma, a ampliação, a conservação ou o melhoramento de qualquer obra de interesse público que sirva depois à prestação de determinado serviço. O serviço será remunerado pela tarifa dos usuários, devendo esta cobrir a operação do serviço mais a remuneração e amortização do capital investido.

O concessionário atuará por sua conta e risco na gestão do serviço concedido, devendo prestar serviço adequado e sujeitando-se ao poder regulamentador do concedente [55].

A permissão de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco [56].

São, assim, atributos da permissão, a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade, embora possam ser excepcionados diante do interesse da Administração e será formalizada mediante contrato de adesão.

Conforme disposto na constituição, devem o Poder Público, os seus concessionários e permissionários prestar “serviço adequado”, que é aquele que atenda ao interesse público em

---

[54] OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997. p. 62.
[55] Ibid., p. 63.
[56] Lei n. 8987/1995, art. 2º, inc. IV.

face do atendimento dos usuários, seja sob o caráter qualitativo, seja sob o quantitativo.

O serviço público adequado é caracterizado pela regularidade na prestação, continuidade ou permanência, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas [57].

Cabe aqui ressaltar, que o serviço não poderá ser interrompido mesmo nas situações adversas, excepcionadas aquelas previstas em lei, o que poderá demandar que as partes lancem mão do instituto do equilíbrio econômico-financeiro com a finalidade de readequar as condições contratuais e viabilizar a continuidade do serviço.

No que toca aos direitos dos usuários que devem ser atendidos pelos prestadores de serviços públicos, cumpre esclarecer que não há um "Código do Usuário", embora a matéria seja parcialmente regulada no Código de Defesa do Consumidor [58] e a fiscalização dos serviços será feita com a cooperação do usuário e mediante convênio de cooperação com os Estados e o Distrito Federal [59].

No Estado de São Paulo há disposição expressa [60] acerca dos direitos dos usuários no âmbito de sua competência, dentre eles: direito de receber serviço adequado, podendo o usuário reclamar, inclusive por via judicial, ação cominatória; direito de receber informações relacionadas com o serviço, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor, visando estimular a fiscalização do serviço pelo particular; direito de utilizar o serviço com liberdade de escolha; dever de informação, devendo o usuário levar ao conhecimento do Poder Concedente e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento ou a prática de ilícitos pela concessionária; dever de preservação dos bens públicos, não havendo, ainda, a previsão de sanção legal para o descumprimento deste item; direito de escolher dentre as seis datas opcionais oferecidas obrigatoriamente pelas concessionárias para vencimento de seus débitos.

A política tarifária define o critério da fixação da tarifa, qual seja, o valor da proposta vencedora da licitação, havendo a possibilidade de fixação no edital da *tarifa máxima* admitida.

---

[57] Lei n. 8987/1995, art. 6º, § 1º.
[58] Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 22.
[59] OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997. p. 65.
[60] Lei n. 10.294/1999.

A tarifa tem, assim, fonte contratual e pode ser revista para garantir o equilíbrio econômico-financeiro, sendo atribuído o risco comercial, técnico e econômico ao concessionário e o risco extraordinário, inevitável, imprevisível ao Poder Público concedente:

> O Poder concedente deverá proceder à revisão da tarifa, para mais ou para menos, sempre que em decorrência da criação, alteração ou extinção de encargos legais ou qualquer tributo, ressalvados os impostos sobre a renda, houver modificação que implique comprovadamente, impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, após a apresentação da proposta vencedora. [61]

No que toca à realização de licitação prévia à concessão, esta é exigida visando resguardar-se atender aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nas concessões de serviços públicos podem, ainda, ser previstas outras fontes de receita, além das tarifas pagas pelos usuários, com a finalidade de beneficiar a estes com tarifas mais baixas. Questão esta que carece de melhor regulamentação, sendo possível, por exemplo, deferir-se ao concessionário o direito de apropriar-se dos valores das multas pagas por usuários.

Todos esses fatores e fontes alternativas serão, obrigatoriamente, considerados para aferição do equilíbrio econômico-financeiro, o qual é definido contratualmente.

Além das concessões em sentido estrito e das permissões, o Poder Público poderá prestar serviços públicos indiretamente através da celebração de uma PPP, que nada mais é do que uma concessão em sentido amplo, tendo adentrado no ordenamento jurídico pátrio com várias especificidades através de lei própria. [62]

---

[61] OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997. p. 67.

[62] Lei n. 11.079/2004. No entanto, as PPP estão adstritas às normas constitucionais reguladoras das concessões de serviços públicos e ao arcabouço legal das concessões previsto pela Lei n. 8987/1995, que se lhe aplica subsidiariamente na falta de previsão específica naquela primeira.

CAPÍTULO 2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1 Contratos administrativos

Para discorrer sobre as Parcerias Público-Privadas, uma das mais recentes formas de contratação entre a iniciativa pública e a privada, deve-se, inevitavelmente, adentrar no estudo dos contratos administrativos, sabendo que muitos doutrinadores chegaram a questionar a possibilidade de celebração de tais pactos e até mesmo a existência desse tipo de contrato, a exemplo de Gaspar Ariño Ortiz [1], segundo o qual:

> *[...] contrato y administrativo – se ha dicho – son términos que se repelen mutuamente" e "sabido es el papel fundamental que deben jugar em la interpretación de las normas los princípios jurídicos inspiradores del ordenamiento administrativo y de cada uma de sus instituciones em particular. Afirmación común de la doctrina es también la de que em la interpretación de las normas jurídico-administrativas hay que atender especialmente a la investigación del fin"*

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [2] ao se debruçar sobre o estudo dos contratos administrativos ou de direito público e a existência ou não destes, parte da análise do instituto na doutrina estrangeira, sobretudo na italiana e alemã, onde se suscitava a seguinte divergência acerca da existência deste tipo de contrato:

> Esta se circunscreve a três questões fundamentais: (a) sobre a possibilidade de contrato entre pessoas de situação jurídica distinta, dada a posição de supremacia da Administração Púbica diante dos administrados; (b) sobre o objeto do contrato, uma vez as obras e serviços públicos e os bens a que ele se refere estão fora do comércio; (c) sobre a natureza do contrato, que exige autonomia da vontade e vinculação entre elas, e a impossibilidade de a obra pública ou o serviço publico e os bens públicos ficarem presos, por prazos predeterminados, a certo regime jurídico uma vez se venha a verificar a permanência nesse regime jurídico estaria contrária ao interesse público.

A grande questão na doutrina alienígena era a da conjugação da mobilidade do interesse público com a fixidez das cláusulas contratuais, pelo prazo contratual, para a qual a

---

[1] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoria del equivalente econômico em los contratos administrativos**. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1968. p. 221.

[2] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. p. 671.

doutrina francesa dava a seguinte solução, segundo os estudos de referido autor:

> Esse contrato, quanto à execução faz-se nos termos de determinações da Administração Pública, na conformidade das exigências do interesse público, de que é árbitra, alteráveis livremente por ela suas cláusulas, mediante atos normativos ou decisões executórias, contanto que assegure à outra parte - isto é, ao particular, administrado a equação econômico-financeira, razão do ajuste feito. [3]

Para este autor, o contrato administrativo rege-se por dois princípios:

> (a) criação da relação jurídica mediante livre acordo de vontades, com fixação das suas cláusulas sobre a prestação de dada obra, serviço ou bem, e a contraprestação econômico-financeira a respeito; (b) a possibilidade de alteração unilateral, no interesse coletivo, pela Administração Pública, das cláusulas contratuais relativas ao regime jurídico da prestação da obra, serviço ou bem, desde que assegurada à equação econômico-financeira ajustada, mediante atos normativos ou decisões executórias. [4]

E conclui o autor:

> Contratual, destarte, não é o ato jurídico-administrativo da concessão, pelo qual a Administração Pública delega ao administrado a execução de obra ou prestação de serviço púbico, sujeito à sua regulamentação. Contratual é tão-somente o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira desses atos jurídicos, porque inalterável pelas partes, que se obrigam a respeitar o ajustado a respeito. Mas aquele é o ato jurídico administrativo principal, este apenas envolve cláusula adjeta. Jamais especifica o ato administrativo, simplesmente o completa, na regência do seu aspecto patrimonial, como ato jurídico complementar. Só ai se configura a reação jurídica contratual. [5]

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello inexistia contrato administrativo, com regime jurídico diferente do contrato de direito privado, ou de Direito Civil.

Entretanto, a maioria dos administrativistas aceita a existência do contrato administrativo acolhido por regime jurídico próprio e de direito público, em que, de um lado o parceiro público quer a efetiva e adequada prestação de um serviço para atender a um interesse público e, de outro lado, o parceiro privado deseja obter lucro, ou seja, há um acordo de vontades apto a gerar direitos e obrigações para as partes: um contrato.

A Administração tem assumido cada vez com mais intensidade, diante da necessidade

---

[3] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. p. 677.
[4] Ibid., p. 684.
[5] Ibid., p. 689.

de agregar a eficiência da iniciativa privada ao setor público, o papel de negociador, celebrando contratos administrativos. Pode-se até dizer que esta já é uma função imprescindível para o mister de administrar.

Neste tipo de contrato, os contratantes não podem ser considerados apenas partes que negociam, mas também colaboradores, devido à incidência do interesse público, ainda que persigam objetivos diversos, esta a lição de Roberto Dromi [6] ao afirmar que "*[...] el contratista, como colaborador de la Administración, participa de los esfuerzos comunes. Adhiere al fin de bien común que encierra el contrato, superando el antiguo 'principio de desconfianza'.*"

A doutrina alemã, na lição de Forsthoff [7] ressalta a natureza dos contratos administrativos como "contratos de direito público", dada a maior força do Estado como parte contratante, em relação à natural igualdade de partes nos contratos de direito privado.

Um contrato celebrado pela Administração Pública não pode fugir do Regime Jurídico Administrativo, o que significa que o interesse público deveria sobrepor-se, sempre, aos interesses particulares, bem como não poderia, em hipótese alguma, ser preterido face a um interesse privado.

Gaspar Ariño Ortiz [8] afirmava, nos idos de 1960, haver clara incompatibilidade entre os termos "contrato" e "administrativo", mas o fato é que o Estado desde há muito celebra contratos, com inúmeras peculiaridades e uma finalidade própria, a realização do interesse público.

Caio Tácito [9] assevera, neste sentido, que nos contratos administrativos, "[...] a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público."

---

[6] DROMI, José Roberto. **Licitación pública**. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1995. p. 32.

[7] FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif Allemand**. Traduit par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émille Bruylant. 1969. p. 424: "*La nature particuliére du contrat, à savoir son appartenance au droit public, affecte surtout as stabilité juridique qui n'est pas la même que celle du contrat civil. Il ne faut pas oublier que l'Etat participe à un certain nombre de contrats em les autorisant ou em les approuvant. ... Dans ce cas, la position de l'Etat est plus forte que dans les cas ou il est partie au contrat.*"

[8] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoria del equivalente econômico em los contratos administrativos**. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1968. p. 229.

[9] TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292.

Hector Jorge Escola [10], por sua vez, afirma que:

> [...] os contratos administrativos [...] têm uma finalidade específica e própria [...] qual seja, a satisfação e o atingimento do interesse público, das necessidades coletivas, sendo precisamente essa finalidade a que lhes confere e define a natureza jurídica, efeitos e conseqüências específicas.

Sem dúvida, o que qualifica um contrato como sendo contrato administrativo é a "[...] vinculação direta e imediata ao interesse público." [11]

A órbita dos contratos administrativos é, assim, a do regime jurídico administrativo, que é Direito Público e suas duas fontes-matriz, quais sejam, os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade deste mesmo interesse público [12], além de se lhes aplicarem, supletivamente, os princípios gerais das teoria dos contratos e as disposições de direito privado, conforme previsto na Lei de Licitações [13].

Para alcançar seu objetivo, consistente na realização do interesse público, a Administração Pública conta com poderes que lhe são atribuídos pela ordem jurídica, podendo alterar unilateralmente os contratos por ela celebrados; o poder de exigir garantias do contratado; poder de rescindir unilateralmente o contrato; poder de fiscalizar o andamento do contrato; poder de aplicar penalidades ao contratado; anular o contrato; retomar o objeto adjudicado e, ainda, há restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; sempre, é evidente que houver um risco para o interesse público [14].

Assim, os contratos administrativos contam, ou podem contar, com a presença de cláusulas que ultrapassam os limites da mutualidade contratual, mas que deixam de beneficiar igualmente ambos os contratantes, mas prestigia o parceiro público, que em suma, é toda a coletividade; são as chamadas cláusulas exorbitantes ou derrogatórias do direito comum.

---

[10] ESCOLA apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 577.

[11] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.

[12] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 53.

[13] Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 54.

[14] Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 58, inc. I a V.

Neste sentido, Roberto Dromi [15] ressalta que os princípios da autonomia da vontade e da igualdade jurídica das partes no contrato administrativo, subordinam-se ao interesse público, que prevalece sobre os interesses privados ou dos particulares. Em conseqüência, a Administração aparece investida em uma posição de superioridade jurídica e de prerrogativas em relação à interpretação, alteração e rescisão do contrato em virtude das "cláusulas exorbitantes do direito comum" que este contém. Esclarece que, em suma, essas prerrogativas da Administração se manifestam na desigualdade jurídica dos contratantes e nas cláusulas exorbitantes do direito comum.

O contrato administrativo na doutrina pátria é conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello [16] da seguinte forma:

> É um tipo avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

E, segundo Marçal Justen Filho [17], que ao analisar os artigos da Lei de Licitações afirma que o contrato administrativo comporta duas definições:

---

[15] DROMI, José Roberto. **Licitación pública**. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1995. p. 30-31: "*Los princípios de la autonomia de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el interes público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. Em consucuencia, la Adminstración aparece investida de uma posición de supeioridad jurídica y de prerrogativas em cuanto a interpretación, modificación, y resolución del contrato em virtud de las "cláusulas exorbitantes del derecho común" que este contiene. Em suma, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan em la desigualdad jurídica de los contratantes y em las cláusulas exorbitantes del derecho común..... Las partes contratantes se encuentran em un plano de desigualdad; la administración aparece em la relación contractual em una situación de superioridad jurídica respecto del contratante. Cuando una de las partes es la Administración, se imponem de suyo ciertas prerrogativas y condiciones que subordinam juridicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones em El contrato, y que son obligatorias, dentro de los limites de la razonabilidad para el contratista. Esta desigualdad jurídica se traduce em la competência que tiene la Administración para: Adaptarlo a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos limites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato, privilège de la decisión exécutorie). Ejecutar el contrato por sí o por tercero, em caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de este (ejecución com sustitución del contratista – action d'office o privilège du préalable). Dejarlo sin efecto unilateralmente em caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual). Esta subordinación o desigualdad jurídica, em la que se halla respecto de la Administración quien celebra um contrato com Ella, tiene su origen em la desiguladad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privados e antepone el fin público o necesidad pública coletiva que puede afectar su ejecutión."*

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 610-611.

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 645.

> Em sentido amplo, indica um acordo de vontades com efeitos vinculantes, de que a participa a Administração Pública e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável. Em sentido restrito, o contrato administrativo se caracteriza pela submissão ao regime jurídico de Direito Público.

Na legislação pátria, o contrato administrativo se caracteriza por um regime publicístico, que busca a satisfação do interesse público e que confere à Administração várias "prerrogativas extraordinárias" ou "cláusulas exorbitantes" [18].

Mas como conceber que o parceiro privado com seus claros objetivos de obtenção de lucro possa aceitar tantas e todas essas prerrogativas conferidas ao poder público em uma contratação?

Que interesse teria esse parceiro em celebrar um contrato em que a Administração Pública pode, a qualquer momento, alterar cláusulas fundamentais para a estrutura do instrumento?

Em resposta a essas questões, encontra-se a contrapartida conferida ao particular contratado, que é o instituto do equilíbrio econômico-financeiro e a sua intangibilidade[19]. Mesmo diante do poder-dever dado ao parceiro público de alterar unilateralmente o contrato administrativo, uma razoável paridade haverá entre ambos.

2.1.1 Cláusulas exorbitantes ou derrogatórias do direito comum

Decorrendo dos princípios retores do regime jurídico administrativo, a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público, os contratos administrativos são contemplados com a presença de cláusulas que exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns em contratos de direito civil, pois garantem a apenas uma das partes contratantes, qual seja, a Administração Pública, algumas prerrogativas na relação contratual.

---

[18] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 645.

[19] Constituição Federal de 1988, art. 37, inc. XXI; Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 58, § 2º e art. 65, inc. II, "d" e § 6º.

Caso tais cláusulas fossem inseridas em um contrato comum, de direito privado, desfigurariam o contrato ou seriam consideradas ilícitas, pois desequilibram a relação contratual conferindo a Administração Pública uma posição de supremacia sobre o contratado[20].

Edmir Netto de Araújo [21] nomeia tais cláusulas como cláusulas de prerrogativa ou, ainda cláusulas de privilégio, pois considera a denominação corrente na doutrina, "exorbitantes ou derrogatórias", uma denominação residual, feita por exclusão. Tal denominação tomaria como matriz o direito civil, do quê discorda veementemente.

Labaudère [22] trabalha nas diretrizes para a definição do que se pode convir seja uma cláusula exorbitante, especificando que: 1º. As cláusulas exorbitantes resultam em certos casos de contratos aleatórios, de certas cláusulas inscritas pelas partes no contrato; 2º. A noção de cláusula exorbitante resulta de certas prerrogativas exorbitantes; 3º. Cláusula exorbitante é qualquer uma que seria impossível ou considerada ilícita no contrato entre particulares, mas também é por vezes uma cláusula incomum nestes contratos; 4º. De uma maneira geral, a cláusula exorbitante é qualquer uma que seja específica do direito público, que tenha a marca do direito público, pela especificidade do seu objeto ou do seu fim.

Dentre as possíveis cláusulas exorbitantes ou derrogatórias do direito comum, encontram-se aquela que permite a exigência de garantia pela Administração Pública, cabendo ao contratado tão somente a escolha entre as garantias previstas na legislação; a rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, havendo ou não culpa do contratado, bem como por razões de interesse público e caso fortuito ou força maior; o poder de fiscalização e de aplicação de penalidades ao contratado, tais como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a

---

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 253.
[21] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 625-627.
[22] LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÈ, Pierre. **Traitè des contrats administratifs**. 2. éd. Paris: LGDJ, 1983. t. 1. p. 214: *"1º La clause exorbitante résulte em certains cas du jeu de certains références inscrites par le parties dans le contrat; 2º La notion de clause exorbitante correspond fréquemment à celle de prérogative exorbitante mais serait néanmoins insulffisamment définie par celle-ci; 3º La clause exorbitante est quelquefois une clause qui serait impossible ou illicite dans les contrats entre particuliers mais elle est quelquefois aussi une clause simplement inhabituelle dans ces contrats; 4º La clause exorbitante peut être aussi, d'une maniére plus générale, celle qui apparait comme spécifique du droit public et comme portant La "marque" de ce droit, du fait de son contenu ou de son but."*

Administração [23].

Outras cláusulas exorbitantes são, ainda, a possibilidade de anulação de quaisquer atos eivados de ilegalidade pela própria Administração [24], a possibilidade de retomar o objeto contratado a fim de garantir a continuidade do serviço público, a restrição ao uso da exceção do contrato não cumprido, pois se a Administração deixar de cumprir a sua parte no contrato, o contratado não poderá descumprir a sua, devendo pleitear administrativamente para obter eventual rescisão contratual e, finalmente, a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato, cláusula esta estreitamente ligada ao instituto do equilíbrio econômico-financeiro e a sua intangibilidade, temas centrais no presente trabalho.

2.1.1.1 Poder de alteração unilateral dos contratos administrativos

O poder-dever ou prerrogativa de alteração unilateral conferido à Administração em um contrato administrativo decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público e não é ilimitado ou absoluto, pois causa certa instabilidade na relação.

A Administração Pública deve exercer essa prerrogativa sempre que em risco o interesse público e somente na medida necessária para eliminar esse risco. Não poderá exercê-lo ao seu talante instabilizando a relação contratual sem que haja um motivo razoável. "O direito de instabilizar o vínculo descende da indisponibilidade do interesse público, da indisponibilidade da coisa pública, porém está atrelado à relação de Administração", ensina Lúcia Valle Figueiredo [25].

No direito alemão o Poder Público detém esses poderes instabilizadores da relação contratual, como se pode colher de Forsthoff [26] ao destacar a diferença do direito civil, ali

[23] Lei de Licitações n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 58, inc. I a V.
[24] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula STF Nº 473.** Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/75/9999/stf473.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.
[25] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 331.
[26] FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif Allemand**. Traduit par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émille Bruylant. 1969. p. 424: *"Em droit civil, ou régne le príncipe de l'independance individuelle, le contractant ne peut pas se voir empêché d'attarquer le contract; em droit public, ou l'autonomie de la volonté est plus étroitement limitée, d'autres éléments d'appreciation interviennent. Mais il n'en va ainsi que pour le contrats pour lesquels l'Etat s'est reserve, comme nous l'avons explique, le droit de les autoriser. Cette limitation du droit de demander l'annulation ou de le résilier ne joue pas pour autres contrats de droit public."*

imperando o princípio da independência do contratante, a lhe permitir dispor do contrato, em relação ao direito público, onde a liberdade de vontade está limitada, havendo restrições ao poder de anular e de rescindir.

E complementa o autor [27], assinalando que para determinar a estabilidade jurídica dos contratos de direito público é preciso tomar em consideração um interesse público a que se refere. Lembra que o compromisso mútuo do contrato dá uma rigidez que pode tornar difícil a adaptação quando há mudanças importantes em termos de direito ou de fato. Neste caso, afirma que o compromisso contratual está satisfeito com o requisito de interesse público, porque o interesse privado deve ceder ao interesse público, ainda quando se alegue a cláusula *rebus sic stantibus*, cuja aplicação em socorro do direito do particular está condicionada, em última instância, à satisfação do interesse público.

No direito francês, sobre os poderes exorbitantes conferidos à Administração Pública, Labaudere [28] explica que o poder modificador da administração constitui uma certa exceção ao princípio da imutabilidade das cláusulas contratuais, mas não constitui uma negação da força obrigatória do contratos no que respeita a administração.

No direito pátrio, a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato administrativo encontra-se previsto e limitado pela lei, sendo possível quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto [29].

Como não poderia deixar de ser, a esse poder de alteração unilateral dadas circunstâncias desconcertantes da relação, corresponde o direito do contratado de ter mantido

---

[27] FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif Allemand**. Traduit par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émille Bruylant. 1969. p. 425: *"Cependant même pour déterminer la stabilité juridique des autres contrats de droit public, on doit prendre em considération l'intérêt public auquel ils touchent. L'engagement réciproque donne au contrat une rigidité qui peut rendre difficile son adaptation en cas de chamgement important dans les conditions de fait ou de droit. Dans ce cas, l'engagement contractuel se heurte aux exigences de l'intérêt public. Parce que le contrat releve du droit public et interesse l'admninistration, l'engagement contractuel doit, le cãs éch'eant, être subordonné aux necessités publiques. La régle qui permet de se dégager du contrat est la clausula rebus sic stantibus qui est depuis longtemps reconnue em droit civile et em droit international public; elle peut être invoquée dans notre cas. Cette application sera possible chaque fois que l'intêrét public l'exige absolutment."*

[28] LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÈ, Pierre. **Traitè des contrats administratifs**. 2. éd. Paris: LGDJ, 1983. t. 1. p. 710: *"Em um mot, le pouvoir modificateur de l'administration constitue, dans les conditions que nous préciserons et qui limitent son exercise, une dérogation certaine au príncipe de l'immutabilité des clauses contractuelles; il ne constitue nullement la négation de la force obligatorie du contrat à légard de l'administration."*

o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, entendido pela maioria dos doutrinadores como "[...] a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração." [30]

2.1.2 O equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é tido como uma relação estabelecida inicialmente na contratação, ou seja, no momento do ajuste, pelas partes, a qual fixa os encargos do contratante e a retribuição do contratado, visando à justa remuneração do objetivo contratual.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é uma das peculiaridades dos contratos administrativos, garantindo ao contratante privado que a sua margem de lucro será preservada, desde que guardadas as proporções com as possibilidades reais de ofensa ao interesse público.

Diversos doutrinadores, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello [31], afirmam que a "lógica dos contratos administrativos" consiste no esforço em compor-se, de um lado:

> [...] o interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados.

Este autor, ao comparar o equilíbrio econômico financeiro no Brasil e na França, afirma que a opção no Brasil foi dar maior segurança ao concessionário do que a que é dada no Direito francês.

A mutualidade afeta aos contratos administrativos, entre o interesse público, protegido pelas prerrogativas atribuídas à Administração, e o intuito de obtenção de lucro do parceiro privado, tem, como um de seus pressupostos, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

[29] Lei n. 8.666/1993, art. 65, inc. I.
[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255.
[31] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 596.

Para Caio Tácito [32] o equilíbrio econômico-financeiro é a "[...] consideração implícita da permanência do estado de coisas contemporâneas à convenção."

Na doutrina estrangeira, Labaudère [33] assevera que, em contrapartida à insegurança dos poderes exorbitantes conferidos à Administração Pública, das imprevisíveis ou previsíveis, mas inevitáveis alterações do cenário econômico-financeiro, a teoria dos contratos administrativos trouxe a noção de equilíbrio financeiro ou de equação econômico-financeira.

Define o equilíbrio econômico-financeiro Labaudère [34] como um cálculo algo aproximado, uma equivalência honesta entre custos e vantagens, que o contratante tenha tomado em consideração no momento da conclusão do contrato. É quando este equilíbrio é quebrado que tudo aquilo que parece ser equitativo e razoável para restabelecê-lo é tido como se tivesse sido levado em consideração como um elemento determinante do contrato.

Mas muito mais que uma garantia de cunho formal, o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos é um "direito fundamental" [35] do contratante. Consubstancia este instituto um dever jurídico da Administração, capaz de ensejar ao contratante prévia e justa indenização, conforme posição jurisprudencial mais recente [36].

Na Constituição Federal de 1988, este direito fundamental do contratante está expressamente previsto [37] e, portanto, assegurado, ainda que não conste do contrato administrativo, não sendo uma garantia jurídico-formal tão somente.

---

[32] TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 202.

[33] LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÈ, Pierre. **Traitè des contrats administratifs**. 2. éd. Paris: LGDJ, 1983. t. 1. p. 716: *"Elle admet que, dans certaines conditions, le cocontractant puísse faire valoir um véritable droit au rétablissement de cet equilibre losque certaines causes ont entrainé as rupture. Par là, la theorie du contrat administratif apparaít encore marquée d'originalité par rapport à celle des contrats civils dans laquelle, em ce qui concerne l'exécution du contrat, l'idée d'équilibre ou d'équivalence des prestations ne se traduit guére que sons la forme de l'exeption d'inexeécution."*

[34] Ibid., p. 717: *"L'équilibre financier est seulement le rapport approximatif, l'<équivalence honnête> entre charges et advantages, que le cocontractant a pris en considerátion, < comme um calcul>, au moment de la conclusion du contrat et qui l'ont determine à traiter. C'est lorsque cette balance raisonnable est rompue qu'il peut apparâitre equitable de la rétablir parce qu'elle avait été prise en consideration comme un element determinant du contrat."*

[35] WALINE, Marcel. **Droit administratif.** 9. éd. Paris: Sirey, 1963. p. 574.

[36] Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial n. 191.532 SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

[37] "Art. 37- [...] XXI – ressalvados os caos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifo nosso).

O equilíbrio econômico-financeiro não se confunde, ainda, com o instituto do reajuste do preço, que é a atualização do preço com base nos índices que reflitam a variação do custo do contrato. Aquele é recomposição do preço, restaurando o equilíbrio inicial estabelecido contratualmente entre as partes contratantes.

É econômico para assegurar rentabilidade ao contratado e financeiro, para que seja respeitado o fluxo de caixa previsto contratualmente, ou seja, a relação entre entradas e saídas de recursos acertadas inicialmente. É a manutenção da relação encargo-remuneração.

Os doutrinadores falam em dois tipos de revisão da tarifa: uma que é periódica e está prevista no contrato, ou seja, o reajuste contratual e, outra que independe de previsão, originando-se da alteração unilateral do contrato encetada pela Administração, dada a sua posição de supremacia frente ao particular com a presença de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. Neste caso, vislumbra-se a recomposição de preços, com a finalidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O cerne da discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro está, assim, na presença de um risco (álea) propriamente dito, ou seja, fatos imprevisíveis, quer sejam decorrentes de uma medida administrativa, "fato do príncipe" [38] ou "fato da Administração" [39], quer sejam decorrentes de caso fortuito ou força maior, abrindo a possibilidade para a revisão da tarifa.

Exemplo seria o aumento ou diminuição dos encargos tributários ou legais suportados pelo concessionário ocorridos após a apresentação da proposta, o que configura um "fato do príncipe", exceto no caso de ser este um imposto sobre a renda, garantindo a recomposição do

[38] Supremo Tribunal Federal, "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.304/02 do Estado do Espírito Santo. Exclusão das motocicletas da relação de veículos sujeitos ao pagamento de pedágio. Concessão de desconto, aos estudantes, de cinqüenta por cento sobre o valor do pedágio. Lei de iniciativa parlamentar. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela Administração. Violação. Princípio da harmonia entre os poderes. Afronta. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente." Ação Direta de Inconstitucionalidade, Processo: 2733, Relator Eros Grau, Brasília/DF, Diário de Justiça, 03.02.2006, p. 280.

[39] Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma, "Administrativo – Contrato Administrativo para execução de obra – Paralisação temporária por interesse da Administração – Previsão contratual – Arts. 65 e 78 da Lei 8.666/93 – Ressarcimento dos prejuízos – Violação do art. 535 do CPC: Inexistência. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal, ainda que implicitamente, examina a tese em torno dos dispositivos tidos por violados. 2. Persiste o dever de indenizar os prejuízos causados em decorrência de interrupção temporária de obra pública, por iniciativa da Administração. 3. Embora legítima a interrupção contratual, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo particular em decorrência da paralisação, para resguardar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 4. Recurso especial provido em parte." Recurso Especial 734696, Relatora Eliana Calmon, Data da decisão: 16.10.2007, Diário de Justiça do Estado, 07.04.2009, p. 157.

equilíbrio econômico-financeiro ao contratado.

Para a doutrina tradicional brasileira, o equilíbrio econômico-financeiro e o sistema de distribuição de riscos contratuais estão estreitamente ligados à garantia de manutenção das condições da proposta inicial, conforme, de resto, está disposto na Constituição Federal e na Lei de Concessões de Serviços Públicos [40].

Como defensor dessa corrente, podem ser citadas as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello [41] que preceitua:

> Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção 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 resgate. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público quer 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 sobrevinda 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 obras e serviços (tanto como compras e alienações) serão contratados 'com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta'.
>
> [...]
>
> Anote-se que o art. 10 da Lei 8.987 estabelece que sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. A dicção deste artigo há de ser recebida cum grano salis, para que não seja havido como inconstitucional.
>
> [...]
>
> O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato.

[40] Lei n. 8.987/1995, art. 10.

[41] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 729-731.

O que se pode notar é que, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, deve-se atender às condições do contrato de concessão, valendo o sistema de distribuição de riscos previstos inicialmente no contrato [42], o que afasta a possibilidade de conferir flexibilidade na distribuição de riscos entre poder contratado e Poder Público [43].

Segundo a Lei de Licitações, que prevê uma maior flexibilidade na distribuição de riscos, está prevista, ainda, a possibilidade de alteração contratual, por acordo das partes, visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, caso sobrevenham fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas que tragam consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, configurando, assim, álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Segundo essa concepção tradicional, cabem ao contratado as áleas ordinárias e ao Poder Público as extraordinárias.

Maria Sylvia [44] assevera sobre a questão:

> Na realidade tem-se que conciliar duas idéias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar. A maneira de conciliar essas duas idéias é pela consideração de que as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na idéia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei 8.987). As áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão.

De se notar que se o fato que deve ensejar o reequilíbrio tem que ser extracontratual, defende uma nova corrente doutrinária que vem ganhando peso, que:

---

[42] Lei n. 8.987/1995, art. 10.
[43] Lei n. 8.666/1993, art. 65.
[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 115.

> [...] então, não haveria dúvidas de que, contratualmente, se poderia estabelecer a distribuição de riscos que se entender mais eficiente. Ou seja, deveria ser possível dispor contratualmente sobre quaisquer riscos. Não há, a rigor, na lei 8.666/1993, ou em qualquer outro diploma legal, distribuição de riscos preestabelecida, exceto pelas hipóteses taxativas do art. 65. [45]

Os defensores desta tese, assim o fazem sob o argumento de que a distribuição de riscos é questão de eficiência econômica e não de juízo de valor que justifique seja previamente definida em lei e a reforçam sob o argumento de que mesmo na forma como estabelecida na Lei de Licitações [46], há uma "possibilidade" de recomposição do equilíbrio, mas não uma obrigação do Poder Público neste sentido.

No caso das concessões, defendem os partidários desta tese, se nem mesmo se aplica o dispositivo da Lei de Licitações sobre a questão, "[...] a distribuição de riscos e as hipóteses ensejadoras de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependem exclusivamente das disposições contratuais." [47]

Dúvida não há, entretanto, seja para a corrente doutrinária tradicional representada por Celso A. Bandeira de Mello, Maria Sylvia Z. Di Pietro, Edmir N. de Araújo, entre outros, e que defende a relação direta entre alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro; seja para a corrente moderna, aqui personificada nos estudos de Maurício R. Portugal e Lucas N. Prado, que desvincula estes dois institutos, não estabelecendo uma relação direta entre eles, que o equilíbrio econômico-financeiro contratual é uma garantia do parceiro privado e na medida em que estabelecido contratualmente, ganha o atributo da intangibilidade.

2.1.2.1 Intangibilidade da equação econômico-financeira

O "equilíbrio contratual não pode ser desvirtuado", no dizer de Edmir Netto de Araújo [48], fazendo uníssono com a maioria esmagadora da doutrina que defende a intangibilidade da equação econômico-financeira.

---

[45] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 45.
[46] Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 65.
[47] RIBEIRO; PRADO, op. cit., p. 46.
[48] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 622.

Ou seja, o âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro abrange as alterações unilaterais do contrato pela Administração Pública, o fato do príncipe, a teoria da imprevisão e, também, o fato da Administração, entendido este como os agravos resultantes de violação contratual pela Administração Pública.

Gaspar Ariño Ortiz [49] assevera que, tal como tem sido elaborado pela jurisprudência do Conselho de Estado e entendido pela grande maioria da doutrina, o principio do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo é prerrogativa de que goza a Administração com finalidade de serventia pública, sobressaindo das variações unilaterais que ela introduza nos contratos.

Abrange, ainda, o manto da intangibilidade desta equação, o dever de atuação de boa-fé de ambas as partes contratantes, conforme ressalta o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello [50].

Juarez Freitas [51] ao comentar sobre as funções da regulação nas PPPs, muito bem lembra que:

> [...] a regulação das parcerias público-privadas deve alcançar o equilíbrio proporcional entre retornos econômicos e sociais, fazendo **salvaguarda fundamental à intangibilidade da equação econômico-financeira**, bem como a justa partilha dos ganhos e benefícios não apenas como parceiro público, mas com o usuário. A este deve ser assegurado o direito fundamental à fruição acessível e universalizada de serviço público de qualidade, nada importando a priori quem é o executor.

Segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello [52]:

> No Brasil, a aléa ordinária, ou seja, o único risco que o concessionário deve suportar sozinho, cinge-se aos casos em que o concessionário haja atuado canhestramente, procedendo com ineficiência ou imperícia. Isto porque o art. 167 da Carta Constitucional do país estatui que a lei disporá sobre o regime das

---

[49] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoria del equivalente econômico em los contratos administrativos**. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1968. p. 211: *"[...] tal como há sido elaborado por la jurisprudencia del Conseil d'Etat y entendido por la gran mayoria de la doctrina, el principio de la ecuación financeira del contrato administrativo, in favor publicae utilitatis de que goza la Administración, por tanto, solamente cabe predicarlo – stricto sensu y com plenitud de efectos – de las variaciones unilaterais que la Administración introduzca em los contratos."*

[50] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 247.

[51] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 714. (grifo nosso).

[52] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 47-48.

> concessionárias de serviços púbicos federais, estaduais e municipais, assegurando, entre outros, 'tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento, a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior'. Ora, desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a justa remuneração do capital, impõe a garantia do equilíbrio econômico-financeiro e requer a revisão periódica de tarifas, está visto que sempre que ocorrer desequilíbrio da equação patrimonial mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais decorrentes de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido – o Poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mais ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras, a Lei Magna impõe imediatamente adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de uma margem fixa de lucro.

Para Roberto Dromi [53], verificado um desequilíbrio no contrato, seja por razões imputáveis diretas ou indiretamente à Administração, seja por razões alheias à vontade desta o reequilíbrio deve ser buscado.

Vê-se, assim, que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um "[...] postulado de interesse público, consistente em assegurar a prestação adequada e eficiente do serviço público" [54] e é, ao mesmo tempo, a defesa do público e dos investidores.

Embora não mencione expressamente, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser observado nas parcerias público-privadas, seja nas concessões patrocinadas em decorrência "[...] da aplicação subsidiária da Lei n. 8.987/95, em especial, artigos 9º e 10º, seja nas concessões administrativas como resultado da aplicação dos princípios como os da equidade, razoabilidade, continuidade, indisponibilidade do interesse público" e do que dispõe o art. 5º, inciso III e IV, desta última lei.

---

[53] DROMI, José Roberto. **Licitación pública**. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1995. p. 518-519: *"En tales situaciones, el contatista tendrá el derecho primordial y básico a que dicho equilíbrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación financera del contrato. Así, se ha admitido la modificación de cláusulas de mayores costos frente a circunstancias sobrevinientes o imprevistas al contratar, entendiendo que con ello no se violaba la igualdad del procedimiento, en tantono se acordabaun benefício gracioso, sino que era el resultado de la aplicación de los princípios jurídicos y de disposiciones legales pertinentes frente a tales circunstancias....El fundamento jurídico de este derecho está em el principio de justicia comutativa, que supone uma igualdad o equilíbrio entre los derechos y obligaciones del particular y los de la Administración; uma equivalencia por la que no podrá sacrificar el interes particular en aras del interes público sin que aquél haya sido previamente resarcido (art. 17, Const. Nacional)."*

[54] TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 213.

2.1.2.2 Teoria da imprevisão e a cláusula "rebus sic stantibus"

A teoria da imprevisão, construída pelo Conselho de Estado francês, nada mais é, conforme ensina Maria Sylvia [55], do que a aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*.

A origem exata da cláusula *rebus sic stantibus* não é conhecida, mas os autores concordam que o seu surgimento remonta à Idade Média, afirmando Oswaldo Antônio Bandeira de Mello [56] a respeito:

> São os doutores da Igreja, com Santo Tomás à frente, seus inspiradores, e com larga aplicação na Idade Média, pelos pós-glosadores. Aliás, a expressão rebus sic stantibus foi consagrada na fórmula dos canonistas, então muito divulgada: "Os contratos que têm prolongamento sucessivo e que dependem do futuro são entendidos como se tudo permanecer como no início". Essa cláusula se afirmou definitivamente com Aliciato, no início do século XVI.

A cláusula em comento chegou a desaparecer no século XVIII, em decorrência do individualismo latente da época, tendo ressurgido nos idos da I Guerra Mundial, época de grandes desequilíbrios sociais, políticos e econômicos, que exigiram uma mitigação da rígida imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), passando a ser uma cláusula implícita em todo contrato de trato sucessivo, nos quais há a real possibilidade de alterações do estado de fato das coisas em relação à forma como existentes no momento da celebração da avença.

Analisando esse contexto, Celso Antônio [57] afirma:

> A instabilidade, a mutação profunda das condições econômicas, em antítese com o momento histórico precedente, não mais se compatibilizaram com o rigor formalístico prestigiado na concepção napoleônica. Com efeito, a idéia de imutabilidade do pactuado só é convivente com períodos de grande estabilidade. Fora daí, longe de servir à disciplina de relações sociais – como pretende o Direito - , só pode gerar empeço ao eficiente desenvolvimento delas.

E Osvaldo A. Bandeira de Mello[58] ensina que embora inexista:

---

[55] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267.
[56] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. p. 80.
[57] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 641.
[58] MELLO, O. A. B., op. ci.t, p. 83.

> [...] cláusula expressa no direito pátrio declarando que qualquer das partes poderá pleitear, em juízo, a resolução do contrato, ou a alteração da eficácia das suas cláusulas, se não houver acordo para a revisão, desde que ocorram circunstâncias supervenientes ao tempo da conclusão do contrato, e absolutamente imprevisíveis, que tragam como consequência ônus excessivo no seu cumprimento, com vantagem injustificável para a outra.

Ainda assim, o juiz pode se apoiar no preceito do art. 85 do CC para examinar os termos do contrato e as circunstâncias posteriores e aplicar a teoria da imprevisão, no exercício do seu poder de julgar com equidade. O art. 85 CC dispõe que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que no sentido literal da linguagem.

Tanto a cláusula quanto a teoria da imprevisão, que a fez ressurgir, preceituam que seria injusto para a parte prejudicada ter que arcar sozinha com as onerosas e imprevisíveis alterações havidas posteriormente à celebração.

Neste sentido, Celso A. Bandeira de Mello [59] ensina:

> De acordo com a cláusula, as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer.

A teoria da imprevisão tem lugar diante de um "[...] acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado" [60], acontecimento este que configura uma álea econômica.

Como antes mencionado neste trabalho, diante de um desequilíbrio causado por uma álea ou risco ao contrato, tem lugar o instituto do equilíbrio econômico-financeiro.

O *pacta sunt servanda* aplicável e característico dos contratos de direito civil, cede lugar, nos contratos administrativos, à cláusula *rebus sic stantibus* trazida pela teoria da imprevisão.

Para Lúcia Valle Figueiredo, isto ocorre devido à possibilidade de instabilização da relação contratual pela Administração contratante:

---

[59] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 640.

[60] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267.

> De qualquer forma, o "pacta sunt servanda" é traço diferenciador de extrema importância nos contratos privados. Contrariamente, nos contratos de Direito Público, vige, como já referimos, a cláusula "rebus sic stantibus". Deve ser assim por força de a Administração poder instabilizá-los. [61]

Para os demais doutrinadores são requisitos do fato apto a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão: imprevisibilidade quanto à ocorrência e quanto às conseqüências; ser estranho à vontade das partes; inevitabilidade e, causar grande desequilíbrio no contrato [62].

A teoria da imprevisão terá lugar, assim, diante da ocorrência de um fato imprevisível, não desejado pelas partes, inevitável e que, consequentemente, cause um grande desequilíbrio contratual.

2.1.2.3 Fato do príncipe e fato da administração

Dentre as áleas capazes de causar alterações das condições contratuais a ensejarem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro encontram-se as denominadas áleas administrativas, o fato do príncipe e o fato da administração.

Celso Antônio considera o fato do príncipe uma álea administrativa em que o "Poder Público, no uso de prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante, adota medidas que desbalanceiam o equilíbrio contratual originalmente estipulado." [63]

> De acordo com o fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário. [64]

---

[61] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 331.

[62] Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, "Administrativo. Contrato. Equilíbrio econômico-financeiro. Aumento salarial. Dissídio Coletivo. Aplicação da Teoria da Imprevisão. Impossibilidade. 1. O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental provido." Agravo Regimental no Recurso Especial 417989, Relator Herman Benajamin, Data da decisão: 05.03.2009, Diário de Justiça do Estado, 24.03.2009, p. 234.

[63] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 628.

[64] Ibid., p. 727.

Maria Sylvia [65], remetendo-nos ao direito francês, ensina sobre o instituto do fato o príncipe no direito brasileiro:

> No direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro , enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do art. 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas "as condições efetivas da proposta". Além disso, a mesma idéia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos.

Entretanto, ressalta a doutrinadora, a disparidade dos efeitos do instituto para o contrato de concessão celebrado via PPP:

> Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), regidos pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, adota-se solução diversa, uma vez que é prevista a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art.5º, III). [66]

Embora sejam possíveis e legais as alterações unilaterais do contrato administrativo feitas pela Administração Pública, lembra a autora referida que há limites para tais alterações, qualitativos decorrentes da "melhor adequação às finalidades de interesse público" e do "restabelecimento, por aditamento, do equilíbrio econômico-financeiro" e limites quantitativos. [67]

É fácil, assim, aferir que o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos é essencialmente dinâmico e não estático como nos contratos de direito privado.

O fato do príncipe é tomado como "medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado" [68] e somente se aplica, no Brasil, em razão do regime

---

[65] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 262.
[66] Ibid., p. 263.
[67] Lei n. 8.666/1993, art. 65, §§ 1º e 4º.
[68] DI PIETRO, op. cit., p. 264.

federativo, sendo a autoridade responsável pelo fato do príncipe da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estado, Município); se for de outra esfera, aplicar-se-á a teoria da imprevisão [69].

O Fato da Administração, por sua vez "[...] compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico." [70]

Verifica-se que, o fato do príncipe decorre de ordem ou ato geral da Administração como um todo, enquanto Poder Público, mas que advenha de autoridade da mesma esfera do ente administrativo contratante, no entanto, sem relação direta com a qualidade de contratante; já o fato da Administração decorre de atos ou ordens específicos tomados por este ente enquanto parte contratante em dado contrato administrativo, capazes de ensejar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado.

2.2 O estado contratual e a nova forma de contratualização administrativa: parceria público-privada

No Brasil, as Parcerias Público-Privadas, inseriram duas novas modalidades de concessão administrativa (sentido amplo) no cenário jurídico, a concessão administrativa (sentido estrito) e a concessão patrocinada [71].

Dentro do amplo tema das privatizações ou, ainda, da desestatização, na busca pelo suprimento da ineficiência estatal para fazer frente à plena realização do interesse público, iniciada nos idos de 1995, com a Lei das Concessões de Serviços Públicos e, recentemente incrementada, as Parcerias Público-Privadas despontam como uma "nova forma de contratualização administrativa".

A Parceria Público-Privada cuja versão inspiradora no direito alienígena é a denominada *private finance initiative* (PFI), foi criada em 1992, na era Thatcher, com a

---

[69] Lei nº 8.666/1993, art. 65, inc. II, alínea "d" (c/ redação da lei nº 8.883/1994) e Lei nº 11.079/04, art. 5º, inc. III.
[70] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 265.
[71] Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

finalidade de incrementar a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, sendo este o mister primevo do instituto no Brasil, além da deliberada intenção de suprir a insuficiência de recursos estatais para uma mais satisfatória prestação de serviços públicos e/ou realização de obras públicas, nos quais a simples contraprestação pelo usuário é insuficiente para atrair investimentos privados. [72]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro [73], acrescenta que o objetivo de atrair o particular para realizar obras para as quais a Administração não dispõe de recursos, mas prestando-lhe pesadas garantias, constitui verdadeiro paradoxo, pois se não possui recursos para a obra, certamente não os possuirá para garantir o parceiro privado.

E, ainda, assegura a autora, que o objetivo não dissimulado das Parcerias Público-Privadas de transferir à iniciativa privada grande parte das funções do Estado deságua, certamente, na tentativa de fuga do direito administrativo, ou como preferem outros doutrinadores de ponta, incide na "nova contratualização administrativa" que pressupõe a "[...] possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje, largamente utilizado no transcurso das relações contratuais." [74]

Mas falar-se em uma "nova contratualização administrativa", com a conseqüente derrogação (ainda que parcial) de prerrogativas da Administração Pública que historicamente lhe foram conferidas para garantia e defesa do interesse público, e de uma maior paridade entre parceiros público e privado, como intenta a Lei das Parcerias Público-Privadas [75], poderia soar temerário, para não dizer usurpador, o que levou José Carlos Oliveira [76] a afirmar:

> [...] um dos motivos que pesou no fracasso das concessões de serviços públicos no Brasil, foi a ineficiência dos órgãos fiscalizadores. Nesta volta da gestão privada de serviços públicos, o poder de intervir deve ser exercido de forma rígida, para afastar a possibilidade do desprezo pelo fim público, que caracteriza quase sempre a atuação do concessionário privado.

Embora sejam nada mais que contratos administrativos de concessão de serviços e/ou obras públicas, não residindo aí qualquer inovação, as Parcerias Público-Privadas trazem para

---

[72] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 26-29.

[73] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 159.

[74] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 584.

[75] Lei n. 11.079/2004.

o direito administrativo brasileiro a tendência mundial de uma maior paridade entre o âmbito público e o privado na contratação, com a possibilidade de novas formas de garantia a serem prestadas pelo parceiro público ao privado e aos financiadores do projeto.

Enquanto contratos administrativos de concessão de serviços e/ou obras públicas, as Parcerias Público-Privadas inserem-se no regime jurídico administrativo, ou seja, integram o Direito Público, e que tem como "fonte-matriz", os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello [77].

No entanto, as Parcerias Público-Privadas diferem do tradicional sistema de concessões e contextualizam com essa forma de contratualização administrativa, caracterizada por uma proximidade maior entre o regime de direito público e o regime de direito privado. Dentre outros aspectos diferenciais e que marcam essa nova fase, podem ser citados o modo de divisão de riscos e oferecimento de garantias entre parceiros públicos e privados, sem que haja, com isso, a desnaturação de sua natureza de contrato administrativo.

O atendimento do interesse público continua sendo a nota maior nessa forma de contratação.

2.2.1 Maior paridade entre o parceiro público e o privado

A PPP é uma figura contratual introduzida recentemente no cenário jurídico do Brasil a ser utilizada pela Administração Pública no campo negocial. É uma forma de concessão de serviços públicos, mas diversa da figura tradicional instituída pela legislação de licitação e de concessões de serviços públicos.

E é diversa, pois criada para suprir a escassez de recursos orçamentários para as necessárias obras de infra-estrutura em várias áreas de desenvolvimento, as quais, não são, adequada e eficientemente, supridas através da forma tradicional de concessão.

[76] OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997. p. 23.
[77] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

Podem ser entendidas as PPPs como:

> [...] parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado, com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-estrutura habitualmente prestados através de mecanismos tradicionais como os contratos públicos. [78]

E, acrescente-se, que não são adequada e eficientemente concebidos por estes últimos, dadas as limitações impostas por este tipo de contratação nem tanto atrativas para a iniciativa privada.

Assim foram concebidas as PPPs, abrandando-se a presença das chamadas cláusulas exorbitantes com vistas à "[...] ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento da (imanente) bilateralidade desse negócio jurídico." [79]

São características dessa nova forma de contratualização de que é exemplo a PPP[80]: maior privilégio para o diálogo entre o parceiro público e o privado; maior atenção e muita transparência nas negociações preliminares ao ajuste; abertura de espaço para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando ao balanceamento dos interesses envolvidos; diminuição da imposição unilateral de cláusulas por parte do parceiro público e maior interação entre os parceiros e, instituição de uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao privado, com a repartição de riscos e atribuição de garantias tradicionalmente não usuais a esse último.

Nos contratos de concessão instituídos através das PPPs, as partes gozam de uma maior paridade, pois o equilíbrio entre suas prerrogativas e encargos é bem menos tênue do que outrora se vislumbrava nas concessões tradicionais.

Marçal Justen Filho [81] defende, diversamente, que com a instituição das PPPs o aspecto da democratização do relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada ficou

---

[78] CORINNE, Namblard. **Para um enfoque pragmático da parceria público-privada** apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 110.

[79] OLIVEIRA, op. cit., p. 112.

[80] Ibid. p. 113-114.

[81] JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as Lições do Passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

perdido e subestimado. E assenta:

> Um aspecto fundamental do instituto da Parceria Público-Privada ficou perdido e subestimado na Lei 11.079/2004. Trata-se da redução do nível de autoritarismo no exercício do poder político. A utilização da expressão "parceria" indica a ampliação da conscientização e da busca de soluções desenvolvidas em níveis de coordenação pelas partes. Ou seja, a reserva de competências unilaterais autoritárias destrói a idéia de parceria público-privada. A PPP representa, por isso, a disposição do Estado de atuar de modo associativo com a iniciativa privada. Isso não equivale a negar a competência estatal para proteger o chamado interesse público". Nem é incompatível com a dita "indisponibilidade do interesse público". O que se afirma é a necessidade de contratações estáveis, em que as regras estejam previamente definidas e as alterações e inovações não se subordinem à "prepotência" governamental.

Ainda que o novo instituto não se revista de uma total transmutação do regime jurídico administrativo, não se pode olvidar que traz inovações e alterações na forma de celebração de um contrato administrativo, seja com o abrandamento das cláusulas exorbitantes que nele possam vir constar, seja na forma diversa de divisão de riscos dos tradicionais contratos de concessão.

As PPPs continuam assegurando à Administração o exercício de poderes unilaterais, mas esse exercício passa a ser limitado na sua medida, extensão e intensidade, inserindo esse instituto, definitivamente, como um marco de uma nova forma de contratualização administrativa que não suplanta ou prescinde do regime jurídico administrativo e dos seus princípios basilares, apenas os faz incidir de forma menos desproporcional.

2.2.2 Conceito de parceria público-privada

Apresentada toda essa atmosfera de inovação e diversidade em sua forma de contratação, é cediço concluir que a PPP é um contrato administrativo de concessão que tem como objeto a realização de um serviço público por um parceiro privado, mediante o auferimento de lucro por este em sua realização.

Maria Sylvia Zanella de Pietro [82] denomina esse tipo de serviço de "serviço público comercial ou industrial", ou seja, "[...] aquele que a Administração Pública executa, direta ou

[82] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.102.

indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica."

Carlos Ari Sundfeld [83] explica que:

> Em sentido amplo, parcerias público-privadas são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividade de algum coeficiente de interesse geral.

O autor acrescenta que, em sentido estrito, as PPPs "[...] são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definiu a Lei Federal 11.079/2004." [84]

A parceria público-privada é definida na legislação como "[...] o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa" [85] e, de acordo com Marçal Justen Filho [86] é o:

> [...] contrato organizacional de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar um serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

Paulo Modesto [87] afirma que a parceria público-privada:

> [...] trata-se de contrato de direito público, de longo prazo e caráter extraordinário, somente aplicável a ajustes de grande vulto, cujo valor seja equivalente ou exceda a R$ 20 milhões, possua prazo de vigência igual ou superior a 5 anos (mas não excedente a 35 anos) e envolva compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, inclusive no tocante à cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Chamam atenção nessa assertiva o longo prazo de duração, a vultuosidade dos investimentos e o necessário compartilhamento de riscos neste tipo de parceria, que somados à "garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público", conforme ressalta o conceito

---

[83] SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.
[84] Ibid., p. 22.
[85] Lei n. 11.079, de 12 de dezembro de 2004, art. 2º.
[86] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.
[87] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 474. (grifo nossos)

elaborado por Marçal Justen Filho linhas acima transcrito, traduzem o contrato de concessão nas modalidades legais.

Os estudiosos do assunto, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado [88] definem o instituto "PPP" sob vários aspectos. Um dos aspectos destacados é a infraestrutura econômica, pois nas PPPs são necessários altos investimentos em infraestrutura para a prestação do serviço, sendo que sua amortização e remuneração se fazem pela cobrança de tarifas dos usuários e alguma complementação em subsídios do Poder Público ou, ainda, pelo pagamento integral por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, defendem estes autores que a transferência conjunta para o parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos incentiva o aumento da eficiência, tendo em vista que o parceiro privado deverá avaliar se o melhor será investir mais na construção e menos em manutenção ou o contrário e o parceiro público poderá focar mais a fiscalização e resultados finais.

Outra conceituação dada pelos dois estudiosos acima citados parte da inserção das PPPs no histórico das concessões de serviços públicos, surgindo aquele instituto na última fase, a qual teria se iniciado com a aprovação da Lei de Concessões de Serviços Públicos, sendo esta fase marcada pela intervenção direta do Estado na economia e tendo como principais objetivos entre outros:

> [...] reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração pela iniciativa privada, permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não geram retornos suficientes para interessar à iniciativa privada e na regulação e fiscalização de serviços públicos cuja exploração se tenha transferido para a iniciativa privada. Além disso, buscou-se utilizar os recursos obtidos com a alienação das estatais e outros bens públicos para abatimento da dívida pública. E por fim, pretendeu-se beneficiar a sociedade e o Estado com o aumento de eficiência trazida pela gestão privada dos serviços. [89]

Assim, inseridas no amplo tema das concessões de serviços públicos, as Parcerias Público-Privadas trazem duas novas e específicas modalidades de concessão, quais sejam, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, sendo que naquela além da remuneração do parceiro privado por meio de tarifas, há contraprestação do Poder Público e nesta há

---

[88] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 32-36.

[89] Ibid., p. 38.

apenas contraprestação do Poder Público, uma vez ser este o usuário direto dos serviços contratados, acrescente-se, ainda, a "garantia especial e reforçada pelo Poder Público", conforme explanado na definição acima.

José Eduardo Lopes Queiroz e José Eduardo de Alvarenga [90] [91] enumeram os princípios regentes das Parcerias Público-Privadas, além dos já existentes para o direito administrativo, quais sejam:

> Respeito aos consumidores dos serviços públicos – que ocorrerá se respeitados os princípios atinentes ao serviço público. Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias – observância estrita à Lei Complementar 101/2000. Transparência dos procedimentos e decisões podem ser realizadas audiências públicas para uma melhor regulação. Socialização dos riscos – consiste na repartição dos riscos entre os parceiros públicos e privados. Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos se os projetos permitirem essa sustentabilidade financeira, já estarão de bom tamanho.

A PPP é, sobretudo, um instrumento para auxiliar o Poder Público a efetivar o desenvolvimento nos setores de infra-estrutura, mas certamente não é o único e nem tampouco será capaz de, isoladamente, suprir a enorme carência nesta área existente no país.

2.2.2.1 Parcerias público-privadas no direito brasileiro: modalidades

Assim, com a finalidade de complementar a legislação já existente no Brasil acerca das concessões de serviços públicos, foi editada a Lei 11.079/04 para suprir a insuficiência normativa (ou até a proibição legal) para celebração de contratos específicos.

Conforme mencionamos anteriormente, as Parcerias Público-Privadas constituem

---

[90] QUEIROZ, José Eduardo Lopes. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1. p. 673-674.

[91] Lei Federal n. 11.079/2004, art. 4º: "[...] na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I- eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II- respeito aos direitos e interesses dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; III- indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV- responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V- transparência dos procedimentos e das decisões; VI- repartição objetiva de riscos entre as partes; VII- sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria."

apenas uma das formas de parceria entre o setor público e o privado, sendo então definida como uma parceria em sentido estrito, com especificidades que as diferenciam das tradicionais concessões de serviços públicos.

O instituto das PPP, nada complexo à primeira vista, traz nas entrelinhas e na sua aplicação intrincadas questões, algumas já bastante discutidas, mas não superadas até o momento, sobretudo a discussão acerca da constitucionalidade da previsão de "vinculação de receitas" para garantia do parceiro privado em detrimento do mandamento constitucional que veda a vinculação de receitas [92].

E, em razão de ser norma geral federal, vários Estados e alguns Municípios, até mesmo antes de sua edição, haviam previsto as parcerias público-privadas nos seus âmbitos legislativos, ressaltando que tais leis devem ater-se às disposições gerais da Lei das PPP [93]. Dentre esses Estados, podem ser citados Minas Gerais [94], São Paulo [95], e Santa Catarina [96].

Conforme mencionamos anteriormente, as duas modalidades de Parceria Público-Privada instituídas pela legislação são: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

2.2.2.1.1 Concessão patrocinada

A modalidade de PPP denominada "concessão patrocinada" é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas anteriormente previstas pela Lei 8.987/1995, mas que envolve, além das tarifas cobradas dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

A concessão patrocinada, que alguns, como Juarez Freitas, defendem que deveria denominar-se "concessão subvencionada", nada mais é que "[...] uma concessão, vale dizer, uma delegação, por risco e conta, com a contraprestação adicional que a viabiliza e a faz sustentável" [97], destinada a assegurar a modicidade de tarifas e sem afastar a possibilidade de

[92] Constituição Federal de 1988, art. 167, IV.
[93] Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.
[94] Lei n. 14.868/03.
[95] Lei n. 11.688/04.
[96] Lei n. 12.930/04.
[97] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 686.

receitas alternativas.

É bom lembrar que no caso de um contrato de concessão patrocinada, dependerão de autorização legislativa específica os contratos em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado correm por conta da Administração Pública, sendo que o contrário é permitido e desejado, ou seja, que a subvenção devida seja a menor possível, atendendo-se o princípio da economicidade [98].

Visando o atendimento a este princípio da economicidade e ao da supremacia do interesse público, Juarez Freitas assevera que será sempre preferível a celebração de um contrato de concessão tradicional em que os ajustes ficam a cargo do usuário final e, eventualmente, receitas alternativas não-públicas a uma concessão patrocinada ou "subvencionada", que envolve a contraprestação pública além das tarifas e de eventuais receitas alternativas e, esta será sempre preferível a uma concessão administrativa em que a remuneração fica ao encargo exclusivo do Poder Público. [99]

2.2.2.1.2 Concessão administrativa

Deixando-se de lado as críticas dos autores sobre o equívoco da nomenclatura adotada pelo legislador pátrio ao nominar esta modalidade de PPP de "concessão administrativa", uma vez que todo contrato de concessão é administrativo e ainda por não se tratar esta modalidade de um contrato de concessão propriamente dito, mas de uma prestação de serviço público, veremos a seguir a sua definição.

Na modalidade de PPP denominada concessão administrativa, a lei regulamentou um contrato de prestação de serviço em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, mesmo que haja execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Este tipo de contrato permite que a Administração se associe ao particular na geração de recursos, injetando dinheiro ou bens públicos, não atuando apenas como usuária, locatária

[98] Lei n. 11.079/2004, art. 10.
[99] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 687.

ou compradora, por exemplo, na construção de um presídio, é o que ensinam José Eduardo Lopes Queiroz e José Eduardo de Alvarenga [100] e afirmam:

> Na verdade, concessões administrativas nada mais são que pura prestação de serviços à Administração Pública. Note-se que é da natureza das concessões que se estabeleça uma relação jurídica triangular, entre a Administração, o concessionário e os usuários dos serviços, que são terceiros com relação aos outros dois. No modelo inaugurado cria-se uma insólita concessão em que as três partes são duas: A Administração e o concessionário.

Pode-se afirmar-se, assim, ainda em conformidade com os dois autores acima citados que a expressão "serviço público" nesta modalidade de concessão não tem limites. Pode haver uma delegação total ou parcial da prestação ou exploração do serviço, a execução de atividade ou de obra de competência da Administração, ou, ainda, a execução de obra para alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública.

2.2.2.2 As parcerias público-privadas nas leis estaduais

A Lei Federal das PPPs é norma geral, sendo que os Estados podem criar normas suplementares que não contrariem a norma federal.

O curioso é que no Brasil, dada a competência constitucional atribuída aos Estados pelo art. 24, parágrafo 3º, da Constituição Federal, de editarem plenamente normas adstritas à competência concorrente com a União, desde que esta se mantenha inerte, levou vários Estados a editarem a sua própria lei de PPP antes mesmo da edição da legislação federal correlata.

A restrição a esta competência constitucional concorrente é que sobrevindo legislação federal sobre o tema, a legislação estadual a ela deve adequar-se, sendo revogadas as normas que com aquela conflitem.

No caso das PPPs, há que se lembrar, ainda, que, mesmo antes da edição da lei instituidora das parcerias público-privadas, a competência dos Estados para legislar sobre essa específica forma de contratação com o Poder Público, encontrava-se delimitada pelas normas

[100] QUEIROZ, José Eduardo Lopes. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 645.

gerais sobre licitações, contratos, orçamento, direito financeiro, concessões e permissões de serviços públicos.

Os Estados que assim procederam foram Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Goiás e Rio Grande do Sul.[101]

E, de fato, há várias incompatibilidades e algumas inadequações entre lei federal e as citadas leis que regulamentam as PPPs no âmbito estadual, como ocorre com aquelas que prevêem a "execução de obra para a Administração Pública" ou a "execução de obra para alienação, locação ou arrendamento à administração pública", a exemplo da lei de Santa Catarina e a "implantação de infraestrutura pública", a exemplo das leis de São Paulo e de Goiás, uma vez haver dispositivo expresso na norma geral vedando a celebração de parceria público-privada com esses objetos.[102]

A lei mineira, por exemplo, prevê prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) meses para o parceiro privado manter e explorar a obra pública, o que contraria a norma geral, estando suspensa a eficácia daquele dispositivo e, sobre este ponto, defendem os articulistas César A. Guimarães Pereira, André Guskow Cardoso e Rafael Wallbach Schwind [103]:

> No caso das normas estaduais incompatíveis com essa previsão da Lei 11.079/2004, poderão ser invalidadas as licitações eventualmente em curso, que não poderão prosseguir por falta de fundamento legal válido (o qual, aliás, já seria duvidoso mesmo sem a edição da lei federal nesses termos).

As incompatibilidades são diversas, entretanto, por não ser objeto deste trabalho o tema não será alongado. Apenas consignamos, na esteira dos articulistas acima citados, que é necessário preservar a efetividade da legislação estadual, interpretando-a de modo adequado a compatibilizá-la com a norma geral. Afirmam eles:

> Em função disso, deve-se afastar eventual entendimento de que toda e qualquer divergência existente entre dispositivos federais e locais acarretaria a suspensão da eficácia destas últimas. Antes de mais nada, é necessário conjugar a previsão estadual com a legislação federal aplicável. Nos casos em que as divergências puderem ser compatibilizadas, preserva-se a eficácia

---

[101] Respectivamente; Lei 14.868, de 16.12.2003; Lei 12.930, de 04.02.2004 (regulamentada pelo Decreto 1.932, de 14.06.2004); Lei 11.688, de 19.05.2004 (regulamentada pelo Decreto 48.867, de 10.08.2004); Lei 14.910, em 11.08.2004 e Lei 12.234, de 13.01.2005.

[102] Lei n. 11.079/2004, art. 2º, § 4º.

[103] PEREIRA, César A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SHWIND, Rafael Wallbach. As Leis Estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 129.

> da norma estadual. Já no caso em que a norma estadual for absolutamente incompatível, sua eficácia ficará suspensa em face da norma geral federal. Trata-se da aplicação do princípio federativo. [104]

E o princípio federativo ao distribuir competências e reservar à União o poder de editar normas gerais, não retira dos Estados o poder legiferante, mas, ao contrário, atribui uma parcela deste a cada ente federado.

2.3 Algumas experiências estrangeiras

Em outros países, as parcerias entre o setor público e o privado conjugando a viabilização de projetos de interesse público com a eficiência do setor privado é bastante profícuo e ocorre das mais variadas formas, podendo se dizer que a modelagem básica e estrutural das PPPs surgiu na Inglaterra, onde são denominadas *Private Finance Inicitiave* (PFI).

Nas PPPs as partes envolvidas guardam uma maior expectativa de retorno favorável, uma vez que poderá haver diferente definição de obrigações e responsabilidades, a alocação de riscos poderá ser feita de forma diversa e podem haver formas de financiamento inusitados aos contratos tradicionais entre os setores público e privado.

Todo esse arcabouço diverso de formatação, diante da necessidade de resguardo do interesse público, acaba por dar ensejo a uma necessidade maior de instrumentos regulatórios estáveis e adequados, a uma adequada alocação de riscos, a possibilidade de mensuração, através do contrato, dos objetivos, critérios de avaliação e performance e a um aparato sofisticado de garantias ao capital para suportar tais exigências em um projeto de PPP, como se verifica nas diferentes experiências estrangeiras que serão abaixo analisadas.

Vários projetos em diferentes campos têm sido implementados, em diversos países através das PPPs, tais como, projetos nas áreas de saúde, educação, construção e manutenção de presídios, desenvolvimento de medicamentos, obras de infra-estrutura de energia elétrica, saneamento básico, portos, ferrovias, aeroportos, rodovias e outros.

---

[104] PEREIRA, César A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SHWIND, Rafael Wallbach. As Leis Estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

Dadas as peculiaridades econômicas, políticas e culturais de cada país, é muito difícil padronizar o estudo das PPPs, mas segundo Diogo Rosenthal Coutinho [105]:

> As PPPs são produto de construções político-institucionais variadas, e foram desenvolvidas em nível local, regional, nacional, e supranacional, como na União Européia. Têm virtudes (eficiência no gasto público, aproveitamento de expertise própria do setor privado) e defeitos (falta de legitimidade democrática, dificuldades organizacionais, problemas de coordenação, riscos sob diversas rubricas) constantemente sublinhados por seus estusiastas e críticos.

Referido autor, no entanto, relata as seguintes características genéricas bastantes comuns às diferentes experiências internacionais de PPPs [106]:

> [...] são empregadas em uma ampla gama de setores, mormente naqueles em que grande aporte de capital privado é necessário, baseadas em arranjos de longo prazo (em geral, superiores a 10 anos), capazes de transferir ao setor privado o risco do desempenho e prestação de serviços públicos e, baseadas numa lógica contratual do tipo output-based, na qual o setor público somente remunera o capital privado na medida em que os serviços são prestados, ano a ano (diferentemente da tradicional lógica input-based, na qual o governo paga seja ou não o serviço contratado efetivamente prestado) (cf. Partnerships UK, 2003).

Vistas algumas características genéricas das PPPs, passemos a um breve estudo sobre algumas peculiaridades das PPPs na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Chile. Abordaremos apenas estas três experiências internacionais, pois este não é o principal objetivo deste trabalho e dada a relevância dos modelos de PPPs instituídos nestes países.

2.3.1 Modelo inglês

Na Inglaterra, a *Private Finance Initiative* (PFI) – criada em 1992, é, antes de uma forma genérica de contratação, um programa de governo britânico que busca o incentivo à realização de obras e a gestão de serviços mediante o apoio de financiamento ou pré-financiamento privado. O contrato é apenas o instrumento desse programa.

As PFI são uma iniciativa do governo com o destino de obter financiamentos do setor

---

[105] COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.
[106] Ibid.

privado para a infra-estrutura e os serviços públicos, inseridas em um movimento de modernização e, ao mesmo tempo, de redução das despesas da Administração, desencadeado por Margareth Tatcher.

Os objetivos básicos da PFI, nas lições de Philippe Cossalter [107], são três, a saber:

> [...] aumentar a capacidade de financiamento do setor público, por meio de pagamentos vinculados ao investimento ao longo da duração da vigência do contrato; elevar a qualidade dos serviços públicos, impondo ao setor privado critérios de qualidade cujo respeito condicionará o montante dos pagamentos; diminuir a despesa pública, beneficiando-se da competência e da capacidade de inovação do setor privado e das economias realizadas pela adequação das infra-estruturas ao serviço prestado.

A PFI é instrumentalizada por um contrato, sendo este de obra e de serviços com pagamento público.

Sob o aspecto financeiro, os contratos de PFI distinguem-se em duas categorias: os *services sold to the public sector,* são os contratos pelos quais um empreendedor realiza uma prestação contra remuneração paga pela Administração e, os *financially freestanding, que* são contratos em que o empreendedor realiza uma prestação e é remunerado por um preço cobrado perante o usuário.

Em outra classificação, levando em conta o seu objeto e o destino dos bens que constituem seu objeto, os tipos de contratos de PFI são o *Build, Own, Operate and Transfer* (BOOT) ou *Design, Construct, Manage and Finance* (DCMF), se os bens destinam-se a tornar-se propriedade da Administração ao final do contrato; *Build, Own and Operate* (BOO) se os bens devem permanecer em propriedade do explorador e o *Design, Build, Finance and Operate* (DBFO), que é um contrato neutro, em que a sua denominação não depende da propriedade dos bens ao final dos contratos.

O termo geralmente utilizado para todos esses tipos é DBFO, os quais são, geralmente, do tipo *services sold to the public sector*.

No Brasil, as PPPs, em certa medida, adotam as categorias acima explanadas utilizadas no Reino Unido.

---

[107] COSSALTER, Philippe. A private finance initiative. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 426.

O Reino Unido ensina, com seus programas de PPPs, ou PFI, que é fundamental otimizar a transferência de riscos e lá, ao contrário do Brasil, evita-se conceder garantias governamentais ao parceiro privado para limitar o risco financeiro do parceiro público [108].

O que se verifica com esse programa de governo britânico denominado de PFI é que "[...] a delegação das atividades públicas não é mais um modo de gestão como qualquer outro das atividades públicas, mas o meio privilegiado pelo governo", ressalta Philippe Cossalter. [109]

Com a outorga de contratos PFI, a Administração busca as condições necessárias e suficientes para a realização da economia.

2.3.2 Modelo norte-americano

São extremamente comuns as PPPs no sistema norte-americano, onde há uma interdependência entre o Poder Público e o setor privado, ainda que este esteja representado por organizações não-lucrativas. Isto ocorre devido à existência neste país de "[...] um tipo único de Estado de Bem-Estar e economia política".[110]

Em geral, no âmbito dos serviços sociais, estão de fato presentes, em parceria com o setor público, as organizações não-lucrativas através dos "contratos de aquisição de serviços" (*purchase-of-services contracts*). Através destes contratos, o Governo remunera as organizações pela prestação de determinados serviços.

No que toca aos projetos de infra-estrutura e as espécies de PPPs adotadas pelos norte-americanos, verifica-se que eles recorrem às PPPs em razão de:

> [...] redução de custos, ausência de mão-de-obra especializada no setor público e expertise no setor privado, falta de suporte e apoio do Governo, excesso de procedimentos burocráticos, necessidade de implementação rápida de projetos e a necessidade de inovação e qualidade nos serviços. Esses resultados mostram que nos Estados Unidos da América as PPPs também designam uma gama ampla de

---

[108] FRANCO, Isabel. Experiências Alienígenas: lições para o Brasil. In: MATOS, Miguel (Ed.). **Conexão migalhas:** PPPS – parcerias público-privadas. Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 13.

[109] COSSALTER, Philippe. A private finance initiative. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 444.

[110] COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 58.

> possibilidades, que vão desde a terceirização (outsourcing) até a realização de grandes obras. Nesse sentido, estão abrangidos pelo termo "PPPs" as atividades de concepção e planejamento de projetos, financiamento, construção e operação pelo setor privado, com ou sem posterior transferência de propriedade para o setor público. [111]

Há entre os norte-americanos a adoção de diversas formas de PPPs tais como: para os projetos nascentes (os chamados *Greenfield*), adotam o *Built-Transfer* (BT), também chamado *turnkey*, em que o Governo solicita e a iniciativa privada implementa e entrega o projeto pronto, ou adotamos *Built-Lease-Transfer* (BLT), similar ao BT, mas antes de entregar o projeto, o parceiro privado o arrenda ao parceiro público obtendo lucro e, ao final do arrendamento, o transfere em definitivo ao parceiro privado.

E existem ainda as modalidades *Built-Operate-Transfer* (BOT) e o *Built-Own-Operate-Transfer* (BOOT), também adotadas no Reino Unido e anteriormente analisadas neste trabalho.

As *concession* norte-americanas são bastantes semelhantes às concessões brasileiras em que as instalações e a titularidade do serviço permanecem com o Poder Público e o parceiro privado tem a responsabilidade operacional integral pelo período da concessão, sem que possa transferir ou alienar ativos. Praticamente todo o setor elétrico nos Estados Unidos é assim formatado.

Pode ocorrer uma espécie de privatização com a venda de uma infra-estrutura ao setor privado, caso haja um desinvestimento total ou parcial por parte do setor público.

Bastante difundidas e sem grandes diferenciais, as PPPs são essenciais ao sistema norte-americano de desenvolvimento.

2.3.3 Modelo chileno

As PPPs no Chile constituem experiência de grande sucesso, sem as quais talvez não tivesse sido possível alavancar os projetos de infra-estrutura e suprir o déficit existente e suportar o nível de desenvolvimento alcançado nas últimas duas décadas naquele país.

---

[111] COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 62-63.

O sucesso das PPPs no Chile, segundo Isabel Franco[112], decorre:

> [...] da sólida estrutura político-institucional e jurídico-regulatória. É indubitável que é o país da América do Sul com melhor histórico de estabilidade institucional e respeito aos contratos, além de ter a classificação investment grade. O investimento com PPPs beira US$ 6 bilhões em 45 projetos. [...] O Chile deu aula de tratamento do capital privado.

O modelo mais comumente utilizado nesse país foi a concessão, o contrato em que a empresa privada desenvolve um determinado projeto e depois o opera por um número determinado de anos a fim de recuperar, por meio da cobrança de pedágios dos usuários, os investimentos feitos e, ao fim desse período, a concessão se extingue e os bens são expropriados pelo Governo Chileno.

Nesse país uma concessão pode se originar de duas formas e adotar os seguintes critérios de outorga, segundo as lições de Diogo Rosenthal Coutinho [113]:

> [...] como resposta a uma proposta de um particular (por postulación) ou como recomendação do MOP [114], sendo um processo de licitação competitivo necessário em ambos os casos. Os critérios para a outorga das concessões são os seguintes: valor da tarifa e sua composição, período de tempo, valor do subsídio a ser aportado pelo Estado, valor dos pagamentos pelo concessionário pelo uso da infra-estrutura preexistente, valor dos níveis mínimos de receita assegurados pelo Estado e o modo como se distribuem os riscos entre as partes pública e privada durante à construção (Lorenzen, Barrientos e Babbar, 2000: 4).

Quanto à distribuição dos riscos, nas PPPs chilenas, as concessionárias são responsáveis por todos os riscos de construção e operação, exceto os decorrentes de atrasos nos processos de expropriação ou de criação de servidões e, em alguns casos, o Governo suporta os riscos relativos a transtornos geológicos imprevistos que afetem os custos de escavação, quando os estudos geológicos se mostrarem incipientes.

Várias mudanças e aditamentos contratuais precisaram ser feitos no Chile para equacionar uma série de contingências imprevistas, conforme exemplifica o autor acima citado [115]:

---

[112] FRANCO, Isabel. Experiências Alienígenas: lições para o Brasil. In: MATOS, Miguel (Ed.). **Conexão migalhas:** PPPS – parcerias público-privadas. Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 12.

[113] COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65-66.

[114] Ministério de Obras Públicas (MOP).

[115] COUTINHO, op. cit., p. 70.

> Na maior parte dos casos, as renegociações foram necessárias em razão do fato de o Governo ter formulado pedidos adicionais àqueles originalmente constantes dos editais. Em outros casos, as alterações decorreram de dificuldades financeiras experimentadas por concessionárias. Nos primeiros casos (pedidos adicionais feitos pelo Governo) a legislação chilena estabelece limites a pedidos unilaterais, e uma compensação é devida ao concessionário, quando isso ocorre. Renegociações contratuais em situações de dificuldades financeiras tiveram no Chile foco na solução de problemas de liquidez, e não de solvência. De acordo com o estudo de caso preparado pelo FMI (2004), ao longo dos processos de renegociação de contratos de concessão, houve aumento de cerca de 15% nos custos inicialmente previstos nos orçamentos.

Foi criada no Chile, como um departamento interno ao MOP (Ministério de Obras Públicas), a *Coordinación General de Concesiones*, com a tarefa de implementar procedimentos licitatórios, supervisionar as concessões e administrar seus contratos, funcionando, em síntese, como uma agência reguladora independente.

Finalizando o estudo sobre as PPPs chilenas, Diogo Rosenthal Coutinho [116] enuncia como lições a serem tomadas pelo Brasil deste modelo:

> Da experiência chilena podem ser tiradas, resumidamente, lições de natureza mais abrangente e lições de natureza mais pontual. Dentre as primeiras pode-se mencionar a importância de um pano de fundo institucional adequado e sólido, de procedimentos bem desenhados e adequados para identificar, avaliar e licitar projetos, **de haver transferência ou compartilhamento objetivo de riscos entre os setores público e privado a respeito dos contratos, sendo esse objeto de reflexão detida e equipados com cláusulas capazes de permitir entendimentos os mais convergentes possíveis e de definir os direitos e obrigações de cada uma das partes**, além de um mecanismo de resolução de conflitos. No caso chileno a garantia de uma renda mínima equivalente a 70% os fluxos de receita do projeto teve grande influência no desenrolar das PPP.

A importância de uma clara e adequada repartição contratual dos riscos, com a definição de obrigações e direitos entre as partes em uma PPP é um dos exemplos a ser seguidos em nosso país do modelo chileno, como muito bem ressaltado pelo autor.

Outro ponto adotado exemplarmente pelo modelo chileno é a existência de uma burocracia capacitada e dotada de autoridade no governo e a presença de um único interlocutor em cada fase do projeto de PPP.

---

[116] COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72. (grifo nosso)

No Brasil, pode-se dizer que as PPP não deslancharam até o momento e muitos projetos sequer passaram do primeiro esboço, em certa medida, devido à falta de uma "burocracia capacitada", apta a desenvolver adequadamente um projeto do porte de uma dessas parcerias, bem como capaz de interagir nas diversas áreas necessárias para sua implementação.

CAPÍTULO 3 PARCERIAS: O PÚBLICO E O PRIVADO

3.1 A busca pela realização do interesse público

As PPPs, como vimos discorrendo até o momento, é um contrato administrativo de concessão de obra ou serviço público, nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas com a finalidade de, como alternativa à Administração Pública na tarefa de atrair a eficiência da iniciativa privada, sanar a carência de obras de infra-estrutura e prestação de serviços que, por muito dispendiosos, não constituíam investimento interessante ao parceiro privado.

Para tal mister, as PPPs contemplaram vários institutos diversos das concessões comuns, tais como garantias diversas que deverão ser prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado, o compartilhamento diverso de riscos, tudo com a clara e suprema tarefa de atendimento ao interesse público. Esta a razão maior e a justificativa para a formatação dada às PPPs.

Com tal intuito, as PPPs devem seguir algumas diretrizes, dentre elas, a eficiência.

A busca pela máxima eficiência é um dos principais motes de um contrato de PPP, a medida em que este somente se justifica se os ganhos com eficiência superarem os custos com a elaborada formatação de toda a vida desta espécie contratual, tais como custos com a sua estruturação, fiscalização e regulação.

A análise de conveniência e oportunidade a ser feita para celebração de uma parceria público-privada é um outro passo importante quanto à eficiência esperada, devendo ser avaliadas, dentre outras coisas se: “a) os custos de captação de recursos pelo governo no mercado tendem a ser muito mais baixos que os da iniciativa privada e, b) o custo com obras e compra de equipamentos pelo governo é comparável aos custos da iniciativa privada.” [1]

[1] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 90.

Tal mensuração de eficiência e custos deve ser levada a cabo em cada uma das fases da PPP, da contratação à implantação, para que se atinja de modo mais adequado possível as missões do Estado.

Outra diretriz a ser seguida em uma PPP, como de regra deve ocorrer nos demais contratos de concessão de serviços públicos, é o respeito aos direitos dos usuários e do parceiro privado incumbido da execução do contrato.

Havendo uma relação trilateral [2] – parceiro público, parceiro privado e usuários - é necessário que haja um equilíbrio, apresentando essa diretriz três funções básicas[3]: uma primeira função retórica, faz referência aos direitos dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados, remetendo ao conjunto de normas incidentes sobre a relação entre as partes e reforçando a necessidade de que sejam devidamente cumpridas pela Administração; uma outra função de redução *ad nutum*, que remete à idéia básica de uma PPP de que a Administração Pública deve cumprir os contratos que celebra e, uma terceira função de guardiã dos interesses" dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados.

Releva dizer, que para "equilíbrio" da relação trilateral, resguardando direitos e "interesses" das partes e fixando-lhes os exatos limites, deverão atuar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, o princípio da boa-fé objetiva.

Uma terceira diretriz das PPPs, no intuito de fazer imperar o interesse público, é a prevista indelegabilidade de funções exclusivas do Estado[4], que embora sejam os mesmos os impedimentos já existentes para outros tipos de concessão de serviços públicos, tem a função de reforçar a proibição da delegação a particulares das funções de regulação, jurisdicional[5] e de exercício de poder de polícia.

A responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs é uma quarta diretriz destes contratos que implicam comprometimento de recursos públicos futuros para pagamento

---

[2] Nas Concessões Administrativas, o parceiro público ocupa também a posição de usuário, o que não desnatura a relação triangular básica, pois nesta posição o parceiro público representa os direitos e deveres respectivos de um usuário.

[3] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 94-95.

[4] Lei n. 11.079/04, art. 4º, inc. III.

[5] No que toca à indelegabilidade da função jurisdicional, é cediço ressaltar que a lei n. 11.079/04 prevê a possibilidade da utilização da arbitragem nos contratos de PPP, em seu art. 11, inc. III, sobre o quê, muita discussão há acerca da constitucionalidade do artigo.

das contraprestações ao parceiro privado.

Para a fase de celebração dos contratos de PPP foi criada uma série de procedimentos para viabilizar as análises fiscais prévias, para estipulação de limites de despesas com PPPs e enquadramento da celebração de PPPs nos controles fiscais já existentes para a criação de novas despesas.

Quanto à execução do contrato de PPP, a responsabilidade fiscal toca de perto a questão das revisões contratuais e dos mecanismos de realização do equilíbrio econômico-financeiro, questões que serão abordadas mais detidamente no próximo tópico, mas que cabe neste momento afirmar que tanto uma quanto outra podem ensejar alteração das contraprestações públicas, merecendo uma delimitação expressa e cuidadosa em cada contrato de PPP.

A transparência é diretriz imperativa nas PPPs, contratos administrativos que são e, portanto, estão adstritas aos princípios regentes da Administração Pública, tais como o da publicidade e da motivação dos atos administrativos

Outra diretriz a ser seguida em uma contratação de PPP é a repartição de riscos entre parceiro público e privado e que deve ser adequadamente prevista no contrato, a fim de minimizar as incertezas da contratação e, em última instância, minimizar os seus custos, pois:

> As empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr: via de regra, elas presumem que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas financeiras. A incerteza na alocação de riscos te, portanto, um custo, e ele é pago por todos nós. [6]

Sobre esta diretriz, dada a relevância para o tema central desta dissertação, nos deteremos de forma mais aprofundada em tópico próprio.

De todas as diretrizes apontadas anteriormente para as PPPs, decorre a última delas, qual seja, a sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas que se deve almejar e, efetivamente buscar, neste tipo de contratação.

---

[6] PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2008. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf>. Acesso em: 16 maio 2009..

Todas essas diretrizes partem de um ponto determinado e apontam em direção a este mesmo ponto de partida, onde o que se encontra é o interesse público que se pretende viabilizar através de um contrato de PPP. Essa a meta contratual.

3.2 A garantia do equilíbrio econômico-financeiro nas PPPs: o lucro almejado pelo parceiro privado

Não obstante a meta em um contrato de PPP seja a viabilização de um interesse público, esse objetivo, é evidente, é do parceiro público, que, por sua vez, necessita do parceiro privado para tanto.

Se o Poder Público fosse capaz de, por seus próprios meios e recursos, de forma eficiente, efetivar todos os serviços e obras públicas, não haveria necessidade de lançar mão dos contratos administrativos de concessão. Ora, não é a esta a realidade e, hodiernamente, tornou-se imprescindível a realização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Pois bem, vislumbrassem os contratos administrativos apenas os poderes unilaterais à Administração, menoscabando garantias e direitos do contratado, seria praticamente impossível trazer em parceria a iniciativa privada, já que esta visa o lucro, inviabilizando obras e serviços públicos essenciais ao desenvolvimento do país.

Caio Tácito [7] ao discorrer sobre a questão cita as bem colocadas lições de Guimarães Menegale:

> A prevalência do interesse público, porém, não deve sacrificar o interesse privado, que é o do concessionário: concilia-se com o reconhecimento do direito do concessionário a uma indenização. Tão legítimo, de fato, é o interesse público quanto o interesse privado; já, no entanto, que tem de prevalecer o primeiro, é justo dar-se ao outro uma compensação pela dupla razão da ordem jurídica e política – de não lesar direitos individuais, como o da propriedade, e de não afugentar os contratantes, temerosos dos danos resultantes da intervenção do Estado. Com efeito, as modificações são, por vezes, tão profundas que revolvem as bases sobre as quais se fundou economicamente o contrato.

[7] MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. 2. ed. 1950, v. 2, p. 261 apud TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 240.

Nessa medida, contemplam os contratos administrativos de concessão de serviços ou obras públicas, para salvaguarda dos interesses da iniciativa privada contratada, o equilíbrio econômico-financeiro contratual, longamente analisado no presente trabalho **(Capítulo 2, seção 2.1, subseção 2.1.2).**

O equilíbrio econômico-financeiro é considerado um direito fundamental do contratado e isto inclui, sem a menor sombra de dúvida, os contratos de PPP, onde os investimentos dispendidos são vultosos e os projetos vislumbram retorno financeiro em longos prazos.

A possibilidade de ocorrência de uma alteração unilateral levada a efeito pela Administração contratante diante de mudanças políticas, econômicas ou até sociais no país, a chance de ocorrer um fato imprevisível e inesperado pelas partes ou mesmo um caso fortuito, dada o inevitável alongamento de um projeto de PPP no tempo, é enorme e não poderia ser ignorada.

Foram, então, criadas para sustentar o instituto das PPP, garantias que deverão ser prestadas pelo parceiro público ao privado, sem que fossem eliminadas as garantias básicas que a iniciativa privada presta ao contratar com o Poder Público e foi idealizada uma alocação de riscos diversa dos contratos de concessão comuns visando, na medida em que não haja contrariedade ao interesse público, torná-las atraente ao capital privado. Todos esses instrumentos permitem que se mantenha intangível a equação econômico-financeira do contrato firmado.

Mantida, assim, a equação econômico-financeira do contrato de PPP, garante-se ao parceiro privado a margem de lucro ajustada inicialmente, sem que se coloque em risco a realização do interesse público objetivado.

Veremos agora esses específicos instrumentos criados para sustentar e viabilizar as PPP, a divisão de riscos e as garantias contratuais.

3.2.1 Repartição de riscos e ganhos: compartilhamento objetivo

De um modo bastante simplificado, pode-se dizer que nas concessões de serviços ou obras públicas comuns tradicionais[8], a repartição dos riscos ou áleas ocorre da seguinte forma: o risco ordinário, consistente no risco econômico do negócio, corre por conta do concessionário, o que pode acabar implicando em dizer que o risco é arcado pelo usuário, pois acabará implicando em um aumento de tarifa e, o risco extraordinário, consistente na álea administrativa, seja decorrente do fato da Administração ou do fato do Príncipe ou ainda na álea econômica, decorrente de fatos imprevisíveis ou previsíveis mas incalculáveis, excepcionais, estranhos à vontade das partes e que acabam por ensejar a aplicação da teoria da imprevisão, correm por conta da Administração.

Nas PPPs, a alocação de riscos se dá de modo bastante diverso. Com a finalidade de atrair o investimento privado para empreendimentos necessários, mas que não garantem o retorno econômico esperado, mesmo a longo prazo, e para garantir os princípios da modicidade das tarifas e do serviço adequado, esta forma de contrato prevê uma divisão de álea entre parceiro público e parceiro privado inexistente em outras formas de concessão de serviços ou obras públicas.

Em um contrato celebrado sob a forma de PPP, o risco ordinário é assumido pelo parceiro público que oferece garantia real e efetiva de retorno do investimento, mais o lucro calculado em patamares razoáveis, visando que o parceiro privado aceite investir em determinados setores da economia. Já o risco extraordinário acaba sendo assumido, em parte, pelo parceiro privado, diferentemente de uma concessão comum, em que estes estavam abrangidos pela garantia da imutabilidade da equação econômico-financeira do contrato.

Assim, o parceiro público dá a garantia ao parceiro privado de retorno do investimento e do lucro, assumindo os riscos normais do empreendimento e, o parceiro privado deverá, em contrapartida, partilhar com esta os riscos extraordinários.

Nas PPPs, a divisão de riscos constitui uma de suas diretrizes e deve ser estabelecida de modo objetivo[9], o que quer dizer que o contrato deve especificar e esclarecer a repartição

[8] Lei n. 8.987/1995.
[9] Lei n. 11.079/04, arts. 4º, inc.VI e art. 5º, inc. III.

de riscos entre as partes, incluindo riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

O articulista Alexandre Wagner Nester [10] ressalta a extrema relevância de uma clara e cuidadosa especificação dos riscos que serão assumidos por cada uma das partes em um contrato de PPP, concluindo:

> Assim, muita cautela é recomendada no momento de se estabelecer a forma e a proporção da partilha de riscos entre as partes. Uma divisão inadequada pode comprometer o empreendimento inteiro, em detrimento do interesse público envolvido, caso um evento superveniente e inesperado acarrete a insuficiência financeira do parceiro privado, a tal ponto que o impossibilite de dar cumprimento ao contrato firmado.

E exatamente o que visa um contrato de parceria como este é a realização efetiva e competente de um interesse público, do que não se pode descuidar, chamando a atenção o fato de que o parceiro privado não poderá exigir do parceiro público, por seu turno, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando tal desequilíbrio tiver sido causado por um fato decorrente de força maior ou de caso fortuito que lhe tenha sido atribuído contratualmente. O contrato de parceria deverá trazer claramente a parcela de responsabilidade de cada parceiro.

No entanto, a assunção pelo parceiro privado de parcela do risco extraordinário não o torna culpado pela ocorrência de tal evento e não o fará obrigado a cumprir um contrato que se tornou inviável por conta desse mesmo evento, alheio a sua vontade ou à vontade da administração, que também não poderá aplicar qualquer pena ao parceiro privado por inexecução contratual.

Caso o parceiro público opte em rescindir unilateralmente o contrato, em ocorrendo um evento extraordinário que venha a tornar inviável a sua execução, conforme lhe permite a legislação aplicável às concessões de serviços públicos, o parceiro privado será indenizado apenas no montante do que extrapolar a parcela de responsabilidade por ele contratualmente assumida.

Ou seja, mesmo não podendo ser considerado culpado pelo evento extraordinário ocorrido, o parceiro privado deverá responder por ele até o limite ajustado contratualmente e o

---

[10] NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1. p. 189.

parceiro público poderá optar por rescindir o contrato unilateralmente, devendo ressarcir aquele no que extrapolar o limite de comprometimento assumido.

Apenas ressalta-se que, igualmente em uma concessão comum, nas PPPs o parceiro privado é responsável pelos prejuízos decorrentes da execução normal do serviço concedido.

Todas essas peculiaridades da repartição de riscos nas PPPs levou os doutrinadores, a exemplo de Nester [11], a afirmarem que esse é um regime excepcional e assim deve ser encarado, sob pena de desnaturar esta nova forma de contratação com o Poder Público:

> A parceira público-privada, enfim, deve configurar a opção derradeira para o Poder Público realizar um determinado empreendimento. A assunção do risco econômico do empreendimento pelo Poder Público, sem necessidade, acarretará a desnaturação (ou, quando menos, a má utilização) do novo instituto.

O papel de garantidor assumido pelo Poder Público nas PPPs tem caráter excepcional e foi assim definido com a finalidade de atrair altos investimentos do setor privado necessários em determinadas áreas de infra-estrutura e, portanto, que desperta parcos interesses desse setor. Referido papel não torna as PPPs cabíveis para toda e qualquer obra e prestação de serviço público ao mero deleite do administrador e da iniciativa privada.

Por outro lado, previu-se nas PPPs, a distribuição de ganhos decorrentes da queda do risco de crédito diante do refinanciamento do projeto levado a efeito pelo parceiro privado, pois é cediço que após a fase de construção, os riscos tendem a cair sensivelmente, permitindo a obtenção de condições mais vantajosas de financiamento, melhorando os níveis de retorno dos investidores do projeto.

E isto tende a ocorrer porque, após a fase de construção, em primeiro lugar:

> [...] superam-se os riscos e a complexidade que geralmente envolvem o período de construção do projeto (incertezas sobre a obtenção de todas as licenças ambientais, realização das desapropriações, entraves políticos e burocráticos, viabilização financeira, custos efetivos e prazos para a realização dos serviços de engenharia). Em segundo lugar porque, com o início da operação, efetiva-se a demanda, o que torna viável mensurar a real capacidade de geração de receitas do projeto. [12]

---

[11] NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1. p. 192.

[12] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 145-146.

Nessa medida, garante-se ao parceiro público que, em havendo ganhos ao parceiro privado gerados pelas melhores condições refinanciamento, tais ganhos serão com ele compartilhados. Outra inovação trazida com a instituição das PPPs.

3.2.2 Garantias e contragarantias

Os contratos de PPP podem conter cláusulas com garantias especiais para o parceiro privado, ao passo que este ofertará as garantias comuns a qualquer tipo de contrato celebrado com a Administração Pública, e que sejam compatíveis com os ônus e riscos envolvidos.

Dentre essas formas especiais de garantia prestadas pelo parceiro público ao privado encontram-se: a vinculação de receitas, exceto se se tratar de impostos e outras vedações constitucionais[13]; Fundo Fiduciário; contratação de seguro-garantia junto a seguradoras não controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público.

Muitos debates foram travados acerca da constitucionalidade de alguns institutos criados pela lei das PPPs, sobretudo sobre a possibilidade da vinculação de receitas e da instituição e utilização de fundos especiais para garantia dos contratos celebrados sob a égide desta lei.

Antes de mais nada é preciso dizer que as inúmeras garantias objetivas possíveis ao parceiro privado foram pensadas, não só para atrair e incentivar o investimento privado nos vultosos contratos que poderão ser objeto destas específicas modalidades de concessão, mas em razão da "baixa credibilidade do Poder Público no Brasil".[14]

No entanto, muitos estudiosos, dentre eles Kioshi Harada, defendem que "é imoral e inconstitucional" [15] a previsão de vinculação de receitas para garantia das Parcerias, bem

---

[13] Constituição Federal de 1988, art. 167, inc. IV.

[14] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 479.

[15] HARADA, Kioshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º, da Lei n. 11.079/04. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>. Acesso em: 12 set. 2006. p. 1.

como a instituição de fundos especiais.

Por ocasião de seu parecer sobre o projeto de lei das PPPs, o autor mencionado manifestava-se no sentido de ter o legislador ordinário se equivocado ao acreditar que, excluída a vedação de vinculação da receita advinda de impostos, conforme disposto no artigo 167, IV, da Constituição Federal, todas as demais receitas públicas poderiam ser livremente vinculadas para garantia de obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público.[16]

A razão do equívoco, segundo o autor, é que a expressão "garantia" mencionada em sede constitucional refere-se tão somente às operações de crédito por antecipação de receita. Quanto à expressão "prestação de garantia", teria havido nítida confusão entre noções de direito público e de direito privado, pois nenhuma receita pública pode ser dada em garantia no sentido regulado pelo Código Civil. E esclarece em seu parecer:

> Ora, toda e qualquer receita pública, não apenas a de impostos, configura bem público indisponível, inegociável e irrenunciável, porque existe como instrumento necessário para o cumprimento dos fins do Estado. Receitas públicas, estimadas na lei de meios, não se prestam ao oferecimento de garantias a permitir sua excussão pelo credor, na hipótese de inadimplemento. É pacífico na doutrina e na jurisprudência a impenhorabilidade de bens públicos. Assim sendo, as receitas públicas, bens públicos que são, não se prestam a execução direta, consectário lógico do vínculo de natureza real, que se estabelece entre e a coisa e a ação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético.

Feitos os devidos esclarecimentos, Kiyoshi Harada conclui que ser inconstitucional a vinculação de receitas públicas para garantia de obrigações pecuniárias genéricas assumidas com os parceiros privados nas PPPs em afronta direta aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade inseridos no *caput*, do art. 37, da Constituição.[17]

Quanto à instituição de fundos especiais, possibilidade que se encontra inserida na lei regente das PPPs[18], citado autor, ao elaborar seu parecer sobre o então projeto de lei, defendeu a inconstitucionalidade dos fundos especiais, sobretudo pela anterior extinção destes determinada em sede constitucional, bem como pela clara vedação de sua instituição através de lei ordinária.

---

[16] HARADA, Kioshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º, da Lei n. 11.079/04. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>. Acesso em: 12 set. 2006.

[17] Ibid., p. 3.

[18] Lei n. 11.079/04, art. 8º e 16.

A instituição de um fundo especial para garantia genérica de obrigações contraídas em um contrato de PPP, a exemplo do Fundo Garantidor das Parcerias (FGP) e criado para o âmbito federal tão somente, violaria frontalmente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e publicidade; os artigos 165, § 9º, II, CF, o 36, do ADCT, o 167, IV, da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no artigo 167, VII, da CF e o princípio da fixação prévia de despesas, previsto no artigo 167, II e esvazia o conteúdo dos artigos 70 e 71, da CF, que atribuem ao Congresso Nacional a missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, em ofensa aos princípios da legitimidade, da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira [19].

Celso Antônio Bandeira de Mello [20] ao chancelar entendimento explicitado por Harada no parecer supra mencionado, afirma não se recordar de outra lei que reúna tantas e tão variadas inconstitucionalidades.

Em sentido diametralmente oposto, defendendo a constitucionalidade tanto da vinculação de receitas, quanto da possibilidade da instituição de fundos especiais para garantia dos contratos de PPP, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado [21] asseveram:

> Se os defensores da inconstitucionalidade do art. 8º estivessem corretos, então, em realidade, a criação dos fundos, de empresas estatais garantidoras e a vinculação de receitas teriam que ser realizadas, obrigatoriamente, por meio de lei complementar. Portanto, mesmo que o artigo 8º tivesse natureza de lei complementar, não cumpriria a função de norma permissiva para obtenção de garantias em contratos de PPP, pois seria necessária ainda uma lei específica de natureza complementar com essa finalidade, salvo nos casos de garantias prestadas por organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, por não depender a atividade securitária de entidades privadas de prévia autorização legal.

Esses autores afirmam que a função da previsão de garantias tais como a vinculação de receitas e a criação de fundos especiais nos contratos de PPP, não é tanto a de autorizar a prestação de tais garantias, mas indicar, de forma exemplificativa, que, do ponto de vista do interesse público, é plenamente justificável a utilização de mecanismos de garantia neste tipo

---

[19] HARADA, Kioshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º, da Lei n. 11.079/04. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>. Acesso em: 12 set. 2006. p. 5.

[20] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 773-775.

[21] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 217.

de contratação entre e a iniciativa privada e o Poder Público.

Seria, assim, constitucional a vinculação de receitas como garantia de um contrato de PPP porque apenas há vedação de vinculação de receitas oriundas de impostos e outras receitas que tenham destinação específica, como as taxas e contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico, resumindo os autores mencionados:

> [...] a vinculação de receitas não é propriamente uma garantia de direito civil, tal qual penhor, caução, fiança ou algo do gênero. O sentido desse tipo de garantia é, sobretudo, orçamentário, ao impedir que os montantes arrecadados como receita vinculada sejam utilizados para despesas outras que não as previstas no ato de vinculação.
>
> Se o pagamento simplesmente não ocorrer, não há garantia a ser acionada, eis que, embora a garantia vincule a receita, não obriga a realização da despesa. Aliás, há inúmeros casos de receitas vinculadas e até mesmo de despesas constitucionais e legais obrigatórias que não obrigam o efetivo gasto público. [22]

Nesse sentido, caberia a aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a garantia dada ao parceiro privado seria, em tese, inócua.

Até o momento, a despeito do debate travado entre os defensores e opositores da constitucionalidade de referidos institutos garantidores das PPPs, a vinculação de receitas e a instituição de fundos especiais estão em pleno vigor.

Sobre a constitucionalidade de algumas destas garantias, assevera Juarez Freitas [23] sobre o meio adequado para inserção destas garantias no mundo jurídico de forma constitucional:

> [...] que o mais aconselhável teria sido emenda constitucional, para evitar dúvidas quanto à higidez de tais obrigações. Importa, porém desde logo, a aplicação prudencial que evite precedências indevidas ou prejuízo a outros credores, reconhecendo dificuldades toda vez que o parceiro privado tiver que demandar execução judicial, por força do art. 100 da CF.

A despeito das discussões sobre a constitucionalidade do FGP, na prática, ele encontra-se instituído e em funcionamento.

---

[22] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 221.

[23] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 695-696.

3.2.3 Fundo garantidor

O Fundo Garantidor das PPPs – FGP - é um dos instrumentos de garantia do parceiro público ao parceiro privado instituído pela Lei 11.079/2004, aplicável somente no âmbito da União, com a finalidade de atrair os recursos e os altos investimentos para setores de responsabilidade do Estado, em que são insuficientes as garantias existentes nas concessões tradicionais.

O FGP tem como função exclusiva a viabilização das PPPs e o seu objetivo é "prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais"[24] em virtude das PPPs, sendo vedado a assunção de obrigações de parceiros públicos estaduais e municipais, exceto se, diante do interesse da União, esta formar um consórcio público com aqueles.[25]

O Fundo tem direitos e obrigações próprios, natureza privada e patrimônio próprio, separado de seus quotistas. Terá um limite global de seis bilhões de reais e dele podem participar a União, suas autarquias e fundações públicas, sendo que os aportes para formar seu patrimônio podem se dar através de bens e direitos pelos quotistas, integralização de quotas rendimentos oriundos de sua administração pela entidade financeira estatal respectiva.

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado [26], ao tratarem da natureza do FGP, defendem que deve receber tratamento idêntico ao de uma pessoa jurídica de direito privado[27] e assemelha-se, quanto à responsabilidade dos cotistas, a uma sociedade de responsabilidade limitada, já que "[...] o FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscrevem".[28]

Dada a sua natureza privada não estaria sujeito o FGP a contingências e limitações da

---

[24] Lei n. 11.079/2004, art. 16. Este dispositivo está encartado nas "disposições aplicáveis exclusivamente à União".

[25] Atualmente, no entanto, o Regulamento do FGP tratou de restringir os parceiros públicos federais que podem receber garantia aos cotistas, o que impede que os consórcios públicos formados ela União sejam beneficiários dessa garantia, pois apenas a União, suas autarquias e fundações públicas podem participar como cotistas do FGP.

[26] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 347-348.

[27] Ressaltam os autores que o FGP tem personalidade jurídica própria, embora tenham sido classificados perante a Receita Federal do Brasil como fundos de investimento, entes que na tradição brasileira não possuem personalidade jurídica. Esta informação é facilmente aferida no site da Receita Federal, buscando pelo CNPJ do FGP: 07.676.825/0001-70.

[28] Lei n. 11.079/04, art. 16, § 5º.

Administração Pública, além daquelas decorrentes das garantias prestadas em função dos contratos de PPPs [29]. Será gerido e administrado por uma entidade financeira estatal, controlada direta ou indiretamente pela União, a exemplo da Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco do Brasil, a qual deverá zelar pela rentabilidade e liquidez do FGP.

Os bens do Fundo, ente dotado de personalidade jurídica de direito privado, não integram a União e não podem, assim, serem considerados bens públicos, podendo ser dados em garantia sem restrições, uma vez que são alienáveis e penhoráveis e à execução contra o FGP não se aplica o regime de precatórios.

O FGP tem direito de regresso em face do parceiro público, ficando sub-rogado nos direitos do parceiro privado após o exercício da garantia e quitação do débito.

Deverão as garantias do FGP ser prestadas de forma proporcional à participação de cada quotista, "[...] sendo que é vedada a concessão de uma garantia a um cotista caso o seu valor líquido, somado ao das garantias que foram anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP." [30]

As modalidades de garantia, reais e pessoais, que poderão ser prestadas segundo previsão da Lei das PPPs e conforme prévia aprovação da assembléia de cotistas são: a fiança, sem benefício de ordem para o fiador; o penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da coisa empenhada antes da garantia; a hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; a alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da garantia e, a garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

O FGP pode prestar contragarantias, nas mesmas modalidades acima, a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento da obrigações pecuniárias dos seus quotistas.

---

[29] NUNES, Pedro Augusto da Cruz, BATISTA, Felipe de Queiroz; OLIVEIRA, Juliana Araújo de. O Fundo Garantidor - FGP in PPPs. In: MATOS, Miguel (Ed.). **Conexão migalhas:** PPPS – parcerias público-privadas. Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 71.

[30] Ibid., p. 73.

Os bens e direitos contidos no FGP estarão sujeitos a constrição judicial e alienação no caso de inadimplemento por parte do parceiro público, visando assegurar o cumprimento das obrigações contraídas, assim como poderá haver constituição de patrimônio de afetação sem comunicação com o restante do patrimônio do FGP, o qual se vinculará, exclusivamente, à garantia em relação a qual for constituído.

Uma vez criado o FGP, somente poderá ser dissolvido caso sejam quitados todos os débitos por ele garantidos ou após a liberação pelos credores, o que garante uma maior segurança ao parceiro privado.

Em razão do contrato de PPP não permitir cláusula contendo garantia ilimitada, se mostraria mais interessante ao parceiro privado que ao menos houvesse a previsão contratual de garantia de eventuais obrigações surgidas em decorrência reequilíbrio contratual, reduzindo os riscos inerentes ao projeto.

Nesse sentido:

> Portanto, o contrato de PPP deveria prever expressamente, caso se deseje reduzir o risco inerente ao projeto, que o parceiro privado fará jus à garantia das novas obrigações pecuniárias, surgidas em virtude de eventual processo de revisão. Não se poderá estabelecer a priori, no entanto, que a garantia por essas novas obrigações será prestada pelo FGP, eis que, no momento da revisão, pode ser que o FGP não tenha capacidade disponível para prestar novas garantias, diante da regra do art. 18 da Lei de PPP. Assim, o direito à obtenção de garantia para as novas obrigações pecuniárias do parceiro público, se houver, deverá ser genérico, admitindo a prestação de garantias por outros mecanismos, desde que seja oferecida garantia com qualidade semelhante à inicialmente prestada. [31]

O Fundo é um prestador de garantia que visa tornar mais atrativa através da segurança que pretende oferecer ao parceiro privado, a celebração de uma PPP, tendo o dever de fazer a opção pela maior liquidez e rentabilidade, em cada momento, a fim de oferecer a garantia mais robusta.

---

[31] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 345.

3.2.4 Sociedade de propósito específico

A SPE é uma espécie de *joint venture* que precisa observar padrões de governança corporativa, ou seja, padrões de forte transparência de gestão.

Antes da celebração do contrato deve ser constituída a SPE, a qual deverá ter a forma de uma companhia aberta em que o parceiro público não detenha a maioria do capital votante, exceto no caso de inadimplemento em que a aquisição da maioria ocorrer por instituição financeira controlada pelo Poder Público.

Para Juarez Freitas [32] é admitida:

> [...] qualquer forma de sociedade com objetivo específico, ou seja, a pluralidade é inafastável do pólo empreendedor, o patrimônio guardará relativa independência daquele dos controladores e pode culminar na formação de pessoa jurídica ao celebrar o contrato.

A transferência do controle deverá ser precedida de autorização da Administração Pública, sob pena de caducidade da concessão.

3.3 Meios de controle

Através de um contrato de PPP, que é uma espécie de concessão, a Administração Pública permanece como titular do serviço concedido, transferindo apenas a sua execução ao particular, devendo zelar para que este execute o contrato de forma adequada e em correspondência com o contrato.

Dessa forma, a Administração Pública deve fiscalizar a gestão contratual efetivada pelo parceiro privado.

---

[32] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 704.

Os poderes de direção e controle, para Hector Jorge Escola [33], podem abranger quatro aspectos:

> [...] a. o **material**, referente à execução da atividade objeto do contrato; b. o **técnico**, referente à observância dos requisitos estabelecidos nos planos, especificações, regulamentos, cláusulas contratuais; c. o **financeiro**, indispensável para a fixação das tarifas e verificação do equilíbrio econômico-financeiro; d. o **legal**, que diz respeito à observância das normas legais e regulamentares.

Pois bem, as PPPs terão as mesmas formas de controle e estão adstritas às mesmas regras gerais instituídas paras as concessões tradicionais, bem como aquelas introduzidas pela Constituição Federal de 1988; o controle pelo Poder Concedente, pelos usuários, pelo Ministério Público, uma vez que a Lei das PPP não trouxe regras específicas sobre o tema, exceto para o âmbito federal, em que as PPPs celebradas pela União serão controladas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, uma vez que lhes terão que remeter anualmente os relatórios de desempenho das parcerias em andamento [34]; pelos particulares, pois os relatórios anuais acima referidos deverão ser disponibilizados na rede pública de transmissão de dados, ressalvadas as informações sigilosas [35] e, pelos Ministérios e Agências Reguladoras, que deverão acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP celebrados, nas respectivas áreas de atuação [36].

Outrossim, a lei das PPPs instituiu, exclusivamente, para o âmbito federal, o Órgão Gestor das Parcerias Público-Privadas, cujas incumbências serão melhor retratadas no tópico seguinte.

3.3.1 O órgão gestor das parcerias público-privadas federais

Um dos meios de controle criados para o instituto das PPPs no Brasil é o Órgão Gestor das parcerias, embora este esteja adstrito à esfera federal, assim como o FGP, foi-lhe concedido um amplo rol de competências que passam pela definição dos serviços prioritários para execução

---

[33] ESCOLA, Hector Jorge. **Tratado integral de los contratos administrativos**. Buenos Aires: Depalma, 1979. v. 2. p. 78-79 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 101.

[34] Lei n. 11.079/04, art.14, § 4º.

[35] Lei n. 11.079/04, art. 14, § 6º.

[36] Lei n. 11.079/04, art. 15.

no regime de PPP, disciplinamento dos procedimentos para celebração dos contratos, autorização da abertura de licitação, aprovação do edital, apreciação dos relatórios de execução dos contratos.

Alguns estudiosos do tema, conforme é o escólio de Juarez Freitas [37], afirmam que houve uma hipertrofia do papel desse órgão, inclusive havendo a previsão legal "às avessas" de que a agência reguladora deverá, semestralmente, prestar contas ao Órgão Gestor.

Por outro lado, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado [38] asseguram que esta previsão garante ao Órgão Gestor o pleno acompanhamento dos contratos de parceria, ou seja, é através dos relatórios semestrais das agências reguladoras que o órgão melhor pode fiscalizar a execução das parcerias federais.

No que toca à emissão de outorgas que nas concessões comuns é feita pelas agências reguladoras, nas PPPs este papel é atribuição do Órgão Gestor, uma vez que se tornaria inviável, sob os aspectos orçamentário e fiscal, que o fossem feitos por aquelas, em razão do comprometimento orçamentário nas PPPs dar-se a médio e longo prazos. Neste sentido:

> Como as PPPs envolvem o comprometimento de recursos orçamentários por prazos médios ou longos, por razões óbvias, não poderiam as Agências Reguladoras decidir sobre a celebração de PPPs, independentemente dos órgãos responsáveis pelo orçamento. Essa é a principal razão do órgão gestor de PPP do Governo Federal. Trata-se de conciliar a estrutura institucional montada para a viabilização da desestatização nos anos 90 com a exigência das PPPs de comprometimento de recursos públicos futuros. Isso explica também a composição do órgão gestor: formado por representantes dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, que são exatamente os órgãos responsáveis pela decisão das questões relacionadas ao orçamento público. [39]

O Órgão Gestor das PPPs Federais ganhou, assim, muito mais do que feições de um gestor orçamentário das parcerias, mas de um gerente geral destas PPPs. [40]

---

[37] FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 701.

[38] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007. p. 320.

[39] Ibid., p. 306-307.

[40] Decreto n. 5.385/2005, que regulamenta o art. 14 da Lei n. 11.079/2004, institui o Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas (CGP) e cria estrutura técnica e administrativa para seu apoio, constituído pela Comissão Técnica de Parcerias Público-Privadas (CTP) e pela Secretaria Executiva desses órgãos.

Através da necessária disponibilização ao público via Internet dos relatórios enviados ao Tribunal de Contas e ao Congresso Nacional, esse órgão cumpre o “princípio da transparência” dos atos administrativos, garantindo publicidade no que tange às PPPs federais e assegurando, assim, o interesse público que as fundamentou.

CONCLUSÕES

O Estado brasileiro vem adotando, ao longo dos anos, uma postura mais fiscalizadora e regulatória, passando a lançar mão de vários instrumentos privatizantes e de meios que assegurem a efetivação do interesse público, que é o seu principal objetivo.

Dentre esses meios assecuratórios da realização de interesses públicos estão inseridos os contratos de concessão de obras e serviços públicos, sendo que, em dado momento, as concessões tradicionalmente concebidas passaram a não suprir as necessidades de obras de infra-estrutura e prestação de serviços públicos que, por serem muito dispendiosos e levarem um longo tempo para serem desenvolvidos, ficaram relegados ao segundo plano pela Administração Pública.

Foram, então, criadas as Parcerias Público-Privadas (PPP) que nada mais são do que um contrato administrativo de concessão de obra ou serviço público nas modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, as quais possibilitam uma diferente alocação de riscos entre os contratantes, permitindo ao parceiro privado aferir com mais precisão a viabilidade do negócio, bem como, possibilitam que o parceiro público preste pesadas garantias ao parceiro privado, com o intuito de atrair o seu capital.

Devido aos vultosos investimentos exigidos da iniciativa privada e do tempo maior demandado para implementação de um projeto nas modalidades de PPP, para que seja alcançado o interesse público que elas albergam, é necessário dar ao parceiro privado a garantia de que o contrato se manterá hígido até o seu findar, ou seja, é imperativo garantir-se a este o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Assim, uma PPP, como um contrato administrativo, cuja finalidade primordial é a realização do interesse público, deverá resguardar o equilíbrio econômico-financeiro contratual, podendo-se concluir que ambos os institutos – interesse público e equilíbrio econômico-financeiro - convivem e se complementam de forma perfeitamente adequada, não dicotômica. Aquele, como móvel do parceiro público, este, como direito fundamental do parceiro privado que objetiva nada mais do que obter lucro em suas negociações.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AICARDI, Nicola. La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,** Roma, ano 47, n. 1, p. 1-59, 1997.

ALVARENGA, José Eduardo de. Parceria público-privada: breves comentários. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, p. 1-13, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-JOSE%20ALVARENGA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: Cone, 1996.

ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas - PPP's no direito positivo brasileiro. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, p. 1-41, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-alexandre%20arag%C3%A3o.pdf >. Acesso em: 24 abr. 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoria del equivalente econômico em los contratos administrativos**. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1968.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa:** estrutura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BARBAGALLO, Giuseppe et al (Org.). **Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contrato**. Nápoles: Edizioni Scientifique Italiane, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, p. 1-18, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; NEVES, Cesar das. Parcerias público-privada: mitigação de riscos em operações estruturadas de infra-estrutura. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, p. 73-118, jun. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2305.pdf>. Acesso em 16 maio 2009.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

CALDEIRA, Jorge Mauá. **Empresário do império**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. 3 v.

CASSESE, Sabino. **Las bases del derecho administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CICERO, Nidia Karina. **Servicios públicos:** control y proteccion. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

COSSALTER, Philippe. A private finance initiative. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relato de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da aplicação do direito privado no direito administrativo**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

_____. **Licitación pública**. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1995.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interes público:** como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1. n. 4, p. 63-79, out./dez. 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 7, p. 1-18, ago./out. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-LUCIA%20VALLE.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estúdios Politicos, 1958.

_____. **Traité de droit administratif Allemand**. Traduit par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émille Bruylant. 1969.

FRANCO, Isabel. Experiências Alienígenas: lições para o Brasil. In: MATOS, Miguel (Ed.). **Conexão migalhas:** PPPS – parcerias público-privadas. Campinas, SP: Millenium, 2005.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1982.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. **Premissas sociológicas e históricas del derecho administrativo**. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GORDILLO, Augustin A. **Contratos administrativos**. Buenos Aires: A.A.D.A, 1977.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Grotti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2000.

GUGLIELMI, Gilles. **Introduction au droit des services publics**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1994.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela lei geral de PPP: em especial, da hipótese dos fundos garantidores. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 16, p. 1-35, nov./jan. 2008/2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-FERNANDO%20VERNALHA.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009.

_____. **Alterações unilaterais do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARADA, Kioshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º, da Lei n. 11.079/04. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 597, fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>. Acesso em: 12 set. 2006.

HELY, Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, v. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. A PPP brasileira e as Lições do Passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÈ, Pierre. **Traitè des contrats administratifs**. 2. éd. Paris: LGDJ, 1983. t. 1.

LIGNÈRES, Paul. **Partenariats publics-privés**. Paris: Litec, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, p. 1-38, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-

MAIO-2005-FLORIANO%20AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos administrativos: a possibilidade jurídica da cessão da titularidade contratual à luz do interesse público. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas,** São Paulo, ano 4, v. 13, p. 191-213, out./dez. 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1-2.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 1, p. 1-26, fev./abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-DIOGO%20NETO.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

_____. O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes: aplicação adequada destes institutos. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 2, p. 75, 1997.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.

NUNES, Pedro Augusto da Cruz, BATISTA, Felipe de Queiroz; OLIVEIRA, Juliana Araújo de. O Fundo Garantidor - FGP in PPPs. In: MATOS, Miguel (Ed.). **Conexão migalhas:** PPPS – parcerias público-privadas. Campinas, SP: Millenium, 2005.

OJEDA. Alberto Ruiz; MARCOU, Gerard; GOH, Jeffrey. **La participación del sector privado em la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos:** Francia, Reino Unido e Espana (elementos comparativos para um debate). Madri: Civitas e Instituto de Estúdios Econômicos, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. , p. 567-606

_____. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Carlos. **Concessões e permissões nos serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1997.

_____. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 129, p. 99-107, 1996.

OLIVEIRA, Maria José Galeno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

OSBORNE, Stephen P. (Ed.). **Public-private partnerships:** theory and practice in internacional perspective. London: Taylor & Francis, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2006.pdf>. Acesso em: 16 maio 2009.

PASTORI, Antônio. As PPPs como ferramenta para viabilizar projetos de infra-estrutura de transporte de passageiros sobre trilhos. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 14, n. 28, p. 93-120, dez. 2007. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2803.pdf>. Acesso em: 16 maio 2009.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova:** Revista de Cultura Política, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=493>. Acesso em: 17 dez. 2008.

PEREIRA, César A. Guimarães; CARDOSO, André Guskow; SHWIND, Rafael Wallbach. As Leis Estaduais de PPP e a Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPP's. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, p. 1-11, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-MARCOS%20BARBOSA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

_____. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2008. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf>. Acesso em: 16 maio 2009.

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei N. 8.987/95:** conceitos e princípios. São Paulo: Malheiros, 1998.

QUEIROZ, José Eduardo Lopes. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (Org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários a lei de PPP:** parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público e Malheiros, 2007.

RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. **Privatizacion de la empresa publica y post privatizacion.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SALOMON, Lester M. M. **Partners in public service:** the scope and the theory of governement-nonprofit relations. New Haven: W. W. Powell, 1987.

SAVAS, Emanuel S. **Privatization and public-private partnerships**. Nova York: Chatham House Publishers, 2000.

SILVA, Almiro Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira. Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 1, p. 1-24, fev./abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-PEDRO%20AURELIO.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. **REDAE:** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 3, p. 1-18, ago./out. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-MARCOS%20JURUENA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2009.

_____. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula STF Nº 473.** Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/75/9999/stf473.htm>. Acesso em: 20 jun. 2009.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Temas de direito público:** estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

UMA visão da aplicação da parceria público-privada no mundo em 2006. **Revista do BNDES,** Rio de Janeiro, v. 14, n. 27, p. 323-330, jun. 2007. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2713.pdf>. Acesso em: 16 maio 2009.

VILLAR ROJAS, Francisco José. **Privatización de servicios públicos:** la experiência española a la luz del modelo britânico. Buenos Aires: Tecnos, 1996.

WALD, Arnold. Obra Pública – contrato – equilíbrio econômico financeiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 69, jan./mar. 1990.

_____.; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a Lei de Concessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALINE, Marcel. **Droit administratif.** 9. éd. Paris: Sirey, 1963.

ANEXO

ANEXO A – Minutas contratuais Programa de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais

Seguem abaixo cláusulas extraídas de minuta de contrato de PPP do Governo de Minas Gerais para a contratação na modalidade de Concessão Administrativa da construção e gestão de presídios [1], referentes ao equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição, bem como dos riscos atribuídos expressa e delimitadamente no contrato a cada parte contratante.

MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

"CAPÍTULO X – DOS RISCOS, DOS GANHOS E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

CLÁUSULA 23 – DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR

23.1. Consideram-se caso fortuito e força maior, com as conseqüências estabelecidas neste CONTRATO, os eventos imprevisíveis e inevitáveis, alheios às PARTES, e que tenham um impacto direto sobre o desenvolvimento das obras, serviços e atividades da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

23.1.1. Caso fortuito é toda situação decorrente de fato alheio à vontade das PARTES, porém, proveniente de atos humanos. Constituem nomeadamente caso fortuito: atos de guerra, hostilidades, invasão ou terrorismo e inexecução do contrato por alteração na estrutura político-administrativa do PODER CONCEDENTE que, diretamente, afetem as obras, serviços e atividades compreendidos na CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

23.1.2. Força maior consiste no fato resultante de situações independentes da vontade humana. Constituem nomeadamente força maior: epidemias globais, radiações atômicas, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais, que, diretamente, afetem as obras, serviços e atividades compreendidos na CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

23.1.3. Consideram-se excluídos da previsão anterior os eventos naturais cujo impacto deve ser suportado pela CONCESSIONÁRIA ou pelo PODER CONCEDENTE, nos termos do CONTRATO.

23.2. Sem prejuízo do disposto no item seguinte, a ocorrência de um caso fortuito ou força maior terá por efeito desonerar as PARTES da responsabilidade pelo não-cumprimento das obrigações decorrentes deste CONTRATO, estritamente nos casos de descumprimento, pontual e tempestivo, das obrigações em virtude de ocorrência dessa natureza.

23.2.1. Um evento não será considerado, para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO, caso fortuito ou força maior se, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável, no Brasil ou no exterior, até o limite dos valores de apólices comercialmente aceitáveis independentemente de a CONCESSIONÁRIA as ter contratado.

23.2.2. Ficam, em qualquer caso, excluídos da previsão do item acima os atos de guerra ou subversão, tumultos e protestos públicos, hostilidade ou invasão, terrorismo e as radiações atômicas.

23.3. A PARTE que tiver o cumprimento de suas obrigações afetado por caso fortuito ou força maior deverá comunicar por escrito à outra PARTE a ocorrência de qualquer evento dessa natureza, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas contadas da data da ocorrência do evento, nos termos desta cláusula.

23.4. Na ocorrência de caso fortuito ou força maior, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, dentro de condições comerciais viáveis, as PARTES acordarão se haverá lugar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO ou à extinção da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, observado o disposto no CAPÍTULO XIV – DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

23.4.1. Verificando-se a extinção da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, nos termos do disposto neste item, aplicar-se-ão, no que couberem, as regras e os procedimentos válidos para a extinção da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA por advento do termo contratual.

---

[1] MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. **Programa de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais**: anexo VIII. Disponível em: <http://200.238.107.80/c/document_library/get_file?uuid=d5af7f4a-8cbd-478b-bd10-9efe19422487&groupId=13992>. Acesso em: 12 jun. 2009.

23.5. A CONCESSIONÁRIA assumirá integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO, a exemplo do disposto na Cláusula 23.2.

23.6. As PARTES se comprometem a empregar todas as medidas e ações necessárias a fim de minimizar os efeitos decorrentes dos eventos de força maior ou caso fortuito.

(....)

CLÁUSULA 25 – DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

25.1. Constitui pressuposto básico deste CONTRATO a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, consubstanciado na justa equivalência entre a prestação e a remuneração da CONCESSIONÁRIA, vedado às PARTES o enriquecimento imotivado à custa de outra PARTE, nos termos do disposto neste CONTRATO.

25.2. Sempre que forem atendidas as condições do CONTRATO, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

25.3. Os critérios para reajustamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA CHEIA, visando preservar o seu valor, estão fixados na cláusula 14 deste CONTRATO.

25.4. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, nos seguintes casos:

a) modificação unilateral do CONTRATO, imposta pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, como resultado direto dessa modificação, comprovadamente se verifique para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou das suas receitas, para mais ou para menos;

b) ocorrência de caso fortuito ou força maior, nos termos do CONTRATO, cuja cobertura não seja aceita por instituições seguradoras conceituadas no mercado nacional ou internacional, dentro de condições comerciais razoáveis;

c) ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração do PLANO DE NEGÓCIOS, para mais ou para menos;

d) alterações legais que tenham impacto significativo e direto sobre os custos pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, para mais ou para menos;

e) as revisões, promovidas pelo PODER CONCEDENTE, aos parâmetros e medidores indicados no SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO E DE DISPONIBILIDADE, anexo a este CONTRATO, que representem alteração de 50% (cinqüenta por cento) ou mais dos medidores (aqui entendidos não apenas como as três notas utilizadas no cálculo direto do ÍNDICE DE DESEMPENHO, mas como todos os sub-indicadores, indicadores, notas e subnotas utilizadas direta ou indiretamente em seus cálculos) referente ao ÍNDICE DE DESEMPENHO, e que acarretem, comprovadamente, encargos adicionais para a CONCESSIONÁRIA;

f) atraso, ou cobrança de valores superiores aos previstos, para o fornecimento de licenças e autorizações necessárias à execução, pela CONCESSIONÁRIA, das obras, serviços e atividades objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA desde que os atrasos não sejam imputáveis à CONCESSIONÁRIA;

g) atrasos na execução das medidas necessárias à realização dos procedimentos de desapropriação e instituição de servidão administrativa, quando couber, que resultem em custos adicionais para a realização do objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, desde que imputáveis ao PODER CONCEDENTE;

h) atraso na desocupação do local de prestação do serviço e atividades, na execução de obra ou na entrega de instalações e equipamentos necessários à CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, nas hipóteses em que esse atraso represente a geração de custos adicionais à CONCESSIONÁRIA e desde que os atrasos não sejam imputáveis à CONCESSIONÁRIA;

i) alterações nas especificações dos projetos e estudos apresentados pela CONCESSIONÁRIA, para atendimento aos interesses específicos do PODER CONCEDENTE;

j) ocorrência de rebeliões de sentenciados dentro de uma UNIDADE PENAL, que tenham repercussão direta nas despesas da CONCESSIONÁRIA, relacionados especificamente com a prestação dos serviços objeto da concessão, desde que a atuação da CONCESSIONÁRIA, na execução do CONTRATO, em nada tenha contribuído ou possa ser a causa da rebelião;

l) variação dos custos operacionais ocasionados pela ocorrência dos seguintes fatores:

I - alterações nos preços públicos;

II - instituição de novos tributos; e

III - alterações de alíquotas dos tributos já existentes, à exceção do imposto sobre a renda;

IV - em outras hipóteses expressamente previstas neste CONTRATO.

25.5. Não caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para nenhuma das PARTES, nas seguintes hipóteses:

a) variações de custo para o adimplemento das obrigações contratuais assumidas pela CONCESSIONÁRIA, inclusive o valor e/ou volume físico dos investimentos de sua responsabilidade, sendo a sua correta avaliação considerada risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA;

b) aumento do custo de empréstimos e financiamentos assumidos pela CONCESSIONÁRIA para realização de investimentos ou custeio das obras, serviços e atividades objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, em relação ao previsto nas propostas;

c) prejuízos decorrentes do(a)(s):

I - negligência, inépcia ou omissão na exploração adequada da CONCESSÃO; ADMINISTRATIVA;

II - riscos normais à atividade empresarial;

III - gestão ineficiente dos seus negócios, inclusive aquela caracterizada pelo pagamento de custos operacionais e administrativos incompatíveis com os parâmetros verificados no mercado;

IV - apropriação de ganhos econômicos advindos diretamente da respectiva eficiência empresarial.

25.6. O disposto no item 25.5 não se aplicará nos casos em que o PODER CONCEDENTE tenha contribuído, ao menos culposamente, para as variações a maior dos custos em questão.

25.7. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será implementada, de comum acordo entre as PARTES, mediante as seguintes modalidades:

a) prorrogação ou redução do prazo da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA;

b) adequação dos INDICADORES DE DESEMPENHO previstos no SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO E DE DISPONIBILIDADE, anexo a este CONTRATO;

c) revisão do valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA CHEIA, para mais ou para menos;

d) combinação das modalidades anteriores.

25.8. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será, relativamente ao fato que lhe deu causa, única, completa e final, para todo o prazo do CONTRATO.

CLÁUSULA 26 – DO PROCEDIMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

26.1. Verificada hipótese de direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro o CONTRATO, esta será implementada mediante acordo entre as PARTES, tomando-se como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, descritos em um relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto da ocorrência nas projeções do PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pela CONCESSIONÁRIA em sua PROPOSTA ECONÔMICA.

26.2. O pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ser iniciado por requerimento da CONCESSIONÁRIA ou por determinação do PODER CONCEDENTE.

26.3. Quando o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro for iniciado pela CONCESSIONÁRIA, observar-se-á o que se segue:

a) deverá ser acompanhado de relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto da ocorrência no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pela CESSIONÁRIA;

b) deverá ser acompanhado de todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito, podendo, ainda, o PODER CONCEDENTE solicitar laudos econômicos específicos, elaborados por entidades independentes;

c) conforme o caso, deverá conter indicação da pretensão à revisão da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL, informando os impactos e as eventuais alternativas de balanceamento das contraprestações.

26.3.1. Todos os custos com diligências e estudos necessários à plena instrução do pedido correrão por conta das PARTES, em proporções iguais, caso se verifique a procedência do pleito ao final.

26.4. O procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro iniciado pelo PODER CONCEDENTE deverá ser objeto de comunicação à CONCESSIONÁRIA, consignando prazo de 15 (quinze) dias para sua manifestação, acompanhada de cópia dos laudos e estudos realizados para caracterizar a situação que enseje a recomposição.

26.5. As PARTES poderão optar pela contratação de entidade especializada para a apuração de eventual desequilíbrio econômico-financeiro e para sua mensuração, repartindo os custos de tal atividade.

26.6. Em caso de discordância quanto à necessidade de recomposição ou quanto à sua extensão, as PARTES poderão recorrer ao procedimento de arbitragem, nos termos e conforme previsto no CAPÍTULO XIV – DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

26.7. O procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO deverá ser concluído em prazo não superior a 60 (sessenta) dias, ressalvada a hipótese em que seja necessária a prorrogação, devidamente justificada, para complementação da instrução.

26.8. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO será, relativamente ao evento que lhe deu causa e origem, única, completa e final, para todo o prazo do CONTRATO.

26.9. Sempre que vier a ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, o PLANO DE NEGÓCIOS será ajustado para refletir a situação após essa recomposição.

26.9.1. A nova versão do PLANO DE NEGÓCIOS deverá ser apresentada pela CONCESSIONÁRIA em um prazo de até 15 (quinze) dias, a contar da data de surgimento da necessidade.

26.9.2. O PODER CONCEDENTE manifestar-se-á no sentido da aprovação ou não das alterações propostas pela CONCESSIONÁRIA, no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período, caso necessário.

26.10. Os casos previstos na CLÁUSULA 23 – DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR e na CLÁUSULA 24 – DO COMPARTILHAMENTO ENTRE CONCESSIONÁRIA E PODER CONCEDENTE, obedecerão ao mesmo procedimento descrito nesta cláusula."

Minuta de contrato de PPP, igualmente elaborada para o Governo de Minas Gerais, com a finalidade de contratação de serviços de implantação, operação, manutenção e gestão de Unidade de Atendimento Integrado, na modalidade de Concessão Administrativa, em que se pode vislumbrar outra formatação de partilha dos riscos de forma expressa, mas não tão delimitada quanto à constante da minuta supra colacionada, bem como das formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro [2].

MINUTA DO CONTRATO

"Cláusula 19 – DA REVISÃO DO CONTRATO

19.1 As partes terão direito à REVISÃO DO CONTRATO, observadas as disposições constantes das subcláusulas subseqüentes, em decorrência dos seguintes fatos:

a. modificação unilateral do CONTRATO, imposta pelo PODER CONCEDENTE;

b. alteração na ordem tributária, ressalvado imposto incidente sobre a renda ou lucro;

c. variação extraordinária dos custos dos SERVIÇOS UAI, imprevisível ou previsível, mas de proporções imponderáveis à época da formulação da PROPOSTA COMERCIAL;

d. ações ou omissões ilícitas do PODER CONCEDENTE ou de quem lhe represente;

e. redução de custos da CONCESSIONÁRIA, decorrente de incentivos ou facilidades de qualquer gênero oferecidos pelo PODER CONCEDENTE, demais entes da Federação ou entidades integrantes de sua administração indireta, tais como, linhas de crédito especiais, benefícios oriundos da celebração de convênios, de incentivos fiscais, de facilidades tecnológicas oferecidas, de transferência de conhecimento, de disponibilização ou subsídio de serviços necessários ao funcionamento das UAI sem ônus para a CONCESSIONÁRIA, dentre outros;

---

[2] MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. **Programa de Parcerias Público-Privadas de Minas Gerais**: anexo IV. Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/pmi-uai/edital-uai/ANEXO_4_Minuta_de_Contrato.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2009.

f. a hipótese descrita na subcláusula 19.5.7;

g. caso fortuito ou força maior nos termos da cláusula 20 do CONTRATO.

19.2 Somente caberá REVISÃO DO CONTRATO nos casos em que a ocorrência dos fatos indicados na subcláusula 19.1 resultar em variação do fluxo de caixa projetado do empreendimento, de modo a reduzir ou majorar a TIR declarada pela CONCESSIONÁRIA em sua PROPOSTA COMERCIAL, observada necessariamente a distribuição de riscos prevista nesta cláusula.

19.3 Para fins do item "c" da subcláusula 19.1, não serão consideradas as variações ordinárias dos custos dos insumos necessários à prestação dos SERVIÇOS UAI.

19.3.1 Entende-se por variações ordinárias dos custos, os acréscimos ou diminuições de valor inerentes ao mercado e à álea empresarial da CONCESSIONÁRIA.

19.3.2 Na hipótese de variação imprevista ou previsível, mas de proporções imponderáveis, do retorno econômico da CONCESSÃO em virtude de fato superveniente não imputável às PARTES, estas poderão, caso haja consenso, optar, alternativamente à REVISÃO DO CONTRATO, pela sua extinção ou pela adoção de soluções alternativas que envolvam alteração das obrigações da CONCESSIONÁRIA.

19.4 São riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA, que não ensejarão a REVISÃO DO CONTRATO:

a. a não obtenção do retorno econômico previsto na PROPOSTA COMERCIAL por força de fatores distintos do previsto na subcláusula 19.1;

b. a constatação superveniente de erros ou omissões em sua PROPOSTA COMERCIAL, notadamente a utilização de estudos de demanda próprios não correspondentes à DEMANDA REAL;

c. a destruição, roubo, furto ou perda de BENS REVERSÍVEIS e de suas receitas;

d. a manutenção da segurança dos USUÁRIOS;

e. a ocorrência de dissídio, acordo ou convenção coletiva de trabalho;

f. a ocorrência de greves de empregados da CONCESSIONÁRIA ou a interrupção ou falha do fornecimento de materiais ou serviços pelos seus contratados;

g. a variação das taxas de câmbio;

h. a incidência de responsabilidade civil, administrativa, ambiental, tributária e criminal por fatos que possam ocorrer durante a prestação dos SERVIÇOS UAI;

i. os custos gerados por condenações ou pelo acompanhamento de ações judiciais movidas por ou contra terceiros;

j. os riscos decorrentes de eventual incapacidade do mercado em fornecer-lhe os bens e insumos necessários à prestação dos SERVIÇOS UAI;

k. a valorização ou depreciação dos BENS REVERSÍVEIS;

l. a variação ou a não realização das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados;

m. as ineficiências ou perdas econômicas decorrentes de falhas na organização dos SERVIÇOS UAI realizados pela CONCESSIONÁRIA;

n. o aumento de custo dos financiamentos captados pela CONCESSIONÁRIA.

19.5 Os riscos relativas à variação de DEMANDA REAL serão partilhados entre as PARTES na forma descrita nas subcláusulas subseqüentes.

19.5.1 O PODER CONCEDENTE assegurará o pagamento de CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA equivalente à DEMANDA REAL ou à 70% da DEMANDA PROJETADA definida no Apêndice I do Anexo I do EDITAL, o que for maior, durante o período de 12 (doze) meses contados a partir da data em que todos os postos UAI tenham iniciado sua operação, sem prejuízo da redução desta CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, em ambos os casos, em decorrência da aplicação do COEF, observado as fórmulas de que trata o Anexo V do CONTRATO.

19.5.2 Enquanto não instalados todos os postos UAI, a DEMANDA PROJETADA será considerada proporcionalmente ao número de postos UAI em efetivo funcionamento.

19.5.3 A partir do término do período de 12 (doze) meses de que trata a subcláusula 19.5.1, será apresentada pelo PODER CONCECEDENTE uma DEMANDA AJUSTADA para cada período de 24 (vinte e quatro) meses da CONCESSÃO.

19.5.4 A DEMANDA AJUSTADA será informada à CONCESSIONÁRIA no prazo de até 3 (três) meses anteriores ao início de cada período de 24 (vinte e quatro) meses de que trata a subcláusula anterior, devendo a CONCESSIONÁRIA adaptar a sua operação a essa nova demanda.

19.5.5 O PODER CONCEDENTE considerará o histórico de DEMANDA REAL verificado nos 12 meses imediatamente anteriores, nas UAI administradas pela CONCESSIONÁRIA, para o cálculo periódico da DEMANDA AJUSTADA.

19.5.6 A partir do término do período de 12 (doze) meses de que trata a subcláusula 19.5.1, o PODER CONCEDENTE assegurará o pagamento de CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA equivalente à DEMANDA REAL ou a 70% da DEMANDA AJUSTADA, o que for maior, sem prejuízo da redução desta CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, em ambos os casos, em decorrência da aplicação do COEF, observadas as fórmulas de cálculo de que trata o Anexo V.

19.5.7 Na hipótese em que o total da DEMANDA AJUSTADA para cada período de 24 (vinte e quatro) meses for superior ou inferior a 30% (trinta por cento) do total da DEMANDA PROJETADA para o mesmo período, as PARTES poderão optar pela REVISÃO DO CONTRATO ou, consensualmente, pela sua extinção, assegurando-se à CONCESSIONÁRIA, nesse último caso, o pagamento de indenização das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS ainda não amortizados ou depreciados.

19.5.8 Em decorrência da REVISÃO DO CONTRATO pela hipótese de que trata a subcláusula anterior, a DEMANDA PROJETADA será recalculada para todo o período da CONCESSÃO.

19.5.8.1 Sempre que houver REVISÃO DO CONTRATO em razão do disposto na subcláusula 19.5.7, será empreendido o recálculo da DEMANDA PROJETADA.

19.5.9 O recálculo da DEMANDA PROJETADA será realizado por meio dos índices de que trata o Apêndice I do Anexo I do EDITAL e terá como base o quantitativo da DEMANDA AJUSTADA que motivou a REVISÃO DO CONTRATO, na forma da subcláusula 19.5.7.

19.5.10 A REVISÃO DO CONTRATO de que trata a subcláusula 19.5.7 não interromperá o cálculo periódico da DEMANDA AJUSTADA previsto nas subcláusulas 19.5.3 a 19.5.5, utilizando-se, para verificação da variação de que trata a subcláusula 19.5.7, a última DEMANDA PROJETADA recalculada na forma das subcláusulas 19.5.8 e 19.5.9.

19.5.11 À exceção da hipótese de REVISÃO DO CONTRATO de que trata a subcláusula 19.5.7, não serão aceitos pedidos de REVISÃO DO CONTRATO com fundamento em variações da DEMANDA REAL.

19.5.12 Não serão assegurados à CONCESSIONÁRIA os quantitativos de demanda apresentados em sua PROPOSTA COMERCIAL.

19.5.13 Os percentuais mínimo de 70% (setenta por cento) de DEMANDA PROJETADA e DEMANDA AJUSTADA assegurados nas subcláusulas 19.5.1 e 19.5.6 serão sempre considerados globalmente, não se fazendo distinções em decorrência dos tipos de serviço tomados como referência para pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

19.6 Nos termos do art. 5°, inciso IX, da Lei Federal n° 11.079/04, a CONCESSIONÁRIA deverá compartilhar com o PODER CONCEDENTE, em partes iguais, os ganhos econômicos que obtiver, em decorrência da redução do risco de crédito dos financiamentos eventualmente tomados, especialmente em virtude da renegociação das condições anteriormente contratadas ou da quitação antecipada das obrigações.

19.6.1 Caso a redução do risco de crédito não advenha da atuação concreta da CONCESSIONÁRIA, os ganhos econômicos obtidos serão apropriados integralmente pelo PODER CONCEDENTE.

19.7 A CONCESSIONÁRIA declara:

a. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos na CONCESSÃO e;

b. ter levado esses riscos em consideração na formulação de sua PROPOSTA COMERCIAL.

19.8 A CONCESSIONÁRIA não terá direito adquirido à estrutura ou o conteúdo regulamentar vigente no momento da assinatura do CONTRATO.

19.8.1 Supervenientemente à assinatura do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA somente poderá invocar alterações decorrentes de normas editadas pelo PODER CONCEDENTE para demandar a REVISÃO DO CONTRATO se comprovar que a alteração gerou impacto no EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

19.9 A REVISÃO DO CONTRATO poderá ser requerida pela parte que se sentir prejudicada.

19.10 A omissão da parte em solicitar a REVISÃO DO CONTRATO importará em renúncia desse direito após o prazo de 1 (um) ano contado a partir do evento que der causa ao desequilíbrio.

19.11 A CONCESSIONÁRIA deverá solicitar a REVISÃO DO CONTRATO por meio de requerimento fundamentado, no qual fique claramente exposta a natureza do evento que deu origem ao pleito, suas origens e sua inclusão no rol dos eventos relacionados na subcláusula 19.1 deste CONTRATO.

19.11.1 O requerimento será obrigatoriamente instruído com relatório técnico ou laudo pericial que demonstre cabalmente o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, sob pena de não conhecimento.

19.12 Recebido o requerimento ou a defesa da CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE decidirá, motivadamente, sobre a REVISÃO DO CONTRATO, decisão esta que terá autoexecutoriedade, isto é, obrigará as PARTES independentemente de decisão arbitral ou judicial.

19.13 A execução da REVISÃO DO CONTRATO pode ser implementada pelos seguintes mecanismos:

a. indenização;

b. alteração do prazo do CONTRATO;

c. revisão geral dos valores ou da fórmula de cálculo da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ou do VPA;

d. combinação dos mecanismos anteriores.

Cláusula 20 – DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

20.1 A ocorrência de CASO FORTUITO ou de FORÇA MAIOR, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, tem o efeito de exonerar as partes de responsabilidade pelo não-cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO descumpridas em virtude de tais ocorrências.

20.2 Na ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, cujas conseqüências não sejam cobertas por seguro, a parte afetada por onerosidade excessiva poderá requerer a extinção ou a REVISÃO DO CONTRATO.

20.2.1 Optando-se pela extinção, deverão ser aplicadas, no que couber, as regras e os procedimentos válidos para a extinção do CONTRATO por advento do termo contratual.

20.2.2 Optando-se pela REVISÃO DO CONTRATO, esta dar-se-á por meio da divisão eqüitativa dos prejuízos causados pelo evento.”

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo