

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

**AS GARANTIAS DADAS AO PARTICULAR NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientadora: Professora Titular ODETE MEDAUAR

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

**AS GARANTIAS DADAS AO PARTICULAR NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Dissertação de Mestrado
apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo,
como parte dos requisitos para
obtenção do título de Mestre em
Direito do Estado.

SÃO PAULO

2009

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

**AS GARANTIAS DADAS AO PARTICULAR NAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Dissertação de Mestrado
apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo,
como parte dos requisitos para
obtenção do título de Mestre em
Direito do Estado.

Aprovada em ____ de _____ de 201__.

BANCA EXAMINADORA

Profª. ODETE MEDAUAR.

Prof(a).

Prof(a).

Ao grande amigo e sócio Antônio de Carvalho Filho, constante incentivador de meus estudos, que se despediu cedo de nosso planeta, deixando saudades de suas conversas calmas, de sua voz forte e de seu pensamento enigmático, meus mais profundos agradecimentos, apesar de tardios.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, nosso Deus, que faz possível a vida.

À Profa. Dra. Odete Medauar, que com sua incansável paciência soube sabiamente dirigir os pensamentos de um jovem inexperiente, tornando-se nestes três últimos anos mais do que uma professora e orientadora, mas verdadeira AMIGA. Pela sua simplicidade e pelo carinho com que trata seus alunos. Pelos valiosos ensinamentos, enxergando o Direito de forma completa e humana.

Ao Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto, que em momento crucial do desenvolvimento deste trabalho se dispôs a apontar o caminho a ser seguido.

Ao Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira, cujas observações por ocasião do exame de qualificação foram de extrema pertinência e importância.

Aos meus pais, que sempre acreditaram e continuam acreditando em meu projeto de vida, me encorajando e tornando possível a conquista dos desafios.

À minha família, por estar sempre ao meu lado.

À querida amiga e colega de curso Janaina Schoenmaker, que trilhou este mesmo caminho, me cativando com sua simpatia e alegria de viver, pelos momentos de angústia e incerteza passados.

À toda equipe da Advocacia Luiz Felipe, meu escritório de advocacia, que faz da minha vida uma sucessão de fatos imprevisíveis e excitantes.

Ao querido amigo e colega de escritório Denival Cerodio Curaça, que nestes últimos anos trabalhou por ele e por mim, assumindo minhas obrigações e meus compromissos enquanto me dedicava aos estudos e à redação destas linhas.

À Dra. Cristina Alvarez Martinez Gerona, que na fase final do trabalho foi fiel incentivadora e competente pesquisadora, pela ajuda cordial e desinteressada.

Aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa, nunca tem medo e nunca se arrepende.

Leonardo Da Vinci

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar ao leitor as diversas formas de garantia que poderão ser oferecidas ao particular, pelo Estado, como forma de atraí-lo à contratação de parcerias público-privadas, instituídas em âmbito federal pela lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A escassez de recursos públicos, culminando com a incapacidade estatal de investir em áreas de sua responsabilidade, fez com que se buscassem novas formas de interação entre os setores público e privado.

Contudo, o histórico de mau pagador da Administração Pública brasileira implicou na necessidade de oferecimento de garantias àqueles que irão contratar com o poder público, sem as quais talvez poucos ousassem investir seu capital em atividades nem sempre certamente rentáveis.

A proposta é analisar as diversas modalidades de garantias, apontando suas fragilidades e seus aspectos favoráveis, sempre no intuito de mostrá-las viáveis e eficientes.

Por fim, algumas sugestões de novas espécies serão apresentadas, aumentando a gama de opções que o administrador terá ao seu alcance quando pretender levar a efeito uma contratação desta natureza.

PALAVRAS-CHAVE: parcerias público-privada;
garantias;
fundo garantidor de parcerias público-privadas – FGP.

ABSTRACT

The present work aims at presenting the reader a wide range of guarantees which can be offered to private companies by the State, so as to attract them to contracting public-private partnerships, instituted in federal extent under law number 11.079, dated December 30, 2004.

The shortage in public resources, culminating with the incapacity of the State to invest in sectors of its own responsibility, has brought about the pursuit of new ways of interaction between the public and private sectors.

Notwithstanding, the fact that Brazilian Public Administration has a history of being a bad payer has implied the need for guarantees to those who will hire the Public Power, taking into consideration that perhaps only a few people will be willing to invest their funds in doubtfully profitable activities.

The purpose of this paper is to analyze the various forms of guarantees, pointing out weaknesses and favorable aspects, always targeting on turning them viable and efficient.

At last, some other new suggestions will be introduced, enhancing the range of options the administrator may have at reach whenever one intends to put into practice such kind of hiring.

KEYWORDS: public-private partnership;
guarantees;
public-private partnership guarantee fund – PPP Guarantee Fund.

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha lo scopo di presentare al lettore le diverse forme di garanzia che potranno essere offerte al privato, dallo Stato, di modo ad attrarlo alla contrattazione di partenariati pubblico-privati istituiti nell'ambito federale dalla legge n° 11.079 del 30 dicembre 2004.

La scarsità di risorse pubbliche, culminando con l'incapacità statale di investire in settori di sua responsabilità, ha avviato la ricerca di nuove forme di interazione tra i settori pubblico e privato.

Tuttavia, lo storico di cattivo pagatore della Pubblica Amministrazione brasiliana ha implicato la necessità di offrire garanzie a coloro che contratteranno con il pubblico potere, senza le quali forse pochi oseranno investire il loro capitale in attività né sempre sicuramente redditizie.

La proposta è analizzare le diverse modalità di garanzie, puntando sugli aspetti favorevoli, sempre con l'intento di mostrarle viabili ed efficienti.

Infine, alcune suggestioni di nuove specie saranno presentate, aumentando la gamma di opzioni che l'amministratore avrà a portata di mano per poter portare a termine una contrattazione del genere.

PAROLE-CHIAVE: partenariati pubblico-privati;
garanzie;
fondo garantista di partenariati pubblico-privati – FGP.

SUMÁRIO

1)	INTRODUÇÃO	<i>p. 15</i>
2)	LINHAS DE EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	<i>p. 18</i>
	2.1) O ESTADO CONTRATUAL	<i>p. 18</i>
	2.2) PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – UM NOVO PARADIGMA	<i>p. 23</i>
3)	ASPECTOS GERAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	<i>p. 26</i>
	3.1) SURGIMENTO	<i>p. 26</i>
	3.2) A INOVAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	<i>p. 29</i>
4)	PANORAMA DA LEI FEDERAL Nº. 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004	<i>p. 30</i>
	4.1) NOÇÃO DE CONCESSÃO COMUM, CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	<i>p. 30</i>
	4.2) ATIVIDADES ESTATAIS DELEGÁVEIS ATRAVÉS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	<i>p. 35</i>
5)	A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PARA A EFETIVAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	<i>p. 39</i>
6)	RISCOS NAS PARCERIAS	<i>p. 43</i>
	6.1) RISCOS ENVOLVIDOS NUM PROGRAMA DE PARCERIAS	<i>p. 43</i>

6.2)	RISCOS ENVOLVIDOS EM CONTRATAÇÕES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	p. 46
6.2.1)	risco sistemático e não-sistemático	p. 46
6.2.2)	risco legal	p. 48
6.2.3)	risco político	p. 48
6.2.3.1)	a respeito dos precatórios	p. 50
6.2.4)	risco contratual	p. 54
7)	GARANTIAS	p. 55
7.1)	NOÇÃO DE GARANTIA	p. 55
7.2)	A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ARTIGO 8º DA LEI FEDERAL Nº. 11.079/2004	p. 57
8)	AS GARANTIAS PREVISTAS NA LEI FEDERAL Nº. 11.079/2004	p. 61
8.1)	VINCULAÇÃO DE RECEITAS	p. 61
8.1.1)	noção de receitas públicas e orçamento	p. 62
8.1.2)	a vinculação de receitas não como garantia, mas como a própria obrigação	p. 66
8.2)	INSTITUIÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS	p. 69
8.3)	SEGURO-GARANTIA	p. 72
8.4)	GARANTIAS PRESTADAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	p. 74
9)	GARANTIAS PRESTADAS POR FUNDO GARANTIDOR OU EMPRESA ESTATAL	p. 76
9.1)	DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR	p. 77
9.2)	DO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP	p. 84
9.2.1)	natureza do fundo garantidor de parcerias	p. 84

9.2.2)	integralização de bens do fundo garantidor de parcerias	p. 85
9.2.3)	criação, administração, gestão e representação do fundo garantidor de parcerias	p. 87
9.2.4)	das garantias em espécie	p. 88
9.2.4.1)	fiança	p. 88
9.2.4.2)	penhor	p. 90
9.2.4.3)	hipoteca	p. 91
9.2.4.4)	alienação fiduciária	p. 92
9.2.4.5)	outros contratos que produzam efeito de garantia	p. 94
9.2.4.6)	garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação	p. 94
9.2.5)	prestação de contra-garantia pelo fundo garantidor a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais	p. 96
9.2.6)	liberação do patrimônio do fundo garantidor e prazo para acionamento da garantia	p. 97
9.2.7)	subrogação dos direitos do parceiro privado ao fundo garantidor e sua dissolução	p. 97
10)	OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO DO PARTICULAR PREVISTAS NA LEI	p. 99
10.1)	A ARBITRAGEM	p. 99
10.2)	A TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO AO FINANCIADOR	p. 103
10.3)	A EMISSÃO DE EMPENHO EM NOME DO FINANCIADOR	p. 107
10.4)	A LEGITIMIDADE DO FINANCIADOR PARA RECEBER INDENIZAÇÕES E PAGAMENTOS DOS GARANTIDORES	p. 109

11)	POSSÍVEIS MODALIDADES DE PROTEÇÃO (NÃO PREVISTAS NA LEI)	<i>p. 111</i>
	<i>p. 111</i>
11.1)	O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	<i>p. 111</i>
11.2)	O OFERECIMENTO DE RECEBÍVEIS DE <i>ROYALTIES</i>	<i>p. 113</i>
11.3)	REPASSES DOS FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO	<i>p. 116</i>
11.4)	RECEBÍVEIS DAS CONCESSÕES COMUNS	<i>p. 117</i>
11.5)	RECEITAS ORIUNDAS DE SANÇÕES DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA	<i>p. 118</i>
11.6)	RECEBÍVEIS DE EXECUÇÕES FISCAIS	<i>p. 120</i>
12)	GARANTIAS QUE O PARCEIRO PRIVADO PRESTARÁ AO PARCEIRO PÚBLICO	<i>p. 123</i>
13)	ANÁLISE DA PORTARIA Nº. 614 DA SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL	<i>p. 126</i>
14)	ALGUNS MODELOS ESTADUAIS DE GARANTIAS	<i>p. 128</i>
	14.1) O MODELO PAULISTA	<i>p. 128</i>
	14.2) O MODELO MINEIRO	<i>p. 130</i>
15)	CONCLUSÃO	<i>p. 132</i>
16)	BIBLIOGRAFIA	<i>p. 137</i>
17)	ANEXOS	<i>p. 146</i>
	17.1) LEI FEDERAL Nº. 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004	<i>p. 146</i>
	<i>p. 146</i>

17.2)	CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA (CNPJ) – FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS	<i>p. 158</i>
17.3)	DECRETO Nº. 5.411, DE 06 DE ABRIL DE 2005	<i>p. 160</i>
17.4)	REGULAMENTO DO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP	<i>p. 163</i>
17.5)	ESTATUTO DO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP	<i>p. 181</i>
17.6)	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO ESPECIAL Nº. 612.439 – RS (2003/0212460-3)	<i>p. 188</i>
17.7)	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 11.308 – DF (2005/0212763-0)	<i>p. 200</i>
17.8)	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 24.213-1 – DF	<i>p. 206</i>
17.9)	LEI PAULISTA DE CESSÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E NÃO TRIBUTÁRIOS – LEI ESTADUAL Nº. 13.723, DE 29 DE SETEMBRO DE 2009	<i>p. 208</i>
17.10)	PORTARIA Nº. 614, DE 21 DE AGOSTO DE 2006, DA SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL	<i>p. 211</i>
17.11)	LEI PAULISTA DE PARCERIAS – LEI ESTADUAL Nº. 11.688, DE 19 DE MAIO DE 2004	<i>p. 233</i>
17.12)	LEI MINEIRA DE PARCERIAS – LEI ESTADUAL Nº. 14.868, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2003	<i>p. 243</i>

1) INTRODUÇÃO

Nosso país vem passando por uma fase de crescimento econômico baseada em infra-estrutura arcaica, e que lamentavelmente não acompanha as reais necessidades de desenvolvimento. O Estado Brasileiro não detém recursos necessários para a ampliação, modernização e construção de novos equipamentos públicos, implicando numa retração de investimentos por incapacidade estrutural. Nesse contexto de insuficiência de recursos, e baseado em experiências estrangeiras de sucesso, o legislador brasileiro editou a Lei Federal nº. 11.079, que institui normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas (doravante denominadas PPPs) no âmbito da Administração Pública¹.

Há evidências de que o sucesso das PPPs está exatamente na capacidade do Poder Público em convencer o parceiro privado de que irá honrar com suas obrigações; e, caso isso não ocorra, terá meios eficazes de se ressarcir do prejuízo suportado (garantias). Considerando que o objetivo primordial da lei em estudo é atrair o capital privado,

¹ Alexandre Santos de Aragão aponta a conjuntura que ensejou o surgimento das parcerias público-privadas no Brasil: 1) *gargalos de infra-estrutura impeditivas do crescimento e conseqüente melhora da situação fiscal do Estado*; 2) *existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infra-estruturas, não auto-sustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. In *REDAE – Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. Número 2. Salvador, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2009.

possibilitando ao Estado cumprir seus objetivos, Carlos Ari Sundfeld² aponta a importância do oferecimento de garantias, capazes de fomentar investimentos:

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto de impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como **oferecer garantias que convençam o particular a investir**.
(sem ênfase no original)

Como bem observado pelo professor (que teve intensa participação na elaboração dos projetos de lei que culminaram com as PPPs brasileiras), é objetivo deste novo marco legal oferecer garantias. **Por sua relevância**, nossos esforços no presente trabalho serão no sentido de mostrar a viabilidade de seus diversos tipos previstos na lei. Isabel Franco³ coloca, seguindo a doutrina de SUNDFELD:

Ainda sobre as lições do Reino Unido, lá o governo evita conceder garantias governamentais para limitar o risco financeiro do setor privado – prática sem a qual talvez não existirão PPPs no Brasil. Para que as PPPs prosperem é essencial a alocação otimizada do risco. Aqui fundamental será a contribuição dos prestadores de serviços de consultoria que deverão batalhar para uma ótima alocação de risco nos contratos de PPPs.

Como ressaltado pela autora, a concessão de garantias governamentais – que no Reino Unido são evitadas – será regra no Brasil, “prática sem a qual talvez não existirão PPPs”. Marcelo Viveiros de Moura e Décio Pio Borges de Castro⁴ também seguem nessa linha:

Afinal, o sucesso do instituto das PPPs no Brasil, depende fundamentalmente da capacidade de se convencer parceiros e financiadores privados de que o Governo irá honrar suas obrigações contratuais de longo prazo e de que, se por acaso as descumprir, tais parceiros e financiadores terão condições de executar, de forma rápida e eficiente, as garantias que lhes serão oferecidas, de maneira a se ressarcirem dos prejuízos que tal inadimplência certamente lhes causará.

² SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

³ FRANCO, Isabel. Experiências alienígenas: lições para o Brasil. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora, p. 13.

⁴ MOURA, Marcelo Viveiros de; CASTRO, Décio Pio Borges de. A Importância das garantias. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora, p. 56.

Reportagem do Jornal Valor (de 02 de dezembro de 2004 – p. A9) salienta que os empresários interessados nas PPPs entendem ainda serem poucas as garantias previstas na lei. O Estado Brasileiro tem tamanha fama de “caloteiro” que chegamos ao ponto de nos deparar com afirmações desta natureza.

Apesar de ser instituto jurídico deveras recente, rios de tinta já se verteram em sua análise; contudo, não há notícia de estudo direcionado especificamente às garantias. Infelizmente o Estado Brasileiro (em todas as suas esferas, com raríssimas exceções), goza da fama de mau pagador. Desta forma, não fosse o oferecimento de garantias idôneas e capazes de suportar o eventual insucesso do empreendimento a ser levado a efeito pelo parceiro privado, certamente o empresariado investiria seu capital em atividades que envolvessem menor risco.

O trabalho objetiva, portanto, apresentar ao leitor as diversas modalidades de garantias que o Poder Público pode oferecer ao particular, como forma de atraí-lo a este novo modelo de contratação.

Embora algumas delas tenham levantado alegações de inconstitucionalidades por parte da doutrina, nossa intenção é realizar análise profunda das mesmas, sempre no sentido de tentar aplicá-las aos casos concretos.

2) LINHAS DE EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SUMÁRIO: 2.1 O estado contratual – 2.2 Parcerias público-privadas – um novo paradigma.

2.1) O ESTADO CONTRATUAL

A vida em sociedade é dinâmica e complexa. O ordenamento jurídico, na tentativa de regular a convivência humana, deve ser capaz de se alterar e acompanhar as necessidades do momento.

A Administração Pública não é diferente, pois numa constante mutação, exige da legislação que a ordena adaptação a contextos que se modificam velozmente. Surge assim, a cada dia, um NOVO ESTADO, enfrentando problemas inéditos e cada vez mais complexos, inexistentes à época da origem do Direito Administrativo (início do século XIX), que na atualidade deve amoldar e estudar a conduta de um Estado Regulador, não intervencionista, carente de recursos e que seja capaz de realizar os ideais de justiça social e econômica.

Estado Regulador porque assume o papel de regular e fiscalizar as atividades concedidas (no sentido genérico do termo) à execução/exploração do setor privado. Assim, as chamadas Agências Reguladoras assumem uma importância expressiva atualmente. Questão controvertida é saber exatamente até onde estas agências podem regular, sem invadir a esfera de competência legislativa. Contudo, claro está que nos dias de hoje é inviável deixar de considerar no estudo do Direito Administrativo a existência e influência dessas agências na atuação do Estado, especialmente na prestação de serviços públicos, que poderão ser prestados por particulares, através de PPPs.

O Estado não intervencionista é aquele criado pelos arts. 170 e seguintes de nossa Constituição Federal; o livre exercício de qualquer atividade econômica é assegurado, independentemente da autorização de órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei. E no sentido inverso, o Estado só poderá explorar diretamente atividade econômica quando tal exploração se mostrar necessária aos imperativos da segurança nacional e/ou for de relevante interesse coletivo, também nos termos da lei. Ademais, enquanto agente normativo/regulador, o Estado poderá exercer as funções de fiscalização, incentivo⁵ e planejamento, que serão determinantes para o setor público, contudo meramente indicativos para o setor privado. Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ destaca:

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

As lições transcritas corroboram o dever do Estado de não intervir na economia, salvo nas hipóteses acima referidas (art. 173, C.F.). A livre iniciativa altera o cenário e obriga o Estado a se adaptar às novas realidades econômicas.

O Estado carente de recursos é o Estado que sequer consegue arcar com o custo de sua máquina burocrática, ou seja, quase não paga suas próprias contas, e se vê

⁵ A atividade de fomento/incentivo, que consiste no estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação (MEDAUAR, 2008, p. 105), tem ganhado importância atualmente. Diversos setores econômicos sensíveis contam com subsídios, no intuito de torná-los viáveis e atrativos.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 758.

obrigado pelo sistema a prestações muitas vezes fora de seu alcance⁷. O grave problema da segurança pública, lastimável sistema educacional, infra-estrutura arcaica e insuficiente, sistema de transporte público antiquado e ineficiente – isso tudo é reflexo da falta de recursos para investimento nas diversas áreas citadas, não obstante o Brasil figurar dentre as nações com maior carga tributária do planeta. Pode-se atribuir parte da causa desses problemas à corrupção, que infelizmente ainda está enraizada e custa a deixar de ser “cultural”. Ou então à inexperiência de nossos representantes, que gerem mal a coisa pública. Todavia, ainda assim a carência de recursos frente às necessidades prementes é uma realidade.

Para nós, a grande característica do Estado atual é esta – um Estado carente de recursos, que necessita da ajuda do particular para implementar e cumprir suas obrigações constitucionais. Trata-se de um Estado frágil e rendido aos ditames do mundo globalizado e capitalista, forçado a entregar atividades que lhe são inerentes à exploração de particulares, pois caso contrário se mostra incapaz de executá-las.

Quanto à justiça social e econômica, este novo Estado tem uma missão cada dia mais difícil de ser cumprida: promover a igualdade social, diminuindo as diferenças e criando um ambiente sócio/econômico propício à continuação do desenvolvimento. Tal obrigação é traduzida através da prestação dos serviços públicos desta natureza (saúde, educação, assistência social e previdência). E conforme já destacado, nenhum desses serviços estão sendo prestados a contento. De fato a economia tem apresentado bons números nos últimos anos – contudo, a desigualdade, ao que parece, tem aumentado, gerando problemas sociais complexos e de difícil solução.

Portanto, este é o novo Estado, e sobre esta realidade que o Direito Administrativo deve se pautar, ciente da necessidade de soluções jurídicas inovadoras, capazes de, se não solucionar, ao menos amenizar tais problemas. As PPPs são um

⁷ Multiplicam-se as ações movidas por cidadãos pleiteando o fornecimento de medicamentos de alto custo, que normalmente não são disponibilizados na rede pública de saúde. No sopesamento de valores, os magistrados, em sua grande maioria, e em caráter liminar, obrigam o fornecimento aludido. O Município de Belo Horizonte tem sua receita comprometida em quase 30% (trinta por cento) com despesas advindas de ordens judiciais.

exemplo disso: a busca de soluções pelo Estado. Odete Medauar⁸, em interessante trecho do prefácio à 1ª edição da obra “O Direito Administrativo em Evolução”, assim leciona:

A chave de acesso para essa pesquisa foi a retomada da trajetória percorrida pelo direito administrativo, desde suas raízes, **para compreender seus fundamentos originários e confrontá-los com a realidade atual.**

(...)

Também motivou a autora a busca do “contemporâneo”, do atual, para que **o direito administrativo entre em sintonia com a realidade presente e futura próxima, antes de ser “atropelado” por ela**⁹.

(grifamos)

O Direito Administrativo tem passado por profundas alterações. O mundo depara-se com um permanente crescimento da complexidade das atividades particulares, acompanhado, naturalmente, da potencialidade de danos a interesses coletivos que essas atividades trazem. O Estado deve, rapidamente, se adequar a novas realidades, sob pena de se tornar uma criação humana sem sentido. Neste contexto, o estudioso do direito, muitas vezes, precisa abrir mão de conceitos tradicionais e antigos para dar lugar a novas sistemáticas que atendam à realidade do momento.

Observa-se, com a evolução do Direito Administrativo, a passagem da era do “não-contrato” ao que hoje podemos chamar de ESTADO CONTRATUAL, reunindo as características acima explicitadas, num novo modelo de Administração. Analisando o tema, Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹⁰ aponta não ser mais tarefa principal do Estado neste início do século XXI a realização direta de “ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas”. Passa pelas lições de Norberto Bobbio, que afirma ser o Estado contemporâneo muito mais um mediador e garantidor, do que mero detentor do poder de império; e, arrimado no pensamento de Gaspar Ariño Ortiz, conclui que atualmente vivemos num modelo de Estado Contratual, onde o contrato deixa de refletir apenas o anseio de obtenção de obrigações econômicas, e passa a exigir resultados sociais:

⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 5.

⁹ Somos obrigados a confessar, a título de elogio e agradecimento, que foi esse espírito que nos impulsionou a concorrer à uma das disputadíssimas vagas no curso de mestrado da centenária Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo a Professora Odete Medauar como orientadora.

¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In *Parcerias público-privadas, um enfoque multidisciplinar*. Coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen. São Paulo: RT, 2005, p. 93.

O fim do Estado contemporâneo é o de constituir-se em canal e instrumento indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade.

Aquela idéia de submissão do particular às determinações do Poder Público nos contratos administrativos é relativizada, valendo mais o consenso do que a imposição; verifica-se atualmente uma aproximação entre os regimes de direito público e de direito privado, levando o Estado a assumir o papel de *parceiro*, como o que será analisado neste trabalho, no contexto das PPPs.

Por certo que, nas contratações tradicionais (aqui nos referimos às contratações efetuadas sob o regime das Leis nº. 8.666/93 e 8.987/95), esta característica não será tão marcante quanto nos contratos efetuados sob a égide da Lei nº. 11.079/2004; nas PPPs o particular será credor e devedor – bem como a Administração, destacando que os riscos do empreendimento deverão ser repartidos, inclusive os relativos à caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inciso III). Resumindo o posicionamento das PPPs neste novel contexto histórico, trazemos à baila novamente as lições de Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹¹:

Em face do exposto, as PPPs também encaixam-se no *novo contratualismo administrativo*, em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integram o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a este último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração.
(sic)

Num mundo globalizado, onde grandes conglomerados empresariais comandam determinados setores da economia, em que grupos industriais tem poder financeiro deveras superior ao de algumas nações, não há mais lugar para uma Administração impositiva! O consenso, que altera o conteúdo jurídico do conceito tradicional de “contrato administrativo”, é a nova palavra de ordem. Surgem novos desafios, surgem novas soluções, surge um NOVO ESTADO!

¹¹ Id. Ibid., p. 113.

2.2) PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – UM NOVO PARADIGMA

Pode-se afirmar, com segurança, que o Estado já realizava parcerias com entes privados antes do advento da Lei nº. 11.079/2004. Tais parcerias, neste sentido, são entendidas num espectro mais amplo, envolvendo a concessão de serviços públicos (Lei nº. 8.987/95), contratos de gestão, termos de parceria, dentre outras formas. Carlos Ari Sundfeld¹² assim trata da questão:

Em face da legislação brasileira vigente, a expressão pode ser usada juridicamente de duas formas paralelas.

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 atividades com algum coeficiente de interesse geral.

(...)

O que há de importante a dizer das parcerias em sentido assim amplo é que, se não são propriamente novas, por certo são um fenômeno crescente, que vai gerando soluções normativas peculiares.

Para o presente trabalho, iremos tratar das parcerias nos referindo às Parcerias Público-Privadas¹³, que segundo o texto legal englobam as denominadas *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*, conceituadas, respectivamente, pelos parágrafos 1º e 2º do art. 2º da Lei nº. 11.079/2004.

Sendo modalidade de concessão, as PPPs necessariamente são formas de delegação de serviço público. Tal raciocínio se constrói com a simples leitura do art. 175 da Constituição Federal, bem como do art. 1º da Lei nº. 8.987/95. Entretanto, surge a

¹² Id. Ibid., p. 18.

¹³ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado afirmam ser possível extrair três sentidos para a expressão “parceria público-privada”:

- a) uma conotação genérica, envolvendo todos os tipos de pactos contratuais entre Administração e particulares (aqui no Brasil conhecidos como *parcerias da Administração Pública*);
- b) um tipo específico de contratação entre particular e Poder Público, havendo o pagamento de alguma forma de subsídio pelo Estado;
- c) contratos com estrutura econômica semelhante à dos contratos de concessão de serviço público, que se destinam à prestação de serviços pelo parceiro privado à Administração ou ao público, em que a remuneração do parceiro privado seria realizada, em regra, por meio de pagamento de subsídio integral pelo Poder Público.

(RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26).

questão: as PPPs são possíveis apenas para delegação de serviços públicos ou podem ser implementadas para outros fins?

Consideradas como espécies de concessão (patrocinada e administrativa), a impressão inicial é que a sua implementação é possível somente para execução de serviços públicos. Mesmo porque, nos termos do art. 2º, § 4º, inciso III da Lei nº. 11.079/2004, é vedada a celebração de parceria cujo objeto seja apenas o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Ademais, os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, ao conceituarem concessão patrocinada e administrativa, afirmam serem concessões de serviços.

Com relação à concessão patrocinada, Carlos Ari Sundfeld¹⁴ assim se manifesta:

Concessão patrocinada é – juntamente com a concessão comum – espécie do gênero “concessão de serviço público”. Por isso, a ela se aplica o regime da legislação geral desse gênero de contratos (a Lei de Concessões e outras correlatas, como a Lei federal 9.074/1995), com o complemento das normas da Lei das PPPs (art. 3º, § 1º).

Portanto, excluído o regime remuneratório, não há diferença entre concessão patrocinada e concessão comum (assim chamada pela Lei das PPPs as concessões regidas pela Lei nº. 8.987/95). A remuneração do concessionário se faz pela conjugação da tarifa cobrada dos usuários e da contraprestação do poder concedente, nas formas estabelecidas no edital e contrato.

Já na concessão administrativa dois cenários se apresentam:

- 1) Concessão administrativa de serviços públicos: o concessionário presta serviço público, mas o usuário não paga tarifa pelo serviço. A remuneração do concessionário advém integralmente da contraprestação pecuniária do Poder Concedente.

¹⁴ Id. Ibid., p. 28.

- 2) Concessão administrativa de serviços ao Estado: para Carlos Ari Sundfeld, é espécie de *contrato administrativo de serviços ao Estado*. Num primeiro momento, poder-se-ia confundir tal modalidade com os contratos regidos pela Lei de Licitações. Mas na concessão administrativa, obrigatoriamente deverão existir investimentos do particular, não menores do que R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), que serão amortizados no curso do contrato, o que não ocorre nas contratações regidas pela Lei nº. 8.666/93.

Sendo contratos diferentes, com características próprias, qual a razão para a Lei das PPPs ter usado o termo “concessão”? Neste particular, parece-nos que a intenção foi a de utilizar a sistemática já consagrada dos contratos de concessão comum às PPPs, onde sempre haverá investimentos de elevada monta pelo parceiro privado, que serão amortizados no curso do contrato, não obstante as diferenças das atividades concedidas (enquanto as concessões comuns se voltam às atividades sustentáveis apenas com a cobrança das tarifas, nas concessões patrocinada e administrativa outras formas de remuneração do particular serão necessárias).

Portanto, um novo modelo, um novo paradigma surge com a Lei de PPPs. Como anteriormente ressaltado, o Poder Público participará como um “colaborador” do particular, em vista da implementação da infra-estrutura pretendida. O imperialismo dá lugar ao consensualismo. Novas formas de pactos entre Estado e iniciativa privada se tornam possíveis.

3) ASPECTOS GERAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS

SUMÁRIO: 3.1 Surgimento – 3.2 A inovação no ordenamento brasileiro.

3.1) SURGIMENTO

No final de 2003 o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei – que na Câmara dos Deputados recebeu o nº. 2.546/03, tendo como relator o Deputado Paulo Bernardo (PT do Paraná). O texto foi aprovado pelo plenário da casa aos 17 de março de 2004. Posteriormente analisado pelo Senado Federal sob o nº. 10/2004, com relatoria do Senador João Tenório (PSDB de Alagoas), foi aprovado pela Comissão de Infra-Estrutura aos 4 de maio de 2004.

Contudo, face às diversas e contundentes críticas feitas ao projeto em tramitação, foi elaborada nova minuta de Lei de PPP¹⁵. Acordos entre as lideranças políticas possibilitaram a aprovação do novo texto pelos diversos órgãos do Senado

¹⁵ Minuta elaborada por Maurício Portugal Ribeiro e Marcos Barbosa Pinto, que após a efetivação de um convênio entre o Ministério do Planejamento e o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, foram contratados pelo banco como consultor especialista em direito administrativo e PPP e consultor especialista em direito comercial e PPP, respectivamente.

(Comissão de Assuntos Econômicos, Comissão de Constituição e Justiça) e, por fim, em 21 de dezembro de 2004, pelo plenário da casa. No dia seguinte foi aprovado pelo Plenário da Câmara.

Aos 30 de dezembro de 2004 o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionava a Lei de PPP, com apenas dois vetos.

Cumprir apontar que, no plano federal, a regulamentação das PPPs se deu apenas no final de 2004; entretanto, alguns Estados já haviam editado leis próprias (como é o caso de Minas Gerais e São Paulo)¹⁶, surgindo a necessidade de se verificar a adequação e compatibilidade das normas estaduais frente ao novo cenário posto. Surgiria também a necessidade de se analisar as PPPs realizadas pelos Estados na ausência da legislação federal, com relação à eventual direito adquirido dos concessionários à manutenção dos termos da legislação estadual – discussão que não se põe, pois neste período nenhuma PPP estadual foi levada a efeito.

Apenas para ilustrar o acima exposto, segue trecho da legislação paulista que conflita com a legislação federal:

Art. 5º Parcerias público-privadas são mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados, podendo ter por objeto:

I – **a implantação**, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão **de infraestrutura pública**;

(g.n.)

Da simples leitura do dispositivo acima se extrai que a legislação paulista permite a realização de PPP visando apenas a construção de obras. Já a legislação federal assim dispõe:

¹⁶ Neste cenário, ainda na ausência de lei federal que tratasse das parcerias, alguns Estados criaram suas próprias legislações; o pioneiro foi o Estado de Minas Gerais, seguido por Santa Catarina, São Paulo e Goiás. De fato, a questão das PPPs envolve matérias outras que não só as parcerias propriamente ditas. Avança sobre o campo das licitações, dos contratos administrativos, das concessões, dentre outros. Assim, mesmo inexistindo “norma geral” (de competência da União) que tratasse das parcerias, já existiam normas gerais de licitações e contratos (Lei Federal nº. 8.666/93), normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos (Lei Federal nº. 8.987/95), normas gerais sobre responsabilidade fiscal (Lei Complementar Federal nº. 101/2000) – o que demonstra que mesmo antes da edição da Lei nº. 11.079/2004, já existiam balizas a serem observadas pelo legislador estadual.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 4º – **É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:**

(...)

III – **que tenha como objeto único** o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou **a execução de obra pública.**

(sem ênfase no original)

Portanto, em razão da superveniência de legislação que trata dos aspectos gerais das parcerias, a disposição da lei paulista fica com sua eficácia suspensa.

Outra discussão que tem tomado vulto é com relação ao prazo de vigência das PPPs. A legislação federal autoriza a celebração de parcerias com prazo “não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” (art. 5º, I). A lei paulista silencia quanto a prazos; a lei mineira estabelece como prazo mínimo 10 (dez) anos, e prazo máximo 30 (trinta) anos, para contratos que envolvam um investimento inicial superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e cuja remuneração do parceiro privado não se faça através da cobrança de tarifa dos usuários. As leis catarinense e goiana também trazem disposições específicas quanto a prazos mínimo e máximo. Parece-nos que dispositivos das legislações estaduais que conflitam com a legislação federal¹⁷ no tocante a prazos também ficam com sua eficácia suspensa.

¹⁷ Com relação à competência da União para legislar sobre normas gerais, alguns doutrinadores entendem que a Lei nº. 11.079/2004 ultrapassa sua esfera de poderes, indo além da sua função, quando estabelece um “piso” para a realização de PPPs (art. 2º, § 4º, inciso I – é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a vinte milhões de reais). Parte da doutrina que se insurge quanto ao “piso” entende que, por ser deveras elevado inclusive para a União, inviabiliza o uso desta nova modalidade de contratação por Municípios de pequeno porte e eventualmente até estados da federação menos desenvolvidos. Dito de outra forma, crêem ser possível apenas à União, aos Estados e Municípios de maior porte e maior potencial econômico a contratação de PPPs. Neste sentido, Gustavo Binenbojm defende a aplicação do limite de valor mínimo apenas à União, afirmando caber a cada ente federativo a fixação de seus próprios limites, que devem ser compatíveis com sua realidade sócio-econômica. Toshio Mukai é ainda mais radical, defendendo a inconstitucionalidade de tal dispositivo. Para nós, escorados nas lições de Carlos Ari Sunfeld, a regra que estabelece um valor mínimo para a contratação de PPP não fere qualquer dispositivo constitucional. Ao contrário, tem razão de existir, qual seja, a de manter as PPPs como modalidades excepcionais de contratação, para as hipóteses em que será esta a melhor modelagem contratual para o caso concreto.

3.2) A INOVAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Alguns autores não consideravam essencial a edição da Lei nº. 11.079/2004 para a realização das parcerias propostas. Por exemplo, Mario Engler Pinto Junior¹⁸ afirma que a concessão comum da Lei nº. 8.987/95 já permitia sua utilização para estruturar projetos inspirados na idéia de parceria público-privada, inclusive com subsídio tarifário.

De fato algumas modelagens contratuais (que eventualmente poderiam ser criadas apenas com fulcro na legislação existente até o advento da Lei nº. 11.079/2004) já eram possíveis. Contudo, cremos que o marco legal veio para dar musculatura a este tipo de contratação, até então não usual, reforçando a idéia de participação do capital privado em empreendimentos públicos e, especialmente, tornando clara e objetiva a repartição de riscos entre parceiros público e privado, afastando as PPPs das características tradicionais dos contratos públicos, e introduzindo um regime misto, com forte influxo do sistema contratual do direito privado.

Outrossim, tornando a linguagem e os termos jurídicos mais próximos dos utilizados pelos países de primeiro mundo, fatalmente a lei se torna mais palatável aos investidores estrangeiros, favorecendo a atração de capital.

Por fim, e o que nos parece mais importante e inovador da lei, é a viabilização da prestação de garantias ao parceiro privado, nas obrigações de pagamento assumidas pelo parceiro público. Por mais que fosse possível a realização de contratos semelhantes aos propostos pela novel legislação, o não oferecimento de garantias tornaria rara a realização de empreendimentos com a utilização das PPPs. Portanto, a Lei nº. 11.079/2004 INOVA o ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Parceria público-privada: antigas e novas modalidades contratuais*. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emilio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 88.

4) PANORAMA DA LEI FEDERAL Nº. 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

SUMÁRIO: 4.1 Noção de concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa – 4.2 Atividades estatais delegáveis através de parcerias público-privadas.

4.1) NOÇÃO DE CONCESSÃO COMUM, CONCESSÃO PATROCINADA E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Odete Medauar¹⁹ aponta que o contrato de concessão pode se apresentar sob várias modalidades: *i)* concessão de serviço público; *ii)* concessão de serviço público precedida de obra pública; *iii)* concessão de uso de bem público; *iv)* concessão de direito real de uso; *v)* concessão de uso especial de imóvel público urbano para fins de moradia; *vi)* concessão patrocinada; *vii)* concessão administrativa; e *viii)* concessão florestal.

A autora, logo após elencar as espécies de concessões, aponta os aspectos fundamentais do regime jurídico dos contratos clássicos, destacando, dentre outros, a

¹⁹ Id. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 209 et seq.

presença de cláusulas exorbitantes, a possibilidade de alteração e a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração.

O art. 2º, § 3º da Lei nº. 11.079/2004 define concessão comum como aquela em que o concessionário não receberá remuneração do Poder Concedente. É a tradicional concessão de serviço público, cujo conceito, nas lições de Hely Lopes Meirelles²⁰, é:

Contrato de concessão de serviço público – *Contrato de concessão de serviço público*, ou, simplesmente, *concessão de serviço público*, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma *tarifa* cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos *contratos de concessão de serviço público* a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.
(sic)

Tal modalidade de concessão não se inclui entre os contratos de PPPs. É regida pela lei de concessões e permissões (Lei nº. 8.987/95) e pela lei de licitações (Lei nº. 8.666/93). Traz em seus termos os aspectos já realçados, característicos dos contratos clássicos de Direito Público.

As concessões patrocinada e administrativa foram criadas e conceituadas pela Lei nº. 11.079/2004 (art. 2º, §§ 1º e 2º)^{21 22 23}. A patrocinada nada mais é do que a

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 241.

²¹ Paulo Modesto nos fornece conceito operacional das PPPs em sentido estrito: *contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica asseguradas pelo Poder Público*. (MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 480 et seq.).

²² Floriano de Azevedo Marques Neto conceitua PPP (mesmo reconhecendo que tal conceito é deveras amplo) como *ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo para ela estipulado, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma e outra das partes*. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287 et seq.).

²³ Julgamos interessante apresentar, por fim, conceito que nos parece didático e de fácil inteligência. Assim, Vera Monteiro afirma: *contrato de parceria público-privada é contrato de concessão, em alguma de suas novas modalidades. Visam contornar o problema da incapacidade de investir do Poder Público no curto prazo, tendo em vista a possibilidade de estes recursos existirem no longo prazo. Em poucas palavras, tanto*

concessão nos moldes da Lei nº. 8.987/95, quando, além da tarifa cobrada dos usuários, existe uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ aponta o que lhe parece uma incongruência desta nova modalidade:

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

Com relação à administrativa, a doutrina tem se desdobrado para dar sentido ao conceito legal. SUNDFELD afirma existirem dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

Na concessão administrativa de serviços públicos, os usuários usufruem do serviço prestado sem nada pagar por ele, pois o concessionário será remunerado pelo Poder Concedente.

Já a concessão administrativa de serviços ao Estado se assemelha a um contrato tradicional de prestação de serviços à Administração, com uma singela diferença: enquanto na contratação clássica o particular nada investe, neste tipo de concessão administrativa o particular terá que realizar um investimento mínimo de 20 (vinte) milhões de reais (art. 2º, § 4º, I). Tal aplicação de capital poderá ser feita na construção da própria infra-estrutura necessária à prestação do serviço contratado. O prazo mínimo das contratações também pode diferir: na concessão administrativa será obrigatoriamente de 5 (cinco) anos.

*a concessão comum quanto as neonatas **patrocinada e administrativa** servem para resolver um problema criado pela conjunção dos seguintes fatores: (a) necessidade de investimentos em curto prazo, (b) impossibilidade de o Estado realizá-los com recursos orçamentários e (c) suposição de que a iniciativa privada é capaz de suprir a incapacidade estatal.* (MONTEIRO, Vera. *Parcerias público-privadas: aspectos fiscais e orçamentários*. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emilio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 182).

²⁴ Id. *Ibid.*, p. 737.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵ chama a concessão administrativa de “falsa concessão”, considerando-a um simples contrato de prestação de serviços²⁶:

Deveras, não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão; assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons por meio dela.

Questão que aflora é sobre a possibilidade da remuneração do concessionário pelo Poder Concedente, nas concessões administrativas, não se dar em pecúnia, mas em alguma das formas previstas pelos incisos III a V do art. 6º da lei de parcerias (outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, outros meios admitidos em lei). A dúvida surge quando se coteja o acima exposto com o art. 11 da Lei de Concessões (Lei nº. 8.987/95), que prevê a possibilidade de remuneração da concessionária através de receitas alternativas (até de forma exclusiva). Neste caso, a solução continua sendo a mesma: será concessão administrativa, independentemente de remuneração em pecúnia, quando o contrato exigir investimento de no mínimo vinte milhões de reais, e seu prazo mínimo seja de 5 anos. A definição legal de concessão patrocinada traz a obrigação de contraprestação PECUNIÁRIA; já na concessão administrativa inexistente tal imposição.

O limite mínimo a ser investido pelo particular nas PPPs é de 20 milhões de reais (art. 2º, § 4º, inciso I), fazendo assim cumprir o objetivo da lei, qual seja, o de financiar a implementação de infra-estrutura com capital privado. Foi esse valor que o legislador considerou razoável a justificar os diversos benefícios desse tipo de contratação (dentre eles as garantias).

²⁵ Id. Ibid., p. 739.

²⁶ Paulo Modesto assim se manifesta: *A concessão administrativa pode figurar como um contrato de prestação de serviços peculiar, de risco ou de quantitativos variáveis, quando não exigir a prévia execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens e a remuneração do empresário privado decorrer da eficiência de seu desempenho na execução das atividades contratadas. (...) De ordinário, no entanto, salvo melhor juízo, a concessão administrativa deve ser qualificada como um contrato administrativo misto, híbrido, envolvendo um contrato de prestação de serviços e uma concessão de uso ou de obra pública, nomeadamente quando envolver a utilização de instalações privativas do Poder Público ou a execução de obra ou o fornecimento de bens.* (MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 483).

Por fim, cumpre diferenciar a concessão TOTALMENTE patrocinada da concessão administrativa (de serviços públicos). Para Mario Engler Pinto Junior²⁷, a diferença encontra-se na natureza do serviço concedido:

No entanto, a concessão totalmente patrocinada não se confunde com a concessão administrativa, embora ambas dispensem a arrecadação tarifária. O elemento diferenciador reside na natureza do serviço concedido. No primeiro caso, trata-se de serviço potencialmente tarifável sob o ponto de vista técnico e jurídico, embora não efetivamente tarifado por mera opção política. No segundo caso, o serviço concedido não comporta absolutamente a tarifação, pois ou se destina ao uso e consumo da própria Administração (usuária direta) ou se reveste de caráter *uti universi*, por beneficiar um conjunto difuso ou indeterminado de pessoas (usuária indireta).

Neste mesmo sentido afirmam Claudia Elena Bonelli e Rodnei Iazzetta²⁸. Contudo, ousamos discordar, pois para nós é **impossível** a concessão totalmente patrocinada. Vejamos: ao conceituar concessão patrocinada (art. 2º, § 1º), a lei estabelece que eventual contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado será ADICIONAL à tarifa cobrada dos usuários. A tarifa é a forma ordinária de remuneração do concessionário neste tipo de modelagem contratual – sendo a contraprestação pecuniária uma complementação. Portanto, da simples leitura, conclui-se pela impossibilidade da concessão totalmente patrocinada. Podemos visualizar situação onde a contraprestação pecuniária seja muito superior ao valor arrecadado com a cobrança de tarifas²⁹. Contudo, não poderá chegar a 100% (cem por cento).

²⁷ Id. Ibid., p. 81.

²⁸ *Tem-se defendido a utilização das concessões administrativas na delegação de serviços públicos quando é difícil individualizar o usuário do serviço público ou quando a cobrança da tarifa do usuário é inviável. Sem a possibilidade de identificar o usuário, tal como ocorre nos serviços de iluminação pública, a utilização do instituto da concessão comum restaria de difícil aplicação, uma vez que o concessionário não teria como ser remunerado por uma tarifa. Assim, surge a concessão administrativa que viabiliza o pagamento do serviço pela Administração Pública e possibilita a fruição dos serviços pelos administrados, sem a necessidade do pagamento de uma tarifa direta ao concessionário.* (BONELLI, Claudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. Contratos de parceria público privada – PPP no Brasil. In *Estudos sobre as parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 98).

²⁹ Vale lembrar o disposto no § 3º do art. 10: As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

4.2) ATIVIDADES ESTATAIS DELEGÁVEIS ATRAVÉS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O art. 4º, inciso III da lei de PPPs traz como diretriz a ser observada, dentre outras, a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Assim, por exclusão, todas as atividades estatais não listadas acima, em tese, podem ser delegadas à execução, por particular, através de PPPs. Delegar é entregar, transferir, conceder. A lei de concessões (Lei nº. 8.987/95), em seu art. 2º, assim considera:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

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

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰, em nota de rodapé, critica o termo “delegação” utilizado pelo legislador ao definir concessão de serviço público:

Teria sido preferível que a lei houvesse mencionado o termo genérico “outorga” da prestação do serviço, ao invés de falar em “delegação”. É que esta última expressão, como bem se vê na linguagem constitucional, quadra melhor para designar a investidura no desempenho de atividade *jurídica* – e não de atividade *material* (caso da concessão). De fato, o art. 236 da Lei Maior serve-se da voz “delegação” para atividades eminentemente jurídicas, as notariais e de registro, ao passo que no art. 21, XI e XII, refere concessão para serviços materiais como os telefônicos, telegráficos, de radiodifusão, de telecomunicações em geral, de produção de energia elétrica e de transporte. Aliás, este é o menor dos reparos a ser feito ao teor das definições legais.

Para nós, delegar é outorgar o exercício de uma atividade a alguém. Não vemos problema na utilização do termo “delegação” pelo legislador, pois nas lições do próprio Professor Celso Antônio, as palavras nada mais são do que rótulos; em contextos diferentes, dificilmente irá confundir-se as duas espécies de delegação apontadas³¹.

³⁰ Id. *Ibid.*, p. 678.

³¹ Cabe aqui um agradecimento ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, brilhante jurista, que anos atrás nos proporcionou a possibilidade de cursar seu concorrido curso de mestrado em Direito Administrativo da

No caso da outorga de serviço público, o poder concedente transfere a um concessionário a obrigação de prestar serviço cuja competência lhe era própria. Entretanto, é pacífico na doutrina que na concessão o que se transfere é a execução do serviço, mas sua titularidade continua sendo do poder concedente. Neste sentido as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²:

O poder concedente só transfere ao concessionário a **execução** do serviço, continuando **titular** do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público.

Para tratar das atividades delegáveis, precisamos dizer quais são as indelegáveis. É indelegável toda e qualquer atividade onde seja necessário o emprego ou avocação do poder de império do Estado. Para justificar tal afirmação, claras as lições de Fernando Vernalha Guimarães³³:

Referidas competências (exercício de certas funções públicas, como a manifestação do poder de polícia, da função jurisdicional, entre outras exclusivas do Estado) caracterizam-se, desde sempre, como funções típicas estatais indelegáveis à gestão privada, por traduzirem atividades que pressupõe o exercício do poder estatal destinado à realização de valores fundamentais. A orientação pressupõe o conteúdo do princípio da República, que impõe a reserva de poderes instrumentais à satisfação do interesse do povo nas mãos do Estado. Sua partilha não poderá ser admitida, ante o risco de frustração de objetivos constitucionais que deverão ser perseguidos pelo Estado. As competências instrumentais a esse fim são inalienáveis e intransferíveis. Essa concepção é admitida em inúmeros ordenamentos.

No Brasil é tradicional o reconhecimento acerca da indelegabilidade de determinadas funções estatais. As atividades essenciais de produção/aplicação do Direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos são atingidas pela limitação, como refere a doutrina.

Excluída a função de regulação e a jurisdicional, cujo conteúdo nos parece claro, o exercício do poder de polícia³⁴ é conceito deveras aberto, dando margem a diversas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na qualidade de ouvinte, nos recebendo semanalmente em sua residência para suas magníficas aulas.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 294 et seq.

³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 386.

³⁴ Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66):

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao

interpretações. Deixando de lado a discussão sobre o termo (nas lições de SUNDFELD, o correto seria “Atividade Ordenadora”), entendemos por “poder de polícia” a potencialidade do Estado de utilizar, se necessário, de coerção, bem como de seu poder de império, para o alcance de suas finalidades, quais sejam, a realização dos direitos fundamentais.

A doutrina já tem admitido a delegação de atos instrumentais ao exercício do poder de polícia. É o caso dos radares fotográficos de velocidade, cuja atividade fiscalizadora é realizada por particular, não obstante o auto de infração ser lavrado pela autoridade competente.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto³⁵, não são delegáveis atividades que envolvam poder decisório ou poder coercitivo do Estado, admitindo a delegação para as atividades preparatórias, instrumentais, incrementais ou de suporte³⁶.

Por fim, toma fôlego a discussão acerca da concessão de serviços penitenciários (concessão administrativa). Quais atividades, dentre as diversas englobadas nos “serviços penitenciários”, podem ser delegadas? Vários países já têm se utilizado das PPPs para construção e operação de presídios.

exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

³⁵ Id. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia. In *RTDP* 32/73. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁶ José Roberto Pimenta Oliveira, após apresentar posições de diversos doutrinadores, e baseado nos princípios que considera balizadores do desempenho da atividade estatal de ordenação administrativa de direitos (princípio republicano, da isonomia, da legalidade e da moralidade), apresenta os critérios que fornecem legitimidade de delegação a particulares de atividades típicas de Estado: (a) *A característica da atividade trespassada a particulares relativamente aos provimentos administrativos a serem editados pela Administração na matéria, considerando que, no conjunto determinado de atividades globalmente identificadas e legalmente previstas no exercício da polícia administrativa, a execução direta das atividades-fim (justificadoras da própria outorga legal das competências) deve ser desempenhada ao nível da própria organização administrativa legalmente estabelecida, pelos agentes públicos inseridos no órgão ou ente legalmente competente;* (b) *A natureza da atividade objeto de possível contratação, considerando sua indiscutível realização sob critérios objetivos, passíveis de plena contrastabilidade por órgão de controle externo, em âmbito administrativo, legislativo e judicial;* (c) *A qualificação jurídica do resultado da atividade objeto de terceirização, considerando que a expedição de atos jurídicos de polícia, teleologicamente restritivos de direitos fundamentais, é privativa de autoridade pública;* (d) *A oportunidade (fase procedimental) em que se integra a atividade transferida, relativamente ao provimento de polícia visado com o exercício da competência estatal. Em regra, a atividade terceirizada antecede a produção da declaração jurídica, pela Administração, atuando no processo administrativo como elemento informativo dos pressupostos objetivos do agir administrativo, que autorizam ou impõe a prática do ato de polícia pretendido;* (e) *E, por último, a postura constitucional do direito afetado pela atividade de ordenação, no bojo da qual se transferiu a atividade instrumento para o regime de execução indireta.* (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária.* In *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 409).

Em presídios podemos separar as diversas atividades executadas em *i*) atividades carentes de poder de polícia e *ii*) atividades instrumentais à execução da pena criminal. A resolução nº. 8, de 9 de dezembro de 2002, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tratou da questão:

É admissível que os serviços penitenciários **não relacionados** à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, possam ser executados por empresa privada.
(g.n.)

Como definido anteriormente, consideramos indelegáveis os mandos que necessitam de coação. Não pretendendo traçar um rol exaustivo, mas apenas visando ilustrar a possibilidade da delegação, a assistência material (fornecimento de alimentação, vestuário, material de higiene), a assistência à saúde, a assistência social (psicólogos), são atividades delegáveis no contexto dos presídios³⁷. Portanto, conclui-se que, nos mais diversos ramos de atuação estatal, as PPPs poderão ser empregadas.

³⁷ Matéria da Revista Veja, informando sobre as primeiras prisões a serem construídas e administradas pela iniciativa privada, explicita a questão: *Funciona assim: a empresa privada recebe do estado a tarefa de administrar o presídio, o que inclui fazer a segurança interna e prestar serviços básicos aos detentos, como alimentação, vestuário e atendimento médico. Ao estado cabe fiscalizar o trabalho da empresa, fazer o policiamento nas muralhas e decidir sobre como lidar com a indisciplina dos detentos. Mais à frente, justificando a utilização das PPPs para este tipo de empreendimento, a matéria continua: Entre os fatores que explicam a eficiência da gestão privada, o principal é o fato de os empresários terem um motivo bastante objetivo para prestar um bom serviço aos presos e, ao mesmo tempo, manter a disciplina no presídio: proteger o próprio bolso. “Os prejuízos causados por uma rebelião, por exemplo, são pagos pela empresa – e comida boa e assistência jurídica eficiente são alguns dos elementos capazes de manter os condenados tranquilos”, diz Sandro Cabral, professor de administração da Universidade Federal da Bahia e autor de uma tese de doutorado sobre os aspectos econômicos da terceirização prisional. A empresa também pode perder a concessão do presídio caso não cumpra com alguns requisitos, como evitar fugas. Isso estimula os cuidados com a segurança e aumenta o esforço na revista dos visitantes, para coibir a entrada de celulares e armas. (...) Outra vantagem da terceirização é a agilidade com que os agentes penitenciários podem ser demitidos, caso sejam suspeitos de corrupção. Se fossem funcionários públicos, o processo demoraria mais de dois anos. O argumento mais sério contra a terceirização e, por conseqüência, contra as PPPs em presídios é a aparente inconstitucionalidade de entregar à iniciativa privada o papel de aplicar a pena a um condenado. O argumento nesse sentido é que, como se trata de uma atribuição do Estado, seria impróprio contratar agentes particulares para fazê-lo. “Funções como essas devem ser exercidas por funcionários públicos porque, por lei, exige-se deles um comprometimento maior com sua atividade”, diz Sérgio Salomão Shecaira, presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministério da Justiça. Como a lei não proíbe textualmente a terceirização, no entanto, as interpretações variam. No entendimento de alguns juristas, a administração privada é constitucional, desde que os agentes penitenciários trabalhem sob as ordens de uma autoridade estatal. Assim, o Estado não abdica de seu monopólio do uso da força. (REVISTA VEJA – edição 2101, ano 42, nº. 8, 25/02/2009, p. 84 et seq.).*

5) A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PARA A EFETIVAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

É voz corrente que o poder público brasileiro é mau pagador, o que implica em receio do particular em contratar com o Estado. Contudo, é preciso expor a origem deste receio/medo, para possibilitar a avaliação do quão importante são as garantias para a efetivação das PPPs. A realização de contratos envolvendo o Poder Público, ainda hoje, implica em diferenças sensíveis, quando comparados aos contratos de direito privado³⁸. Enquanto a Teoria Geral dos Contratos se fundamenta na ampla autonomia da vontade, na igualdade dos contratantes, no pleno respeito às cláusulas contratuais, ao focar o atendimento do interesse público, por certo que nos contratos administrativos haverá um desequilíbrio de forças entre contratante e contratado, materializadas em prerrogativas diversas da Administração em face do particular.

Podemos citar as denominadas *cláusulas exorbitantes*, que dão ao poder público condições de, sempre unilateralmente, modificar o contrato para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público, ou rescindi-lo; bem como fiscalizar a execução do seu

³⁸ Por vezes a Administração Pública realiza contratos regidos pelo direito privado (contratos da administração).

objeto, aplicar sanções, dentre outras prerrogativas. Por conta destas particularidades, contratar com o poder público não é algo livre de intempéries, de inseguranças.

Ora, como convencer um investidor a aplicar recursos num cenário como o descrito acima, ainda mais falando-se em PPPs, cujo aporte de recursos será de, no mínimo, 20 milhões de reais, num empreendimento cuja duração poderá chegar a 35 (trinta e cinco) anos? Daí a relevância das garantias previstas na Lei nº. 11.079/2004, como forma de incentivar o empresariado.

A PPP, mais do que um instrumento jurídico, é um instrumento econômico. Busca atrair o capital privado, bem como aumentar a eficiência do Estado na prestação de serviços públicos. Existem (e são vários os exemplos) serviços públicos cuja exploração é suficiente para amortizar o capital investido e gerar lucro ao particular. Contudo, existem outros, por sua natureza, localização, tempo, que eventualmente serão deficitários – não obstante serem de extrema importância social. Estes são, a princípio, os serviços que serão delegados à exploração particular através de PPPs.

Portanto, considerando o histórico de caloteiro do Estado Brasileiro (com raras exceções, como é o caso da Prefeitura Municipal de Jundiaí/SP), e face ao regime jurídico dos contratos administrativos, que deixa o particular em posição de inferioridade (não obstante uma sensível diminuição desta característica nos contratos de PPPs), não fossem as garantias, as parcerias estariam fadadas ao insucesso. Esse o posicionamento de grande parte da doutrina. Gustavo Binjenbojm³⁹ coloca:

Uma das características peculiares dos contratos de PPP é o *reforço das suas garantias* em relação à generalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública. A razão de ser de tal característica é de fácil compreensão: ao contrário dos demais contratos administrativos, as PPPs (i) exigem investimentos iniciais vultosos dos particulares, (ii) propõem sua amortização em longo prazo e (iii) no caso das concessões patrocinadas e das concessões administrativas de serviços públicos, não oferecem um objeto suficientemente atrativo para justificar *per se* os riscos assumidos pelos investidores privados.

O ideal seria que o Estado brasileiro honrasse suas obrigações, respeitasse os contratos, pagasse o que deve. O que o Estado brasileiro precisa é cumprir os contratos

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. In *Revista de direito administrativo*. Vol. 241. jul./set. 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

com ele firmados. A postergação do pagamento dos precatórios (que será tratado adiante) leva a crer que falta seriedade no trato das coisas públicas. A confiança do particular na Administração (e, por óbvio, no administrador) seria a melhor das garantias⁴⁰!

Grande parte da perda de credibilidade do Poder Público pode ser atribuída aos administradores públicos. Avolumam-se escândalos, CPIs, notícias de corrupção, desmandos, abusos, incoerências – tudo isso leva à um cenário de desconfiança, incerteza – enfim, INSEGURANÇA.

O que pretende o particular que investe em alguma infra-estrutura pública? Pretende ganhar dinheiro, e ter um lucro deveras superior àquele que teria caso deixasse seu capital parado em qualquer investimento bancário, que envolve pouco ou, às vezes, nenhum risco. Assim, num ambiente de insegurança, e sem garantias capazes de minimizar os riscos, o capital se esconde⁴¹.

É preciso um contexto sócio-político-econômico favorável aos investimentos em infra-estrutura pública, um ambiente de completo respeito à lei, de responsabilidade no gasto do dinheiro público, do fim do sentimento de impunidade – na ausência destes requisitos, as garantias tentam suprir tais lacunas!

Cabe aqui uma pequena digressão, necessária à análise da importância das garantias nas PPPs. Não são raros contratos administrativos que prevêem elevadas multas por descumprimento de suas cláusulas. Quando o particular/contratado não as cumpre, as

⁴⁰ Questiona Maria Bernadete Chaves: (...) *o Brasil está preparado para esse ambiente de confiança mútua? As experiências envolvendo PPPs, mundo afora, mostram que ainda é possível manter uma agenda de investimentos em infra-estrutura numa esfera de parcerias, e que ser parceiro significa trabalhar junto, ser um verdadeiro sócio. Nos países desenvolvidos, esse trabalhar em conjunto tem gerado bons frutos, especialmente por haver um ânimo para ajudar e uma confiança mútua. Aqui, no Brasil, a realidade é outra: historicamente, a máquina administrativa sempre foi utilizada para garantir vantagens pessoais e, apesar do esforço recente em querer mudar esse cenário, ainda não se pode exigir do particular que confie irrestritamente na Administração Pública.* (CHAVES, Maria Bernadete. *As parcerias público-privadas no direito brasileiro: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 30).

⁴¹ Não obstante sua já conhecida repulsa às PPPs, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe: *Os particulares querem o quê? O que é legítimo: ganhar dinheiro. Só e só. Ou alguém acha que os particulares, quando entram numa relação – vamos chamar de contrato, de parceria, de concessão, o nome que queiram –, o que eles querem? Ah! Vamos deixar esse povo feliz! Não! Eles querem ganhar o dinheiro deles, e é legítimo. O que o Estado quer? O que o Estado quer? O Estado quer – mesmo que ele não cumpra – que o cidadão fique maximamente satisfeito com a qualidade da prestação de serviço.* (Id. *As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais*. In *Revista do tribunal de contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: TCEMG, vol. 56, n.º 3, jul./set. 2005, p. 218).

decisões judiciais são claras ao impor o pagamento destas multas, pouco importando seu valor. Contudo, descumpridas pelo Poder Público, as denominadas interpretações “sociais”, levadas a efeito pelos Tribunais do país, acabam por preservar o Poder Público de arcar com tal penalidade, em flagrante desrespeito ao que fora pactuado.

Outro ponto que merece ser ressaltado é a morosidade do Poder Judiciário. A sistemática processual, o volume de demandas, a precária estrutura físico/administrativa dos fóruns/tribunais, o abuso no direito de litigar dos patronos das partes e a má formação de grande parte dos profissionais (fruto de uma política incentivadora dos cursos universitários que não reúnem condições de funcionamento) acabam por tornar nossa justiça uma verdadeira epopéia a ser percorrida por aqueles que se aventuram em desbravar suas estradas. Tal realidade implica em extrema insegurança, podendo-se afirmar que a possibilidade de se entregar a um árbitro a solução de litígios oriundos de contratos de PPPs é uma garantia do particular, seja pela celeridade da decisão, seja por sua qualidade. Iremos tratar da arbitragem nas PPPs em capítulo à frente.

Portanto, enquanto o Brasil for um país que não apresenta um cenário propício a investimentos privados, é necessário que sejam oferecidas garantias, a fim de compensar esse déficit de credibilidade, permitindo impulsionar o crescimento econômico e, conseqüentemente, social.

6) RISCOS

SUMÁRIO: 6.1 Riscos envolvidos num programa de parcerias – 6.2 Riscos envolvidos em contratações de parcerias público-privadas: 6.2.1 Risco sistemático e não-sistemático; 6.2.2 Risco legal; 6.2.3 Risco político; 6.2.4 Risco contratual.

6.1) RISCOS ENVOLVIDOS NUM PROGRAMA DE PARCERIAS

Antes de nos atermos aos riscos a que os particulares estarão sujeitos ao contratar parcerias com a Administração Pública, iremos apontar os riscos a que a sociedade se sujeitará ao admitir um programa de PPPs. Para SUNDFELD, **são quatro os riscos** num programa de parcerias, entendido este em sentido estrito, ou seja, concessões patrocinadas e administrativas. **O primeiro deles** é o *comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros*. O professor destaca a possibilidade de assunção de compromissos impagáveis, ou a escolha, pela Administração, de projetos não-prioritários. Não obstante a Lei nº. 11.079/2004 fazer exigências de responsabilidade fiscal, bem como obrigar o debate prévio dos projetos (inclusive criando órgão gestor), o risco apontado pelo citado autor persiste. Diversos são os exemplos de escolhas muitas vezes irracionais de projetos/políticas não prioritárias, mas que eventualmente tenham um maior impacto popular. Eis um exemplo: diversas Administrações, visando a Copa do Mundo que será

realizada no Brasil (2.014), decidiram construir novos estádios de futebol, ao invés de investirem em saneamento básico.

O segundo risco apontado pelo autor é o de, *por pressa ou incapacidade técnica, a Administração comprometer-se com contratações de longo prazo mal-planejadas e estruturadas*. Todos os atos da Administração devem ser motivados; a conveniência e a oportunidade do ato devem estar demonstradas, sob pena de nulidade. Esses requisitos intrínsecos a todos os atos administrativos continuam a existir na escolha, pelo Administrador, do modal PPP (concessão patrocinada ou administrativa), ao invés de uma contratação nos moldes “convencionais” (Lei nº. 8.666/93 – Lei nº. 8.987/95). Nesta escolha, a identificação e alocação de riscos, os critérios de avaliação, a determinação detalhada do objeto, tudo isso deverá ser levado em consideração. Benedicto Porto Neto⁴² aponta:

Os contratos de PPPs normalmente terão longo prazo de vigência, para viabilizar a amortização dos investimentos feitos pelo agente privado. O prazo de vigência da parceria não pode ser inferior a 5 nem superior a 35 anos, na dependência do que seja necessário e suficiente para justa remuneração do agente privado.

Tendo em vista que tais contratos obrigam a Administração por prazo superior ao da gestão no qual eles sejam celebrados, com comprometimento de recursos públicos, a lei procura restringir sua adoção para aquelas hipóteses em que a figura seja efetivamente necessária.

O princípio democrático, que garante eleição direta dos representantes do povo e a temporariedade dos mandatos, veda que administradores públicos comprometam ou restrinjam desnecessariamente a gestão de seus sucessores. As PPPs, portanto, devem ser adotadas em casos excepcionais, quando não elas sejam de fato a forma mais eficiente para realização do interesse público.

(sic)

Neste raciocínio, a escolha pelo modal PPP (em seu sentido estrito) se dará apenas nas “hipóteses em que a figura seja efetivamente necessária”. E continua o autor, dizendo que a adoção da concessão patrocinada ou administrativa será feita em **casos excepcionais**. Parece-nos que o ponto a ser demonstrado pelo Administrador, a fim de justificar sua escolha, é o que consta do art. 5º, I da Lei nº. 11.079/2004 (*a obtenção de investimentos privados na criação de infra-estrutura pública*). Existindo necessidade de investimento em infra-estrutura, e face à impossibilidade do Estado de arcar com o custo de sua implementação, apenas com recursos próprios, está motivada a opção pelo modal PPP. Outrossim, os longos prazos de vigência das concessões patrocinadas/administrativas

⁴² PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146 et seq.

também não se apresentam como risco: na sistemática da Lei nº. 8.987/95, já se observam contratos de concessão de serviços públicos com prazos inclusive superiores a 35 (trinta e cinco) anos. O risco (que reconhecemos existir em todos os contratos públicos de longa duração) é que, no curso de sua execução, diversos desarranjos ocorram, comprometendo a saúde financeira do contrato, eventualmente inviabilizando a sua própria execução.

O terceiro risco é o *abuso populista no patrocínio estatal*. Serviços públicos custeados pelos próprios usuários, através do pagamento de tarifas, poderão ser suportados pelos cofres públicos, que conforme destaca SUNDFELD, não votam em eleição. Serviços de transporte coletivo, rodovias pedagiadas, entre outros, são serviços que em sua maioria se sustentam sem a necessidade de contra-partida estatal. Contudo, para evitar aumento de tarifa (medida extremamente anti-popular), o poder público poderá transferir esse ônus dos usuários para seu tesouro.

O quarto risco é do *desvio no uso da concessão administrativa*. É o desvirtuamento do instituto, que demanda investimento elevado na criação da infraestrutura necessária à prestação do serviço, e passará a ser um contrato tradicional de prestação de serviços, com prazos deveras longos, sem existir investimento que justifique tal duração. De fato o conceito legal de concessão administrativa não é muito claro (art. 2º, § 2º da Lei nº. 11.079/2004). Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³ a entende como um mero contrato de prestação de serviços:

Como se vê, é bastante nebulosa a caracterização da parceria nesta modalidade administrativa. Sendo certo que a parceria público-privada é legalmente apresentada como uma modalidade da concessão de serviço público, e sendo igualmente certo que o que diferencia a concessão de outros contratos de prestação de serviços é o fato de o contratado se remunerar pela exploração do serviço, normalmente mediante “tarifas” – conquanto esta não seja, necessariamente, sua única fonte de remuneração – entende-se, conforme, aliás, literalmente o diz a lei, que a Administração Pública será uma “usuária”, ainda que indireta, dos serviços prestados (e não se sabe o que a lei pretendeu ao falar em “indireta”); logo, aquela que paga as tarifas.

(...)

Ocorre que dificilmente se poderá conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, *mas uma remuneração contratual como qualquer outra* – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão.

⁴³ Id. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 724 et seq.

Portanto, dos quatro riscos apontados por SUNDFELD, esse é o que poderá trazer maiores repercussões. Contratos de limpeza de prédios públicos, por exemplo, que independem de qualquer investimento, poderão ser firmados por longos períodos.

Por fim, apontamos um **quinto risco**, qual seja, *a dificuldade de atribuição das responsabilidades no caso do insucesso da parceria*. Tal risco se materializou no evento ocorrido na obra da Linha 4 – Amarela do Metropolitano de São Paulo⁴⁴. Cabe ressaltar que nas PPPs não há a necessidade da Administração fornecer projeto executivo da infra-estrutura a ser construída. O risco e a responsabilidade ficam partilhados e alocados, em regra, àquele em que tal risco/responsabilidade se apresente menos custoso⁴⁵. Nas concessões comuns, o Estado responde subsidiariamente, ao passo que o responsável direto é o concessionário. Já nas PPPs, eventual falha na prestação de serviços, principalmente nas concessões administrativas em que a Administração for usuária indireta dos serviços, a atribuição de responsabilidades de evento danoso não será cristalina.

6.2) RISCOS ENVOLVIDOS EM CONTRATAÇÕES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

6.2.1) risco sistemático e não-sistemático

Nosso receio em trazer conceitos de outros ramos das ciências humanas era o de tornar o presente trabalho ininteligível aos seus destinatários usuais, quais sejam, os

⁴⁴ A Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo compreende o trecho definido pelas estações Luz e Vila Sônia. (...) Esta será a primeira linha de metrô no Brasil a ser operada por meio do regime de parceria público-privada. Será concedida à iniciativa privada o direito de explorar a linha durante 30 anos, com possibilidade de prorrogação, quando então será devolvida ao governo do Estado, para operação direta ou nova concessão. Em troca, o concessionário investirá em toda a frota de trens necessárias para operação, além de outros investimentos. (...)Durante a construção da estação Pinheiros da expansão da linha 4, em 12 de janeiro de 2007, grande parte do túnel de acesso da construção da estação desmoronou, abrindo uma cratera de mais de oitenta metros de diâmetro. Sete pessoas morreram no acidente. Várias casas condenadas e diversos carros foram engolidos pela cratera, inclusive um microônibus que passava na região no exato instante do acidente. Fonte: Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Linha_4_do_Metr%C3%B4_de_S%C3%A3o_Paulo>. Acesso em 10 nov. 2009.

⁴⁵ Para maior aprofundamento na questão dos riscos que envolvem as parcerias público-privadas e as formas de alocação, como fator de sua mitigação, vide: ROCHA, Gustavo Eugênio Maciel; HORTA, João Carlos Mascarenhas. *PPP – parcerias público-privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo*. Belo Horizonte: Prax Editora, 2005, p. 21 et seq.

operadores do direito. Assim, nossa preocupação neste capítulo, que fatalmente tangenciará a ciência econômica, é o de trazer definições simples, que explicitem o conteúdo do que se pretende conceituar, e ao mesmo tempo seja compreensível ao público alvo deste ensaio.

Na esteira do acima exposto, foi num sítio eletrônico⁴⁶ com informações sobre os mercados mundiais que encontramos uma biblioteca eletrônica, de simples consulta. Segue abaixo o conceito de risco sistemático⁴⁷:

Risco relativo ao sistema, sendo influenciado por fatores/decisões macroeconômicas. Parcela da variabilidade total do rendimento de um ativo financeiro. Também conhecido pelos termos risco não-diversificável ou risco de mercado.

Exemplo de risco sistemático é a recente crise econômica mundial, iniciada no final de setembro de 2008, por conta da quebra de instituições financeiras pelo mundo, especialmente americanas, revelando uma deficiência no sistema de garantias dos empréstimos com finalidade imobiliária na economia ianque.

Tal risco deve ser considerado pelos parceiros, apesar de ser dificilmente mensurável. Vejamos: como estimar a retração ou aceleração de um sistema econômico para um futuro longínquo (lembremo-nos que as PPPs podem ter prazo de até 35 anos)? O contexto econômico altera-se muito rapidamente, implicando numa margem de incerteza deveras grande, e não fossem garantias oferecidas pelo parceiro público (interessado na implementação do empreendimento), afastaria o particular do negócio.

Já o risco não-sistemático é contornável, não obstante ser também de difícil mensuração. Eis a definição, extraída da fonte acima apontada⁴⁸:

Risco específico a um determinado ativo. Parcela da variabilidade total do rendimento de um ativo financeiro devida a fatores específicos de uma empresa ou setor (e cujo impacto pode ser eliminado ou atenuado através de uma adequada diversificação). Este tipo de risco está associado a fatos como alterações ou problemas ao nível da gestão da empresa, greves ou modificações nos padrões de consumo relativos aos produtos da empresa. Também conhecido pelo termo em língua portuguesa risco específico.

⁴⁶ <<http://br.advfn.com/>>.

⁴⁷ <http://wiki.advfn.com/pt/Risco_sistem%C3%A1tico>. Acesso em 25 mar. 2009.

⁴⁸ <http://wiki.advfn.com/pt/Risco_n%C3%A3o-sistem%C3%A1tico>. Acesso em 25 mar. 2009.

Trata-se de determinado setor/ramo econômico. Por não ser generalizado, pode ser minorado, bastando para isso que os financiadores do empreendimento (que são os atores receosos dos riscos) diversifiquem seus investimentos em vários setores econômicos, pois caso um deles venha a sofrer os infortúnios do *risco específico*, os outros abrandariam as perdas.

Como exemplo recente, podemos citar a queda do preço do barril do petróleo tipo Brent, que despencou de algo em torno dos US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares americanos) em setembro de 2008 para menos de US\$ 50,00 (cinquenta dólares americanos) em março de 2009.

6.2.2) **risco legal**

Ainda tratando dos riscos a que o particular estará sujeito, ao contratar com o Poder Público, é deveras expressivo o denominado RISCO LEGAL, também chamado de risco regulatório, que consiste na eventual instabilidade e nível de transparência do marco legal e regulamentar, incidente em cada setor da economia.

Assim, revela-se importante, na análise do risco, avaliar a forma como o marco regulatório é aplicado. As agências reguladoras são criações ainda recentes no Brasil. Com as funções primordiais de regular e fiscalizar, observamos muitas vezes alguns abusos destes poderes, implicando em regulamentações autônomas, que transbordam os limites legais, muitas vezes *legislando* (por certo que, em setores não regulados pelas referidas agências, tal risco será sensivelmente menor).

Portanto, sujeitos às determinações deste agente regulador ainda instável e imprevisível, riscos surgem, que deverão ser minorados pelas garantias.

6.2.3) **risco político**

Em geral, podemos afirmar que quanto menos desenvolvido o país, maior o risco político para o investidor. Contudo, nem sempre a afirmação acima é uma regra.

Temos atualmente instabilidades políticas em países considerados desenvolvidos, e situações razoavelmente confortáveis em países do terceiro mundo.

Risco político é o risco inerente às condições políticas e macroeconômicas de uma nação. Nas lições de Alexandre Wagner Nester⁴⁹, pode ocorrer, por exemplo, quando houver alteração da orientação política de um determinado governo com relação à necessidade de uma concessão de serviço público projetada e iniciada durante uma gestão anterior.

Diversos são os fatores que compõem o risco político, dentre eles a maturidade política da nação, o grau de democratização, índices de liquidez das contas nacionais, o controle das finanças públicas por órgãos externos, a necessidade (maior ou menor) de busca de capital externo e, o mais importante, o grau de comprometimento do Poder Público em honrar e manter os contratos firmados, independentemente de quem ou qual partido esteja ocupando a chefia do Poder.

Há de se diferenciar a “incerteza política” e o “risco político”. Para tanto, as lições de R. J. Rummel e David A. Heenan⁵⁰:

A incerteza política descreve uma dúvida **subjetiva**, ilimitada, sobre o ambiente político. O risco político indica uma medição relativamente objetiva, resultando geralmente em uma estimativa de probabilidade daquela dúvida.

Portanto, incertezas políticas são naturais em países democráticos (qual o risco de alteração de orientação política em ditaduras, como a cubana?). O que se busca apaziguar com as garantias é o risco político.

⁴⁹ NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas, um enfoque multidisciplinar*. Coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen. São Paulo: RT, 2005, p. 180 et seq.

⁵⁰ RUMMEL, R. J. e HEENAN, David A.. Como as multinacionais analisam o risco político. In *Coleção Harvard de administração*. Vol. 20. São Paulo: Nova Fronteira, 1987.

6.2.3.1) a respeito dos precatórios

Explicitados os riscos legal (regulatório) e político, neste tópico faremos uma breve digressão, analisando os precatórios, a fim de demonstrar por que julgamos tão importantes as garantias da Lei nº. 11.079/2004. Como já salientamos, ainda na introdução deste ensaio, em algumas nações do planeta sequer cogita-se o oferecimento de garantias ao particular que contrata com o Poder Público, pois este é o mais solvente e o mais pontual dos devedores! Infelizmente não é essa a nossa realidade.

A insegurança que será descrita pode ser classificável como um risco legal (pois o ordenamento não prevê remédio/solução eficaz⁵¹) e/ou político (a decisão de pagar ou não está nas mãos do chefe do executivo), motivo pelo qual trataremos nesta altura do trabalho. PRECATÓRIO, na definição de Manoel da Cunha⁵², é:

PRECATÓRIO – no masculino, portanto, é o requisitório ou pedido de pagamento ao Presidente do Tribunal respectivo, feito pelo juiz de um processo findo, com sentença de execução transitada em julgado, quando o devedor é a Fazenda Pública, federal, estadual ou municipal, quer seja da administração direta (órgãos integrantes dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário), quer seja da administração indireta (autarquias e fundações públicas).

Rubens Approbato Machado tenta ser mais didático⁵³:

Etimologicamente, precatório vem do latim *precatōriū*, e o verbo *precatari* significa colocar de sobreaviso, prevenir, acautelar. No caso do Direito Processual Civil, o Poder Judiciário roga ao Poder Executivo que se previna orçamentariamente para o pagamento de execução de ordem judicial, transitada em julgado e impossibilitada de ser modificada por recurso.

Nossa Constituição trata do precatório no art. 100⁵⁴, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais nº. 30, de 13 de setembro de 2000, e nº. 37, de 12 de junho

⁵¹ A solução dada pelo ordenamento para os casos de descumprimento da ordem judicial é a requisição ou determinação de seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. Ocorre que, na prática, nem sempre se encontra em conta oficial do devedor os valores perseguidos. Outrossim, especialmente em São Paulo, o pedido de seqüestro tramita à passos lentos e vagarosos, levando mais de dois anos para se concretizar a medida requerida!

⁵² CUNHA, Manoel da. *Precatórios, do escândalo nacional ao calote nos credores*. São Paulo: LTR Editora, 2000, p. 19.

⁵³ MACHADO, Rubens Approbato. Impasse dos precatórios. *Jornal do advogado*. Ordem dos Advogados do Brasil/SP. Editorial. Outubro/1998.

⁵⁴ Constituição Federal:

de 2002. Deixando de lado as discussões acerca da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 30, só o fato do texto ter sido emendado (mais de uma vez) já reflete uma instabilidade normativa.

A EC nº. 30 alterou a redação do art. 100 da CF, bem como acrescentou o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁵. Tal artigo possibilitou o parcelamento do pagamento dos precatórios não honrados em 10 (dez) anos! Afrontou, ao nosso ver, a garantia ao direito adquirido e à coisa julgada. Por vezes poder-se-á questionar sobre eventual afronta aos mesmos direitos pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (a redação de ambos os dispositivos é praticamente idêntica!).

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

⁵⁵ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 10 (dez) anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para 2 (dois) anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

Contudo, o parcelamento autorizado pelo art. 33 (que era de oito anos) é fruto de poder constituinte originário, que tudo pode. Já o art. 78 foi introduzido através de Emenda Constitucional, cuja gênese advém do poder constituinte derivado, que está fadado a respeitar as disposições constitucionais imutáveis. Portanto, apesar de ambos parcelamentos gerarem riscos e representarem uma afronta aos credores do Estado, o primeiro deles (art. 33) é legítimo – já o segundo, nada mais é do que uma moratória imposta aos credores. Regis Fernandes de Oliveira⁵⁶ aponta:

Com a edição da EC n. 30/2000 e a inclusão do art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte reformador, inspirado na facilidade com que o art. 33 parcelara a dívida contida nos precatórios judiciais, abriu uma janela para o passado e imaginou-se investido em alguns dos poderes do constituinte originário. A um só tempo, imitando o legislador de 1988, desvencilhou-se dos rigores do art. 60 da CF e desprezou a isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), a justa indenização (art. 5º, XXIV, da CF), o pagamento dos precatórios judiciais (art. 100 da CF) e o princípio da segurança jurídica.

E por que afronta o direito adquirido e a coisa julgada? O inciso XXXVI do art. 5º da CF estabelece que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Uma vez transitada em julgado a decisão que dá ao credor o direito de receber do Estado, e antes da edição da EC nº. 30, estimava-se que a ordem judicial seria cumprida até o final do exercício seguinte ao da apresentação do precatório, na pior das hipóteses. Esse direito de receber é um direito adquirido pelo credor, através de uma decisão judicial. Lei posterior (e aqui, lei no sentido de norma, como parece ser o espírito do inciso XXXVI do art. 5º da CF) não poderia alterar a sistemática vigente! Aos credores foi IMPOSTA uma moratória injusta e imoral, que resulta numa insegurança jurídica⁵⁷ capaz de frear investimentos no Brasil, por receio dos investidores de novas

⁵⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 552.

⁵⁷ Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: *O direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.*

(...)

Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos

situações similares. Tal receita não é sem fundamento. Na data da impressão deste trabalho (03 de dezembro de 2009), faltava apenas ser promulgada Proposta de Emenda Constitucional (PEC 12-A/06), criando um regime especial de pagamento de precatórios pendentes, num prazo de até 15 (quinze) anos^{58 59}! A proposta é de tamanha imoralidade

cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119).

⁵⁸ Aos 02 de abril de 2009, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em nota, se manifestaram: *A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 12, em tramitação no Congresso Nacional, que limita a receita de estados e municípios para pagamento dos precatórios da dívida pública, é um atentado ao Estado Democrático de Direito. Oficializa o calote e afronta o Poder Judiciário, ao propiciar o descumprimento de suas sentenças. Com isso, viola sua soberania, expressa na cláusula pétrea constitucional (artigo 2º), que estabelece a independência dos três Poderes da República. Quando o Executivo descumpra uma decisão do Judiciário, fragiliza o sistema tripartite, em que se sustenta o regime democrático. Submete o cidadão-contribuinte a uma relação perversa e desigual com o Estado, absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico do país. E fere direito humano fundamental, ao pôr em risco a sobrevivência material do credor do Estado. Pior que os danos materiais a que o submete, possibilitando que seus créditos, judicialmente reconhecidos, sejam pulverizados no curso de muitas décadas, ou que sejam submetidos a leilão, é a transgressão ética que representa. Dívida é compromisso moral, submetida a prazos que não lesem o credor e que o ressarçam de fato do prejuízo. A PEC 12 viola esses fundamentos, conquistas primárias da civilização. Abala a confiança do cidadão nas instituições do Estado, aumentando a margem de pressão e opressão do Poder Executivo. Por tudo isso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) reiteram seu protesto contra a aprovação dessa PEC e apelam aos parlamentares para que a rejeitem e poupem o contribuinte brasileiro de mais esse revés. Caso contrário, irão ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) junto ao Supremo Tribunal Federal, em defesa do Estado Democrático de Direito. Em ambiente de calote, nenhuma democracia se sustenta.* In <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-02/juizes-advogados-dizem-pec-precatórios-afronta-judiciário>>. Acesso em 18 mai. 2009.

⁵⁹ Migalhas quentes: 03 dez. 2009:

O Senado aprovou em dois turnos a PEC que altera as regras para pagamento de precatórios, que são as dívidas judiciais da União, de estados, municípios e do DF. A PEC 12-A/06 criou um regime especial através do qual a quitação dos precatórios alimentícios e de menor valor terão prioridade sobre os demais. A PEC 12-A/06 foi aprovada na manhã da última quarta-feira, 2/12, pela CCJ. Graças a acordo firmado entre os líderes, os interstícios foram quebrados e várias sessões deliberativas foram convocadas sucessivamente, para que a proposição pudesse ser votada em dois turnos pelo Plenário, na noite do mesmo dia.

(...)

Ao pedir a palavra para comunicar seu erro, Tenório opinou que a PEC é injusta com o contribuinte. O senador justificou que o Congresso legislou pensando nos entes federativos, mas não levou em conta as dificuldades que enfrentam os contribuintes para receber os créditos que detêm junto aos diferentes níveis de governo.

No encaminhamento da votação em segundo turno, o senador Inácio Arruda manifestou seu voto contrário, em virtude de o seu partido e as centrais sindicais e sindicatos ligados a ele terem dúvidas sobre o texto da PEC 12-A. O resultado da votação em segundo turno apresentou 54 votos favoráveis e dois contrários.

O texto aprovado obriga os municípios a destinarem entre 1% e 1,5% de suas receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios. Esse percentual, para os estados, é de entre 1,5% e 2%. Os valores das dívidas receberão atualização monetária de acordo com as regras da caderneta de poupança.

Segundo a PEC, 50% dos recursos dos precatórios vão ser usados para o pagamento por ordem cronológica e à vista. A outra metade da dívida deverá ser quitada por meio de leilões, onde o credor que conceder o maior desconto sobre o total da dívida que tem a receber terá seu crédito quitado primeiro. Também serão feitos pagamentos por ordem crescente de débito ou por conciliação entre as partes.

<http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=98546>. Acesso em 03 dez. 2009.

que, ciente do calote, permite ao credor, através de leilão eletrônico, negociar o precatório com deságio.

Inseguranças desta natureza implicam em riscos imensos aos que pretendem contratar com o Poder Público. Nas PPPs, esse risco é exponencialmente maior, pois trata-se de investimento de elevada monta. Quem, em sã consciência, investiria grandes quantidades de capital, em negócios atrelados ao Poder Público, sabedores dessas intempéries rotineiras? A ocorrência constante de atrasos e não pagamentos de precatórios acabou por obrigar a lei de PPPs a criar mecanismos (que serão adiante analisados) capazes de possibilitar ao particular obter a satisfação de seu crédito sem ter que se submeter à esse regime deveras gravoso. Essa a verdadeira necessidade e importância das garantias, que serão adiante analisadas.

6.2.4) **risco contratual**

Considerando que os empreendimentos realizáveis através de PPPs, certamente, serão vultosos (lembremo-nos do piso de R\$ 20.000.000,00), podemos afirmar que diversos instrumentos contratuais serão necessários para viabilizar a parceria (apenas à título de exemplo, teremos o contrato firmado entre particular e Poder Público, o contrato de constituição de provável consórcio de empresas, a constituição da sociedade de propósitos específicos (SPE), contrato entre esta pessoa jurídica e o agente financiador, etc.). Esta complexa cadeia de contratos, onde as partes não são sempre as mesmas, e cuja celebração se dá em tempos distintos, implica na necessidade de uns conviverem com contratos de outros, afetos a eles, mas sem condições de procederem a quaisquer ajustes.

Assim, o impacto de um evento ocorrido em determinada relação contratual poderá gerar conseqüências nas demais; outrossim, a ausência de padronização, especialmente das cláusulas que tratam de inadimplemento e suas conseqüências, é um fator que gera risco, principalmente na determinação de penalidades, implicando na instabilidade do fluxo de caixa da operação.

Os riscos acima apresentados mostram-se os mais relevantes nas PPPs. Podem ser elencados outros, por exemplo: risco cambial, risco de crédito, risco da “parte contrária” (*counterparty risk*), risco da operação (*transaction risk*).

7) GARANTIAS

SUMÁRIO: 7.1 Noção de garantia – 7.2 A questão da inconstitucionalidade formal do artigo 8º da lei federal nº. 11.079/2004.

7.1) NOÇÃO DE GARANTIA

A instituição de garantias, nos negócios jurídicos, data dos primórdios do Direito. Em tempos primitivos, o devedor insolvente respondia com o próprio corpo pelas suas dívidas. Como observa Washington de Barros Monteiro⁶⁰, no Egito antigo, o devedor era adjudicado ao credor. Entre os hebreus, era reduzido à condição de escravo, juntamente com a mulher e os filhos. Em Roma, podia ser encarcerado pelo credor, que tinha o direito de vendê-lo e até matá-lo.

Certamente, com a evolução do direito, a vida e a liberdade dos devedores deixaram de assistir aos credores – os bens passaram a ser a principal forma de garantir os débitos. Thomas Marky⁶¹ afirma que o pagamento de uma dívida pode ser garantido de dois modos: com garantia pessoal ou com garantia real, e diz que, no direito romano, eram

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 316.

⁶¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101 et seq.

três as formas de direitos reais de garantia: *fiducia cum creditore*, *pignus* (penhor) e *hypotheca* (hipoteca).

O termo “garantia” pode ser empregado em dois sentidos: num sentido mais amplo, se referindo a qualquer instrumento jurídico capaz de permitir ao credor obter uma segurança de recebimento de seu crédito face ao devedor; e num sentido mais restrito, subdividindo-se em garantias reais e pessoais.

O capítulo III da Lei nº. 11.079/2004 intitula-se “DAS GARANTIAS”. O termo está empregado, neste caso, em sentido amplo, pois os incisos do art. 8º tratam de mecanismos diversos que poderão ser previstos nos contratos de PPPs para a satisfação de créditos. Já o parágrafo 1º do art. 18, que se refere às modalidades de garantias que poderão ser prestadas pelo Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), utiliza-se do termo “garantia” no sentido estrito, especialmente no inciso VI, ao se referir à garantia real ou pessoal.

A Lei de PPPs busca oferecer todo um sistema de garantias, não só para o particular contratante, mas também aos financiadores do projeto. As diversas modalidades serão estudadas em capítulo seguinte. O que se pretende, neste momento, é dar a noção do termo *garantia*, como utilizada na Lei de PPPs. Assim, parece-nos que a idéia é de RESPONSABILIZAÇÃO, de AFIANÇAMENTO.

Entretanto, há de se distinguir qual tipo de garantia será objeto deste estudo. Como bem observado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶², a lei (nº. 11.079/2004) prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: “(a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.”

O primeiro tipo lembrado pela professora diz respeito às modalidades previstas pelo art. 56, § 1º da Lei nº. 8.666/93 (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária). O segundo tipo será estudado à frente,

⁶² Id. *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 172.

constando as modalidades previstas no art. 8º, da Lei de PPPs. Por fim, o terceiro tipo vem tratado no § 2º, do art. 5º da Lei nº. 11.079/2004.

7.2) A QUESTÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO
ARTIGO 8º DA LEI FEDERAL Nº. 11.079/2004

É no art. 8º da Lei nº. 11.079/2004 que as garantias prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado estão previstas. Contudo, antes de tratar das diversas modalidades, uma a uma, necessário se torna verificar se este dispositivo legal está eivado de alguma inconstitucionalidade. Alguns autores já se manifestaram desta forma^{63 64}. Não consideramos inconstitucional o art. 8º; é o que pretendemos demonstrar na seqüência.

A Carta da República, em seu art. 163, inciso III, reza o seguinte:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:
(...)
III – concessão de garantias pelas entidades públicas.

A Lei nº. 11.079/2004 é uma lei ordinária. Todavia, dispõe sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas, ferindo, à primeira vista, o dispositivo

⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello coloca: *a Lei 11.079 padece de insalváveis inconstitucionalidades, apesar das alterações que o Senado aportou ao projeto oriundo da Câmara, para minimizar um pouco o caráter escandalosamente lesivo aos interesses públicos que caracterizava a iniciativa do Executivo.*

(...)

Não nos recordamos de alguma outra lei que conseguisse reunir uma tal quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 747).

⁶⁴ Kiyoshi Harada, em parecer elaborado à pedido da OAB/SP, analisando a então novel legislação, conclui: *atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira. Concluindo, ambos os incisos legais examinados (incisos I e II do art. 8º da Lei nº 11.079/04) são manifestamente inconstitucionais.* (HARADA, Kiyoshi. *Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas*. Art. 8º da lei nº. 11.079/04. In *Parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em 19 mai. 2009).

constitucional supra transcrito. Algumas vezes se manifestam no sentido de haver um vício na produção da norma – existindo, assim, uma inconstitucionalidade formal.

Gustavo Binenbojm⁶⁵ apercebe-se deste equívoco:

Em uma primeira leitura, o vício de *inconstitucionalidade formal* parece evidente. Deveras, sendo a Lei nº. 11.079 uma lei ordinária, a exigência do art. 163, *caput*, e III, da Carta Política teria sido desatendida.

Frente a tal alegação, qual o argumento capaz de “salvar” o art. 8º? Aqueles que defendem as garantias e, portanto, são favoráveis às PPPs, necessariamente o entendem como CONSTITUCIONAL. Não bastasse um argumento, vislumbram-se duas razões pelas quais está de acordo com o comando da norma maior.

A) A Lei nº. 11.079/2004 regulamenta a Lei Complementar nº. 101/2000

Considerando o artigo 163 da CF como uma norma de finanças públicas, e considerando que a concessão de garantias (no que concerne ao controle destas finanças) foi tratada pelo art. 40 da Lei Complementar nº. 101/2000⁶⁶, temos que a Lei

⁶⁵ Id. *Ibid.*, p. 170.

⁶⁶ Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observado o disposto neste artigo, as normas do artigo. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e a adimplência da entidade que a pleitear relativamente as suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I – não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II – a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor da liquidação da dívida vencida.

§ 2º No caso de operação de crédito junto ao organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no §1º, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal.

§ 6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recurso de fundos.

§ 7º O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por:

I – empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contra-garantia nas mesmas condições;

II – instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

nº. 11.079/2004 apenas regulamenta a Lei de Responsabilidade Fiscal. Neste aspecto, tal argumento é convincente, senão vejamos: não fosse assim, diversos outros diplomas legais estariam fadados à mesma alegação de inconstitucionalidade. Exemplo é o Fundo de Garantia à Exportação, criado pela Lei nº. 9.818/1999 (Lei Ordinária), cuja formação, pela própria lei, se deu com ações do Banco do Brasil S.A. e da TELEBRÁS – Telecomunicações Brasileiras S.A.⁶⁷. Não bastasse, temos o parágrafo único do art. 121 da Lei nº. 8.666/93⁶⁸, pois não fosse possível a veiculação da matéria por lei ordinária, seria totalmente dispensável a ressalva legal.

Mesmo frente a tais colocações, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira⁶⁹ defende a inconstitucionalidade:

A concessão de garantias pelos entes públicos é matéria de indubitável natureza financeira por implicar o comprometimento de receitas do Estado em operações de crédito, tocando aspectos da questão do endividamento público e da responsabilidade da gestão fiscal, tendo regramento na Lei Complementar nº. 101/00 (art. 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal). Mereceu do legislador constitucional menção em inciso próprio (inciso III) do art. 163.

Vislumbra-se, desde logo, que o art. 8º da Lei nº. 11.079/04 merece o entendimento da sua inconstitucionalidade formal, num primeiro instante, pelo fato de o assunto não ter sido veiculado, como deveria, por lei complementar federal, nos termos do que preceitua o art. 163 da Constituição de 1988.

§ 8º Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada:

I – por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente;

II – pela União, na forma de lei federal, as empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

§ 9º Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

§ 10º O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

⁶⁷ Lei nº. 9.818, de 23 de agosto de 1999:

Art. 2º O patrimônio inicial do FGE será constituído mediante a transferência de noventa e oito bilhões de ações preferenciais nominativas de emissão do Banco do Brasil S.A. e um bilhão e duzentos milhões de ações preferenciais nominativas de emissão da Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS, que se encontram depositadas no Fundo de Amortização da Dívida Pública Mobiliária Federal – FAD, criado pela Lei nº. 9.069, de 29 de junho de 1995.

⁶⁸ Lei nº. 8.666/93:

Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente a sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no *caput* do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de 90 (noventa) dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Parágrafo único. Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber.

⁶⁹ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas, aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 171 et seq.

Alexandre Aragão, entretanto, entende que as garantias previstas no dispositivo do art. 8º em comento “podem ser consideradas como já referidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº. 101/00), especialmente por seu artigo 40”.

O argumento não tem cabimento, porém!

(...)

Por versar a prestação de garantias por entes públicos, impunha sua veiculação por lei complementar federal, donde a sua inconstitucionalidade formal por desrespeito aberto à letra do inciso III do art. 163 da Constituição de 1988.

Para nós, não resta dúvida de que o dispositivo está de acordo com a CF. O que escora nossa convicção é exatamente o argumento rejeitado pelo autor acima citado. Outra razão ainda pode ser invocada, no sentido da constitucionalidade do art. 8º:

B) Garantia prestada por entidade privada

O Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), criado pela Lei das PPPs, tem natureza privada e patrimônio próprio (separado de seus cotistas). Assim, não se sujeita a contingências e limitações orçamentárias. Portanto, não haveria necessidade de lei complementar, uma vez que a garantia não será prestada por entidade pública!

Tal argumento foi aventado, dentre outros, por BINEMBOJM. Não obstante “salvar” parte do art. 8º (ao menos no que tange às garantias prestadas pelo FGP), parece-nos que não resolve quanto ao restante dos incisos, motivo pelo qual ficamos com as razões do item “A”, acima descritas.

Portanto, concluímos pela constitucionalidade do art. 8º da lei de PPPs; BINEMBOJM⁷⁰ sugere o “encaminhamento de projeto de lei complementar ao Congresso, que venha a espancar dúvidas acerca da firmeza das garantias oferecidas pelos parceiros públicos em contratos de PPP”. Cremos não ser necessário tal expediente, pois a União tem, usualmente, prestado (e honrado) garantias baseadas em legislação ordinária, sem qualquer questionamento sobre sua constitucionalidade. Cabe lembrar que o art. 163 da CF localiza-se no Capítulo II do Título VI, denominado “DAS FINANÇAS PÚBLICAS”. Descabida qualquer interpretação que fuja ao escopo do constituinte, que foi o de regradar a gestão destas finanças.

⁷⁰ Id. Ibid., p. 170.

**8) AS GARANTIAS PREVISTAS
NA LEI FEDERAL Nº.
11.079/2004**

SUMÁRIO: 8.1 Vinculação de receitas: 8.1.1 Noção de receitas públicas e orçamento: 8.1.2 A vinculação de receitas não como garantia, mas como a própria obrigação – 8.2 Instituição de fundos especiais – 8.3 seguro-garantia – 8.4 garantias prestadas por organismos internacionais ou instituições financeiras.

8.1) VINCULAÇÃO DE RECEITAS

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

Antes de tratar desta modalidade de garantia, cumpre analisar o que são receitas públicas, e quais poderão ser alvo de vinculação.

8.1.1) noção de receitas públicas e orçamento

De forma sintética, pode-se dizer que receita pública é qualquer ingresso de valores nos cofres do Poder Público. A conceituação de Aliomar Baleeiro⁷¹ parece-nos elucidativa: “receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.

A forma tradicional de obtenção de receitas pelo Estado é através dos tributos. A doutrina classifica as receitas de diversas formas. Podemos dividi-las em duas espécies: receitas ordinárias e extraordinárias. São ordinárias aquelas que regularmente ingressam nos cofres públicos. São extraordinárias aquelas que temporariamente (ou excepcionalmente) aparecem, para complementar os gastos numa situação atípica.

Quanto à sua origem, visualizam-se dois tipos: receitas originárias e receitas derivadas⁷². Originárias⁷³ são aquelas que o Estado obtém da exploração de atividade econômica, ou de seus próprios bens. Derivadas são, em regra, as oriundas dos tributos⁷⁴. O sistema tributário é regulado por diversos princípios⁷⁵, que atuam como garantias dos contribuintes. A Constituição Federal regulou a tributação e a repartição das receitas de forma específica e completa (Título VI – da tributação e do orçamento, Capítulo I – do sistema tributário nacional, Seção VI – da repartição das receitas tributárias)⁷⁶.

⁷¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 130.

⁷² Além destes dois tipos, Regis Fernandes de Oliveira entende haver também, quanto à sua origem, o que chama de receitas transferidas. Para nós, não passam de receitas derivadas (pois advindas da cobrança de tributos), com a ressalva de que quem as arrecada não irá utilizá-las.

⁷³ *O que fundamentalmente caracteriza a receita originária é sua percepção pelo Estado, absolutamente despido do caráter coercitivo próprio, porque atua sob regime de direito privado, como uma empresa privada na busca do lucro*. (HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 61).

⁷⁴ São espécies de tributos: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (alguns autores entendem serem também tributos os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais).

⁷⁵ São eles (nas lições de Paulo de Barros Carvalho): princípio da estrita legalidade, princípio da anterioridade, princípio da irretroatividade da lei tributária, princípio da tipologia tributária, princípio da proibição de tributo com efeito de confisco, princípio da vinculabilidade da tributação, princípio da uniformidade geográfica, princípio da não-discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens, princípio da territorialidade da tributação e princípio da indelegabilidade da competência tributária. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 155 et seq.).

⁷⁶ Constituição Federal:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

A entrega dos recursos arrecadados pela União aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios é garantida pelo art. 160 da Carta da República. Mais à frente iremos tratar da possibilidade do oferecimento destes repasses como garantia do particular em contratos de PPPs.

Feita essa breve menção sobre as receitas públicas, e antes de analisar a vinculação destas receitas como forma de oferecimento de garantia ao particular em contratos de parcerias, faremos uma breve exposição sobre orçamento. Orçamento é um

II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único: As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

II – do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso.

plano contábil onde se apresentam as receitas e as despesas de determinado período. Reflete, no mais das vezes, a política pública adotada pelo Administrador, pois resta consignada na peça orçamentária a alocação dos recursos, de forma a fazer cumprir com todos os objetivos do Estado. Regis Fernandes de Oliveira⁷⁷ conceitua orçamento como *a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.*

Quanto à sua natureza jurídica, a doutrina não é unânime. Para nós, nos termos do Art. 165, III (leis de iniciativa do Poder executivo estabelecerão os orçamentos anuais), sua natureza jurídica é de LEI^{78 79}.

As leis orçamentárias são: lei orçamentária anual, plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias. A lei orçamentária anual, de iniciativa do Poder Executivo, traz a previsão de receitas e despesas do exercício seguinte (art. 22 da CF). Deverá acompanhar o projeto informações sobre a situação econômico-financeira do Governo, com demonstração da dívida fundada⁸⁰ e flutuante⁸¹.

⁷⁷ Id. *Ibid.*, p. 318.

⁷⁸ Regis Fernandes de Oliveira afirma tratar-se de *lei em sentido formal, que estabelece a previsão de receitas e despesas, consolidando posição ideológica governamental, que lhe imprime caráter programático. Ao lado de ser lei, é o orçamento um plano de governo, mas que deve possuir previsões efetivas de ingressos públicos e previsões reais de despesas, equilibradas com aqueles.* (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 320).

⁷⁹ Ricardo Lobo Torres conclui: *A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro. Tem sido defendida, entre nós, principalmente sob a influência da obra de Jêze, por inúmeros autores de prestígio, ao longo de muitos anos e de várias escrituras constitucionais. É bem verdade que a dicotomia entre lei formal e lei material, nos outros campos do direito, vem sendo asperamente criticada, pois enfraquece o princípio da legalidade deixando indefinido e incerto o contorno dos direitos da liberdade, que compõem o aspecto materialmente legislativo excluído da competência da Administração; mas, em tema de orçamento, ainda é importante, eis que visa a retirar da lei ânua qualquer conotação material relativamente à constituição de direitos subjetivos para terceiros, sem implicar perda de sua função de controle negativo do Executivo no que concerne aos limites do endividamento e das renúncias de receita. Conseqüência relevante da teoria da lei formal é que o STF tem se negado a examinar as normas da LDO e dos orçamentos anuais, sob o argumento de que têm natureza de ato político-administrativo.* (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96).

⁸⁰ Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I – dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses.

⁸¹ Lei nº. 4.320/1964:

Art. 92. A dívida flutuante compreende:

I – os restos a pagar, excluídos os serviços da dívida;

Já o plano plurianual é lei, onde se estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º). Tem-se que sua validade é de quatro anos, iniciando-se no segundo ano de mandato do Chefe do Poder Executivo e terminando no primeiro ano de seu sucessor. É instrumento de planejamento. Nele ficam consignadas as Orientações Estratégicas de Governo, que nada mais são do que as orientações para implementação das políticas públicas consideradas prioritárias pelos Governantes.

Por fim, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) prevê metas anuais relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário, e montante da dívida pública para o exercício a que se referir, bem como para os dois seguintes, a avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior, demonstrativo das metas anuais e respectiva justificativa, a evolução do patrimônio líquido nos três últimos exercícios, a avaliação da situação financeira e atuarial da previdência social e dos fundos públicos e programas estatais, bem como o demonstrativo das renúncias de receitas e da expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado (LRF, art. 4º, §§ 1º e 2º)⁸².

O orçamento deixou de ser apenas instrumento contábil, e assume hoje o papel de norteador da atuação estatal. Não obstante as despesas obrigatoriamente terem que atingir os níveis mínimos de investimento (o que diminui a margem de atuação discricionária do Administrador), certamente ainda haverá margem de manobra, onde o plano de governo será implementado, de acordo com a linha de política pública adotada por aquele a quem o povo deu o poder de governar.

O orçamento público é regido por uma série de princípios; descabe aqui tratar de cada um deles, pois nosso escopo é apenas introduzir o assunto ao leitor, para

II – os serviços da dívida a pagar;

III – os depósitos;

IV – os débitos de tesouraria.

⁸² Ricardo Lobo Torres aponta que *no Brasil a prática legislativa posterior a 1988 demonstra a pouca utilidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o planejamento financeiro. (...) A Lei de Diretrizes Orçamentárias trouxe mais distorções e desajustes que vantagens. Transplantada de países de sistema parlamentarista não poderia se adaptar com facilidade ao presidencialismo brasileiro. Serviu apenas para consolidar o injustificável alargamento da competência do Legislativo, o que tem causado graves danos à ordem financeira.* (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 90 et seq.).

possibilitar, *a posteriori*, compreender como funciona o mecanismo da vinculação de receitas. Lembre-se que vigora o princípio da não vinculação de receita de impostos. Em razão do art. 167, inciso IV da Constituição Federal, é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, inciso XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, prevista no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º do artigo em comento.

Pelo acima exposto, não há de se cogitar a vinculação de receitas oriundas de impostos. Sendo assim, pressupõe-se que todas as demais receitas poderão sofrer vinculação ao cumprimento de obrigações assumidas pela Administração em contratos de PPPs.

8.1.2) a vinculação de receitas não como garantia, mas como a própria obrigação

Como ressaltado no capítulo anterior, a CF determina que não poderão ser vinculadas receitas advindas de impostos; bem como ter sua destinação vinculada ao oferecimento de garantia ao particular as receitas oriundas de taxas (pois sua cobrança está vinculada à determinada atuação estatal – prestação de serviço público, específico e divisível, ou exercício do poder de polícia), nem de contribuições sociais⁸³ (pois também vinculadas à atuação do Estado, mesmo que indireta).

À época da edição da Lei de PPPs a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, através de seu presidente (Dr. Flávio José de Souza Brando), entendendo que “a reserva de dinheiro público para garantir futuros,

⁸³ *A contribuição social caracteriza-se pelo fato de, no desenvolvimento pelo Estado de determinada atividade administrativa de interesse geral, acarretar maiores despesas em prol de certas pessoas (contribuintes), que passam a usufruir de benefícios diferenciados dos demais (não contribuintes). Tem seu fundamento na maior despesa provocada pelo contribuinte e na particular vantagem a ele proporcionada pelo Estado.* (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, p. 333).

possíveis e eventuais credores, em detrimento dos atuais credores por precatórios judiciais é imoral e inconstitucional”, solicitou o exame da matéria, sob o prisma constitucional, pelo Prof. Kiyoshi Harada⁸⁴. Neste parecer, o citado publicista conclui pela inconstitucionalidade da vinculação:

Evidente que não se pode invocar a regra excepcional do art. 167, IV da CF para concluir que demais receitas públicas não estão abrangidas pela proibição. A regra geral, que decorre do sistema constitucional, é a não vinculação das receitas públicas para garantia dessas ou daquelas obrigações contraídas pelo poder público. A exceção contida no inciso IV do art. 167 da CF não tem o sentido emprestado pelo legislador infraconstitucional que, por meio de uma interpretação literal e isolada, ignora em bloco os rígidos princípios de direito público. Aliás, o referido inciso, ao excepcionar a vinculação para um fim específico, *ipso facto*, afastou a vinculação para fim outro.

Entende o professor que a vinculação de receitas públicas afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade. Por fim, diz que o art. 8º, inciso I, da Lei nº. 11.079/04 atenta contra o próprio art. 167, IV da CF, que ele manda observar⁸⁵.

Inconstitucional é algo que se opõe à Constituição de um Estado. A vinculação de receitas outras que não as oriundas de impostos em nada ofende o texto constitucional. Não há razão para se estender a limitação da vinculação às outras formas de obtenção de receitas públicas. Quanto aos princípios, considerado o novo regime contratual, onde são oferecidas garantias (constitucionais e legais), não se vislumbra qualquer afronta ou descumprimento àqueles que regem o ordenamento, citados aqui os da moralidade e impessoalidade. Não é imoral (levando-se em consideração o sentido técnico-

⁸⁴ HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º da lei nº. 11.079/04. In *Parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em 19 mai. 2009.

⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, acatando as razões do parecer de Kiyoshi Harada, também reputa inconstitucional a vinculação de receitas: *Há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas. (...) Conforme foi flagrado pelo Prof. Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo). Além disto, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no Direito Privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas “preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada”, para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios para com a União. Em suma, receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade.* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 747 et seq.).

jurídico do termo), cumprir com o pactuado em contrato – mesmo que implique numa “preferência” de uns sobre outros, pois a ordem legal legitima referida situação. O mesmo se diz quanto à alegada inobservância ao princípio da impessoalidade. Não se está aqui a atribuir um regime de preferência indiscriminada, mas sim fazendo-se cumprir um contrato firmado entre Estado e particular, cujas cláusulas (aqui tratando de garantia através de vinculação de receitas) enquadram-se na sistemática contratual atual.

A taxa é uma espécie de tributo que tem sua destinação VINCULADA à determinada finalidade. Este fato basta para demonstrar que é possível vincular-se a destinação de receita tributária. A Constituição não permite, tão somente, a vinculação de receitas oriundas de IMPOSTOS. Quanto às demais, é possível vinculá-las a finalidades diversas, pois não se extrai do texto constitucional proibição alguma⁸⁶.

Sendo possível a vinculação de receitas como forma de garantia do particular em contratos de PPP, analisemos sua finalidade. Imaginemos uma parceria na modalidade concessão patrocinada. O Estado, em regra, deverá comparecer com parte dos valores (contraprestação), nos termos do estabelecido no edital e posterior contrato. Imaginemos, outrossim, que a garantia prevista neste contrato seja a vinculação de receitas, nos moldes do acima explicitado. Imaginemos, por fim, que a partir do sexto ano da concessão o Estado deixe de honrar com sua obrigação, não efetuando os pagamentos de sua contraprestação. Ora, a garantia da vinculação de receitas não é modalidade de garantia que poderá ser executada. Ou seja, não obstante estar no capítulo “garantias” da Lei nº. 11.079/2004, não se trata de garantia nos moldes do direito civil (garantia pessoal ou real). Desta forma, a vinculação de receitas nada mais é do que uma garantia orçamentária, de que o valor referente à contraprestação mensal do Estado para com o parceiro público existe e encontra-se destacado do bloco de receitas gerais daquele ente estatal⁸⁷.

⁸⁶ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado cogitam, inclusive, a possibilidade de vinculação de receitas oriundas de arrendamentos ou de *royalties*. (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 220).

⁸⁷ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado ressaltam: *O parceiro privado que obtiver uma garantia de vinculação de receita deve estar ciente, pois, de que seu direito se restringe tão-somente a exigir que uma determinada receita, se realizada, não poderá ser utilizada para pagar obrigação que não as contraprestações públicas do contrato de PPP, nos termos da lei que instituir a vinculação*. (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221).

E, se mesmo existindo a vinculação de receitas, afetas ao cumprimento da contraprestação do Estado para com o parceiro privado, o parceiro público venha a descumprir com suas obrigações, qual a garantia do particular? Nenhuma, pois neste caso haverá de se socorrer do Judiciário (ou, eventualmente, à arbitragem – como será adiante analisado), obter decisão de mérito, transitada em julgado, e se submeter à fila dos precatórios! A vinculação de receitas garante a existência dos valores em caixa, mas não impõe/obriga o pagamento por parte do Estado.

Creemos que a eficiência desta modalidade de garantia estará intimamente ligada ao histórico da Administração que contrata a PPP. Tratando-se de Administração cuja seriedade e respeito aos contratos é usual, o particular terá maior segurança em admitir a vinculação como espécie de garantia, ciente de que determinada receita estará destinada à parceria firmada. Em se tratando de entidade que habitualmente atrasa pagamentos, desrespeita contratos, tal garantia será inócua.

8.2) INSTITUIÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:
(...)
II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.

Antes de demonstrar como a garantia será prestada, necessário conceituar “fundo especial”. Trata-se de um patrimônio coletado, onde os recursos angariados destinam-se ao cumprimento de finalidade específica. Sua criação depende de lei (art. 167, IX, CF)⁸⁸. O art. 71 da Lei nº. 4.320/64 dispõe: “constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

⁸⁸ Constituição Federal:
Art. 167. São vedados:
(...)

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Não são dotados de personalidade jurídica. Seu objetivo é o de cumprir com a finalidade de sua lei de criação. Nada mais são do que vinculações de receitas orçamentárias, destinadas a determinadas finalidades. Estão vinculados aos entes que os instituíram e estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas.

Há divergência na doutrina, ao atribuir ou não personalidade judiciária aos fundos. Alguns (como é o caso de José Cretella Júnior⁸⁹) entendem que, apesar de não possuírem personalidade jurídica, detém os fundos personalidade judiciária, podendo figurar como autor/réu na relação processual. Regis Fernandes de Oliveira⁹⁰, por sua vez, aponta:

A corrente que entende da inexistência, seja de personalidade jurídica, seja de personalidade judiciária é a correta. Em primeiro lugar, os fundos não são titulares de direitos, nem sujeitos de obrigações. Ser pessoa jurídica significa ser centro de imputação normativa, isto é, ter vontade, praticar atos, interferir no centro imputativo de outra pessoa jurídica, poder firmar contratos, ir a juízo etc., mas nada disso faz o Fundo. De outro lado, não pratica atos jurídicos e, pois, não pode ser sujeito ativo ou passivo em relação processual.

Essa corrente é a que passamos a adotar. Diferentemente do condomínio em edifícios, do espólio, do consórcio (dentre outros), que não obstante não possuírem personalidade jurídica praticam atos em nome próprio, o fundo sempre agirá através do ente que o instituiu. Não tendo personalidade jurídica nem judiciária, não pode o fundo assumir obrigações em seu nome.

Sendo assim, passemos à análise do Fundo como forma de garantia nos contratos de PPP. O inciso II do art. 8º da Lei nº. 11.079/04 possibilita sejam garantidas as obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública através da instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei. A lei autoriza tanto INSTITUIR novo fundo, como UTILIZAR-SE de fundos já existentes (desde que a finalidade deste fundo seja a de prestar garantias em contratos de PPP).

Uma vez criado o fundo (com finalidade própria – a prestação de garantia, seja para contratos diversos, seja para um único contrato), integrará o ente que o criou. Não

⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 3.718.

⁹⁰ Id. *Ibid.*, p. 289.

sendo dotado de personalidade jurídica, a contratação da garantia será realizada com este ente, e não com o fundo. Quem presta a garantia, em última análise, é a pessoa jurídica da Administração, seja direta ou indireta.

Aqui reside o grande empecilho para o oferecimento desta modalidade de garantia: por ter sido contratada com o ente público, eventual execução desta garantia terá no pólo passivo este ente, e não o fundo (por não ter personalidade, nem jurídica nem judiciária). Eventual execução não afastará o martírio dos precatórios, o que cremos torna a utilização destes fundos, como garantia, pouco atrativa aos particulares. Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁹¹ destacam quais as formas de garantia que poderão ser prestadas pelos fundos:

Assim, o fundo especial poderá prestar apenas garantias pessoais, como fiança ou aval, nos termos da lei que o instituir. Não se admite possa prestar garantias reais, eis que os bens que eventualmente estejam alocados no fundo continuam a pertencer ao patrimônio do ente federativo instituidor, e, portanto, por serem bens públicos, devem se submeter aos princípios da inalienabilidade e impenhorabilidade.

Neste raciocínio, não existe lógica no oferecimento desta espécie de garantia, pois não oferecerá segurança alguma ao particular, que deverá percorrer o árduo caminho do processo judicial, para ao final entrar na longa fila dos precatórios.

A única vantagem que o fundo apresenta, quando comparado com a Administração Pública que o criou, é que eventual sobra de recursos, ao final do exercício, não enseja devolução ao caixa único do tesouro. Trata-se, portanto, de instrumento de planejamento orçamentário, que poderá ser utilizado com o objetivo de implementar com as contraprestações do parceiro público – vez que seus recursos estarão destacados do bloco principal – bastando, para isso, que haja autorização na sua lei instituidora. Como espécie de garantia, por não oferecer segurança suficiente, é modalidade que dificilmente atrairá o particular.

Portanto, o que se tem aqui é semelhante ao que ocorre com a vinculação de receitas. Não existe uma garantia a ser executada quando do descumprimento da obrigação de pagamento da contraprestação pública. A obrigação de pagar do fundo é a própria

⁹¹ Id. Ibid., p. 228.

garantia. Trata-se de uma garantia orçamentária, onde se assegura que as receitas vinculadas àquela finalidade não serão utilizadas, senão para o cumprimento da obrigação de contraprestação do parceiro público.

8.3) SEGURO-GARANTIA

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

(...)

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

O contrato de seguro é um contrato típico na sistemática do Direito pátrio. O Código Civil, em seu art. 757, dispõe que, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Trata-se de um contrato mercantil, onde se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o § 2º do art. 3º deste diploma define como serviço a atividade securitária. São partes o segurador e o segurado (em alguns casos, pode existir a figura do beneficiário, como ocorre nos seguros de vida).

Segurador: é aquele que, mediante o recebimento do prêmio, assume o risco e passa a ter como obrigação pagar o prêmio na eventualidade de ocorrer o sinistro. O parágrafo único do art. 757 do Código Civil autoriza ser segurador apenas “entidade para tal fim legalmente autorizada”. Portanto, apenas pessoas jurídicas podem ser seguradoras – sociedades anônimas⁹² e cooperativas⁹³ (apenas para seguros agrícolas e de saúde).

⁹² Decreto-lei nº. 2.063, de 7 de março de 1940:

Art. 1º A exploração das operações de seguros privados será exercida, no território nacional, por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal.

⁹³ Decreto-lei nº. 73/66:

Art. 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas.

Parágrafo único: as sociedades cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho.

(atualmente a atividade seguradora contra acidentes do trabalho foi absorvida pelo Estado).

Segurado: pessoa física ou jurídica, que mediante o pagamento do prêmio, tem interesse legítimo na conservação da coisa colocada em seguro.

No caso da garantia nas PPPs, a companhia seguradora não poderá ser controlada⁹⁴ pelo Poder Público. Ocorrendo o sinistro, o segurador pagará, ao segurado, o prejuízo resultante do evento danoso. Contudo, como claramente consta do art. 757 do Código Civil, o segurado será ressarcido apenas dos eventos/riscos predeterminados. A apólice preverá as situações nas quais haverá o dever de indenizar.

Cremos que esta é a forma de garantia mais robusta, pois seu recebimento é célere e integral. Contudo, na hipótese do seguro proteger todas as espécies de riscos que incorrem o particular ao contratar com o Poder Público, certamente o valor do prêmio será tão elevado, que inviabilizará sua utilização. Ao escolher a modalidade de garantia que será oferecida num determinado empreendimento, o Administrador deverá analisar qual apresentará a melhor relação custo/benefício. Não nos parece interessante à Administração oferecer modalidade de garantia que implicará em gastos elevados de verbas públicas!

Na esteira do raciocínio acima explicitado, Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁹⁵ colocam:

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

Como já ressaltado por diversas vezes, o Estado tem fama de mau pagador. Todavia, existem algumas Administrações que cumprem, em dia, com seus compromissos,

⁹⁴ Lei n.º. 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

⁹⁵ Id. Ibid., p. 230.

diminuindo sensivelmente as margens de risco de eventual calote. Assim, cremos que a utilização do seguro como forma de garantia nas PPPs dependerá de qual será a Administração contratante. Se tratar-se de ente conhecidamente desrespeitoso com suas obrigações, o valor do prêmio a ser pago ao segurador inviabilizará sua utilização. Sendo uma Administração com fama de idônea (o que, infelizmente, são poucas), o oferecimento de seguro-garantia é tanto viável como indicado, pois é a modalidade de mais rápida e fácil execução.

8.4) GARANTIAS PRESTADAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS OU INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

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

(...)

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

O inciso IV do art. 8º, na verdade, traz a previsão de dois tipos de garantia: (i) garantia prestada por organismos internacional; (ii) garantia prestada por instituição financeira. A garantia prestada por organismo internacional é modalidade que certamente atrairá empresas estrangeiras, que às vezes não conhecem ou tem receio das instituições brasileiras. Um investidor sueco pode duvidar da capacidade do FGP de suportar determinado evento ocorrido numa PPP. Pode desconhecer o Banco Bradesco, por exemplo. Mas não ficará melindrado se notar que o contrato está garantido pelo Banco Mundial ou Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Portanto, a grande vantagem desta garantia é a liquidez e o fato de atrair investidores que atuam no mercado internacional. Desvantagens: dificuldade de algumas Administrações obterem tal garantia, e o custo deste capital (certamente estes organismos internacionais não irão “emprestar” valores sem nenhuma contraprestação do governo tomador).

Outra justificativa para a não utilização desta espécie, por ora, é citada por Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado⁹⁶, que acreditam ser o objetivo do Governo, antes de realizar qualquer *credit enhancement*, verificar qual será o exato funcionamento e o *credit rating* (classificação do crédito) do próprio FGP.

A garantia prestada por instituição financeira⁹⁷ implica nos mesmos óbices da prestada por organismo internacional (dificuldade de obtenção e alto custo). A Lei obriga que a instituição não seja controlada pelo Poder Público⁹⁸, como ocorre na hipótese do seguro-garantia.

A possibilidade da prestação de garantias por fundo garantidor ou empresa estatal, modalidade esta prevista na lei das PPPs, será tratada em capítulo específico (capítulo 9), ante a relevância do tema.

⁹⁶ Os autores afirmam: *A contratação de organismo multilateral para prover o crédito antes do funcionamento regular do FGP levaria à criação de uma pressão do mercado para que todas as PPPs fossem feitas com garantias de organismos multilaterais. Por isso, talvez seja prudente esperar, para verificar qual o exato valor que o mercado dará às garantias ofertadas pelo FGP.* (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 232, nota 31).

⁹⁷ Lei n.º. 4.595/1964:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

⁹⁸ Ao conceito de controle, vide nota de rodapé n.º. 93.

9) GARANTIAS PRESTADAS POR FUNDO GARANTIDOR OU EMPRESA ESTATAL

SUMÁRIO: 9.1 Da suposta inconstitucionalidade do fundo garantidor – 9.2 Do fundo garantidor de parcerias público-privadas – FGP: 9.2.1 Natureza do fundo garantidor de parcerias; 9.2.2 Integralização de bens do fundo garantidor de parcerias; 9.2.3 Criação, administração, gestão e representação do fundo garantidor de parcerias; 9.2.4 Das garantias em espécie; 9.2.5 Prestação de contra-garantia pelo fundo garantidor a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais; 9.2.6 Liberação do patrimônio do fundo garantidor e prazo para acionamento da garantia; 9.2.7 Subrogação dos direitos do parceiro privado ao fundo garantidor e sua dissolução.

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

(...)

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

O inciso II do artigo 8º da lei de parcerias faz referência ao oferecimento de garantias por fundos especiais previstos na legislação. Remetemos o leitor ao capítulo 8.2, onde poderá verificar que em nada se confunde aquela modalidade de garantia com a que iremos tratar neste capítulo.

Nesta modalidade temos a criação de um Fundo Garantidor, ou de empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista). Primeiro aspecto que salta aos olhos: a finalidade destas pessoas jurídicas (seja o fundo garantidor, seja a empresa estatal) deverá ser ESPECIFICAMENTE o oferecimento de garantias em contratos de PPPs. Segundo: dependerão de lei para serem criadas⁹⁹.

Cada fundo garantidor ou empresa estatal terá uma constituição diferente, uma composição própria e uma capacidade de oferecer garantias. No âmbito da União, a própria Lei de PPPs autorizou a criação do Fundo Garantidor de Parcerias – FGP, que será tratado adiante.

Antes, porém, de analisar o FGP, importante apontar os ataques que tem sofrido, por parte da doutrina, esta modalidade de garantia, pugnando pela sua inconstitucionalidade.

9.1) DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR

Parte da doutrina tem atacado a constitucionalidade do oferecimento de garantias por Fundo Garantidor criado para esta finalidade. As alegadas inconstitucionalidades havidas são de duas ordens: formal e material.

No aspecto formal, os ataques concentram-se no enfrentamento da criação do Fundo pela Lei nº. 11.079/2004 quando em cotejo com o disposto no art. 165, § 9º da Constituição Federal¹⁰⁰, ao impor à lei complementar estabelecer normas e condições para

⁹⁹ Com relação aos fundos, o art. 167, inciso IX, da CF veda sua instituição sem prévia autorização legislativa. Quanto às empresas estatais, o art. 37, inciso XIX, da CF determina que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista.

¹⁰⁰ Constituição Federal:

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

(...)

§ 9º Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

a instituição e funcionamento de fundos. Neste sentido são as lições de Paulo Roberto Ferreira Motta¹⁰¹:

No aspecto formal, vale examinar o disposto no artigo 165, § 9º, II, da Constituição Federal. Aqui encontramos a determinação constante na Lei Maior de que cabe à Lei Complementar estabelecer as normas e as condições para a instituição e o funcionamento de fundos, o que, acreditamos, já demonstraria a total e absoluta inapropriedade do tratamento da matéria por lei ordinária.

Não se sustente, por incabível, que a Lei nº. 4.320/64 já traga normas para instituição e funcionamento de fundos, sendo, em consequência, desnecessária nova lei complementar. Respeitosamente, o argumento não se sustenta. Em primeiro lugar, a mencionada lei não é complementar, mas sim ordinária. Por segundo, jamais tratou de Parcerias Público-Privadas e, na parte que versa sobre Fundos Especiais, limitou-se a conceituar os mesmos.

(...)

Assim sendo, há, na matéria aqui versada, inconstitucionalidade formal.

Na mesma toada seguem as conclusões de Kiyoshi Harada, em parecer formulado a pedido da Comissão de Precatórios da OAB/SP. Contrapondo este posicionamento, Alexandre Santos de Aragão¹⁰² coloca:

Ora, não parece ser bem assim. O que o art. 165, § 9º, II, CF, impõe é que as condições para a instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar, não que a criação de cada fundo específico o seja. Essa lei complementar (lei-quadro) já existe; é a Lei nº. 4.320/64, cujos arts. 71 a 74 se referem apenas à “lei”, portanto lei ordinária, para instituir o fundo.

Ainda cabe a pergunta: a Lei nº. 4.320/64 não é lei ordinária, de forma que o mando constitucional continuaria desatendido? À época da edição desta lei o ordenamento não exigia fosse a matéria tratada por lei complementar. Contudo, após 1988, tal norma (que trata das finanças públicas), não obstante ser formalmente lei ordinária, passa a ter força de lei complementar, pois recepcionada pela nova sistemática constitucional, sendo revogada apenas por leis complementares. Este argumento é capaz de equacionar a discussão e nos permite concluir que a criação do Fundo Garantidor não padece de nenhum vício de constitucionalidade (quanto ao aspecto formal).

¹⁰¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Fundo garantidor nas parcerias público-privadas. In *Interesse público*. Ano VII, 2005, nº. 34. Sapucaia do Sul: Notadez, p. 27 et seq.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Vol. 240. abril/junho 2005. Rio de Janeiro: Renovar, p. 130.

Ainda apontam Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹⁰³ que a mesma lei complementar, invocada pelos que entendem ser imprescindível, deverá tratar da elaboração e da organização do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Contudo, não obstante inexistir referida legislação, jamais foi atacada a constitucionalidade da elaboração da LDO ou do PPA – sendo este outro argumento, capaz de rechaçar a suposta inconstitucionalidade do oferecimento de garantias pelo Fundo Garantidor de Parcerias.

Com relação ao aspecto material, a problemática é mais complexa. São muitas as opiniões, divergências, conclusões. A discussão inicia-se com a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173 da CF¹⁰⁴. Da leitura deste artigo resta claro que, ao Estado, só é permitido criar empresa pública ou sociedade de economia mista para a exploração de atividade econômica em caráter excepcional – ou seja, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Cabe a pergunta: que tipo de atividade as entidades eventualmente criadas para garantir parcerias público-privadas estarão a exercer? Gustavo Binenbojm¹⁰⁵ considera ser atividade de fomento, perfeitamente executável por pessoas estatais de direito

¹⁰³ Id. Ibid., p. 235.

¹⁰⁴ Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹⁰⁵ Id. Ibid., p. 172.

privado. De outro lado, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira¹⁰⁶ afirma não se aplicar, caso se considere de fomento a atividade exercida pelo Fundo Garantidor, o regime do art. 173 da CF, próprio das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Sendo fomento, se aplicaria o regime próprio das entidades estatais prestadoras de serviços públicos – qual seja, o regime jurídico de direito público.

Oferecer garantia é claramente uma atividade econômica. Não é de hoje que as seguradoras privadas atuam no mercado de seguros, oferecendo garantias das mais diversas (seguro de automóveis, imóveis, responsabilidade civil, etc.). Portanto, parece-nos claro que, ao atuar no ramo de “seguros”, o Estado estará atuando como um agente de mercado, nos termos do art. 173 da CF¹⁰⁷. A única dúvida que poderá surgir: ao agir assim, atua em nome da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo? Segurança nacional, eventualmente, poderá ser invocada. Contudo, face à necessidade premente de investimentos em infra-estrutura, e por conta da importância que assumem as garantias nos contratos de PPPs (como já tratado em capítulos anteriores), sentimo-nos extremamente confortáveis ao afirmar que o Estado agirá em nome do RELEVANTE INTERESSE COLETIVO. É sabido que o particular não investirá recursos em atividades que envolvam riscos deveras elevados – como é o caso dos investimentos em infra-estrutura, tendo o Estado como fonte pagadora. Assim, é interesse de toda a coletividade que o Estado crie mecanismos capazes de atrair este capital, que resultará em melhorias aos contribuintes – justificando a intervenção no domínio econômico.

Portanto, consideramos legítima e, conseqüentemente, CONSTITUCIONAL, a intervenção do Estado, ao possibilitar o oferecimento, através de Fundo Garantidor ou de empresa estatal criada para este fim, de garantias idôneas e capazes de atrair o capital privado, pois em consonância com o disposto no art. 173 da Carta da República, atuando no mercado em nome do relevante interesse coletivo, restando rechaçada a primeira alegação de inconstitucionalidade material.

¹⁰⁶ Id. Ibid., p. 182.

¹⁰⁷ Ives Gandra da Silva Martins aponta: *Desta forma, a dicção constitucional sinaliza no sentido de que imperativos de segurança nacional e interesse público relevante podem conformar exploração de atividades econômicas que impliquem serviço, no texto constitucional, sem que sejam necessariamente públicos.* (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As parcerias público-privadas à luz da Constituição.* In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Pavani e Rogério Emilio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 28).

A segunda ordem de ataques é focada em eventual afronta à plena igualdade entre os credores das Fazendas Federal, Estaduais e Municipais, garantida pelo art. 100 da Carta em vigor, abaixo transcrito:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Aqueles que enxergam o Fundo Garantidor como inconstitucional alegam que estar-se-ia criando uma espécie de “credores de primeira classe”, numa forma de paternalismo, protecionismo estatal – de um lado; e de perseguição e diferenciação incabível – de outro.

O regime de execução previsto no art. 100 da CF implica na observância da ordem cronológica de pagamentos dos credores das Fazendas Públicas. Entende a doutrina que defende a inconstitucionalidade que a segregação de verbas, para o oferecimento de garantias, fere os princípios da administração pública insertos no art. 37 da Carta.

Ora, é cediço que as empresas públicas e sociedades de economia mista não se sujeitam ao regime dos precatórios. Assim, com relação a estas, não reside qualquer inconstitucionalidade. Resta, portanto, analisar o oferecimento de garantias pelo Fundo Garantidor. Diferente dos fundos tratados no inciso II do art. 8º (alvo de análise no capítulo 8.2 deste trabalho), o Fundo Garantidor de Parcerias – FGP é pessoa jurídica de direito privado – não estando sujeito, portanto, à execução nos moldes do previsto no art. 100 da CF.

A Lei que criar o Fundo Garantidor dará a este personalidade jurídica de direito privado¹⁰⁸ – tendo, assim, patrimônio próprio e podendo ser executado como no

¹⁰⁸ Cremos que é obrigatória a atribuição de personalidade jurídica de direito privado ao Fundo pela lei que o criar, pois o silêncio, neste caso, deverá ser interpretado em favor da coletividade, impedindo a criação de regime que certamente irá favorecer um grupo específico de pessoas (no caso, os investidores). Não são da mesma opinião Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: *Não é necessário – embora seja conveniente, com o escopo de evitar questionamentos – que a lei instituidora do fundo garantidor expressamente lhe atribua personalidade jurídica de direito privado. O importante é que as características principais que decorrem da personalidade estejam presentes – quais sejam: separação patrimonial e*

direito privado (com penhora de bens e direitos). Assim fez o legislador, ao editar a Lei nº. 11.079/2004, quando no art. 16, § 1º, colocou: *O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.*

Corroborando a defesa da constitucionalidade material do FGP, parece-nos interessante a transcrição das lições de Alexandre Santos de Aragão^{109 110}:

Quanto ao ponto nodal da violação do art. 100, CF, se considerássemos a criação de qualquer entidade privada da Administração Indireta como desvio de poder legislativo para exclusão do regime de Direito Público de atividade que, constitucionalmente, incumbem primariamente à União, todas elas poderiam ser consideradas inconstitucionais. A possibilidade de criação pela União de entidades de Direito Privado para desempenhar misteres seus é consagrada, entre outros dispositivos constitucionais, no art. 37, *caput*, CF, que expressamente prevê as modalidades de entidades da Administração Indireta, inclusive as de Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Por fim, cumpre analisar suposta inconstitucionalidade material por desvio de poder legislativo. Para Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira¹¹¹, a criação do FGP nasceu de um inequívoco propósito do legislador de contornar as disposições do processo de execução contra a Fazenda Pública, a fim de assegurar aos parceiros privados o recebimento das obrigações pecuniárias dos entes públicos. Agindo assim, o legislador estaria contrariando, com as normas postas, a sistemática constitucional e o princípio da

natureza de sujeito de direitos e obrigações. (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 237).

¹⁰⁹ Id. *Ibid.*, p. 130 et seq.

¹¹⁰ O mesmo argumento é utilizado por Gustavo Binenbojm: *Aqui não se vislumbra qualquer vício. A uma, porque seria legítimo ao Poder Público **desafetar** determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. A desafetação do bem importa a possibilidade de disposição do bem, o que se pode fazer mediante as formas contratuais admitidas pelo direito. A constituição de uma hipoteca, por exemplo, seria uma forma válida de garantir um contrato de que o Poder Público fosse parte.*

*A duas, porque a fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como **fundo garantidor** é absolutamente legítima e respaldada pelo art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República. Nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao “**regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.**” (BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição.* In *Revista de direito administrativo.* Vol. 241. jul./set. 2005. Rio de Janeiro: Renovar, p. 172).*

¹¹¹ Id. *Ibid.*, p. 182 et seq.

razoabilidade, vez que o exercício de competência constitucional não se pode voltar para infirmar o próprio texto constitucional.

Não parece ter havido o alegado desvio de poder legislativo. Vejamos: Odete Medauar¹¹² considera o desvio de poder, ou desvio de finalidade, como defeito de fim do ato administrativo, que ocorre quando o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹³, por sua vez, afirma poder existir desvio de poder tanto em ato administrativo (mais comum), quanto em ato legislativo ou jurisdicional. Tratando do desvio de poder legislativo, aponta que, por vezes, o legislador faz uso de sua competência legislativa, desbordando os limites constitucionais, desviando-se de sua razão de ser – outras vezes, busca a lei finalidade visivelmente distinta do objetivo próprio da norma.

Entretanto, a previsão de criação de Fundo Garantidor (e mesmo a criação do FGP, no âmbito da União) pela Lei nº. 11.079/2004 não parece ser fruto de desvio de finalidade do legislador ordinário, pois assim fez ciente e buscando exatamente criar uma sistemática de garantias eficientes e capazes de atrair o particular. Desta forma, não infringindo a Constituição (como acima analisado) e não buscando finalidade distinta do objetivo da norma, não visualizamos qualquer tipo de desvio de poder.

Para finalizar este capítulo, as lições de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹¹⁴ são elucidativas:

Em suma, como a implementação de PPPs é de extrema relevância ao interesse coletivo e apenas se viabiliza economicamente, no presente cenário político do país, mediante o oferecimento de garantia, e, além disso, tendo em vista que a utilização de fundos garantidores ou de empresas estatais com essa finalidade permite dar utilidade econômica a bens que atualmente não contribuem diretamente para a consecução de interesses públicos, **parece-nos constitucionalmente aceitável o desempenho pelo Estado brasileiro de atividade securitária de contraprestações públicas em contratos de PPP por meio dos instrumentos ora analisados.**

(sem ênfase no original)

¹¹² Id. Ibid., p. 151.

¹¹³ Id. Ibid., p. 935.

¹¹⁴ Id. Ibid., p. 240.

9.2) DO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP

A Lei nº. 11.079/2004, em seu capítulo VI, traz as disposições aplicáveis apenas à União, e nos arts. 16 à 21 tratou do Fundo Garantidor de Parcerias (cuja criação é autorizada pelo art. 8º, inciso V) – estabelecendo sua forma de criação, administração e representação, dentre outras coisas, que serão analisadas uma a uma neste capítulo.

O FGP parece ser, dentre as opções de garantias dadas pela lei, a mais eficiente, pois tendo patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, afasta sua execução da sistemática dos precatórios. Outrossim, uma vez constituído, sua utilização como garantidor não implicará em custos aos parceiros (como no caso dos seguros), nem importará nos riscos, já analisados, da vinculação de receitas e do uso de fundos especiais.

9.2.1) natureza do fundo garantidor de parcerias

O § 1º do art. 16 estabelece que o Fundo Garantidor de Parcerias terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, estando sujeito a direitos e obrigações próprios. Sendo sujeito de direito, capaz de contrair obrigações em seu nome, facilmente se conclui tratar-se de pessoa jurídica, tendo inclusive registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ nº. 07.676.825/0001-70¹¹⁵).

Sendo pessoa jurídica, à que espécie societária se assemelha o FGP? Dispõe o § 5º do art. 16: *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 subscrever*. Respondendo os cotistas apenas pela integralização das cotas, temos que o FGP assemelha-se a uma Sociedade de Responsabilidade Limitada.

¹¹⁵ Anexo 2.

Na Receita Federal o FGP foi classificado como um fundo de investimento¹¹⁶. Em tese, tais fundos não dispõem de personalidade jurídica, no que o FGP foge à regra¹¹⁷.

Contudo, fundamental no que tange à natureza jurídica do FGP é ser o mesmo tratado como pessoa jurídica de direito privado. Isso o torna a principal modalidade de garantia, possibilitando o acionamento do mecanismo assecuratório pelo particular de forma célere – pois não se sujeitará ao regime dos precatórios.

O FGP nada mais é do que uma companhia seguradora, de responsabilidade limitada, cujo objetivo é oferecer garantia aos interessados em participar de projetos de PPPs levadas a efeito pela União Federal, sem cobrança de prêmio pela prestação de garantias. Não visa a obtenção de lucro (art. 19).

9.2.2) integralização de bens do fundo garantidor de parcerias

O patrimônio do FGP poderá ser composto por diversos tipos de bens: dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, ações de sociedade de economia mista federal (desde que não se exceda ao necessário para manutenção do controle da sociedade pela União) e outros direitos com valor patrimonial (§ 4º do art. 16 da Lei nº. 11.079/2004).

¹¹⁶ V. anexo 2.

¹¹⁷ Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, defendendo a existência de personalidade jurídica do FGP, expõe: *A classificação perante a Receita Federal, contudo, não tem o condão de transformar a natureza do FGP. As normas e práticas internas que orientam a classificação das entidades registradas no CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica não podem modificar a natureza legal do FGP, estabelecida na Lei 11.079/2004. Como os fundos de investimentos são constituídos sob a forma de condomínio, não há, propriamente, separação patrimonial. As obrigações e os direitos do fundo de investimento existem em nome de todos os cotistas, e não de uma entidade única. Por isso, imputar ao FGP, sem qualquer ressalva, a natureza de fundo de investimento e, por consequência, de condomínio implicaria retirar a eficácia do dispositivo legal ora em exame. Por certo, a retirada de eficácia de um dispositivo legal não poderia se dar por uma classificação perante a Receita Federal.*

(...)

Em suma: a classificação do FGP no CNPJ como fundo de investimento é relevante, vale frisar, apenas para efeitos fiscais. (RIBEIRO, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 348 et seq.).

O lastro do FGP (seu patrimônio), capaz de suportar eventuais sinistros ocorridos nos contratos em que este figurar como segurador, será avaliado por empresa especializada, que apresentará laudo fundamentado, com indicação dos critérios que foram utilizados e deverá vir acompanhado dos documentos relativos aos bens avaliados, tudo isso visando não supervalorizá-los, de forma a não permitir ao FGP assumir compromissos maiores do que o seu patrimônio.

O Decreto nº. 5.411, de 6 de abril de 2005¹¹⁸, autoriza a integralização de cotas no FGP, mediante ações representativas de participações acionárias da União em sociedades de economia mista disponíveis para venda. O FGP só poderá assumir garantias nos limites de seu patrimônio.

Sendo seu objetivo assegurar o particular nos contratos de PPPs, e ciente de que este procura uma garantia célere e, portanto, líquida, em regra o FGP pagará o particular em dinheiro. Assim, o Regulamento do Fundo¹¹⁹, em seu capítulo III – Política de Investimento – prevê como objetivo a busca por rentabilidade, segurança e liquidez. A preocupação da manutenção de sua liquidez não fica apenas na promessa. O art. 12 divide os ativos integralizados do Fundo em classes, numeradas de 1 (um) à 6 (seis), onde numa ordem decrescente temos na “Classe 1” bens de elevada liquidez (moeda corrente, operações compromissadas, títulos públicos federais, operações em mercado de derivativos), e na “Classe 6” bens de baixa liquidez (outros bens móveis). O art. 16 do Regulamento permite ao Administrador converter os ativos das Classes 2, 3, 4, 5 e 6 para a Classe 1. Já o art. 17 veda a conversão de ativos das Classes 1 e 2 para as demais.

A integralização de suas quotas independe de licitação, mas requer prévia avaliação (por empresa especializada) e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda (§ 6º do art. 16).

Por fim, cumpre fazer breve menção à integralização do FGP com bens imóveis. Como acima mencionado, o Fundo poderá ser composto por bens imóveis dominicais. Nas lições de Odete Medauar¹²⁰, bens públicos dominicais *são os bens*

¹¹⁸ Anexo 3.

¹¹⁹ Anexo 4.

¹²⁰ Id. Ibid., p. 240.

públicos não destinados à utilização imediata do povo, nem aos usuários de serviços ou aos beneficiários diretos de atividades. São bens sem tal destino, porque não o receberam ainda ou porque perderam um destino anterior.

Portanto, o Fundo não poderá ter em seu patrimônio bem público de uso comum do povo ou bens públicos de uso especial. Nada mais lógico: tais bens não podem ser alienados nem penhorados! A solução para eventual oferecimento destes à integralização do FGP é a sua desafetação¹²¹. Transformado em dominical, poderá ser transferido ao Fundo.

9.2.3) criação, administração, gestão e representação do fundo garantidor de parcerias

O FGP, criado por lei e administrado pelo Banco do Brasil¹²², deverá observar o disposto no inciso XXII, do art. 4º, da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964¹²³. A gestão, a nosso ver, confunde-se com a administração. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹²⁴ coloca como sinônimos administrar e gerir. Desta forma, pode-se afirmar que a gestão do Fundo fica também a cargo do Banco do Brasil.

¹²¹ *A desafetação é a mudança da destinação do bem. De regra, a desafetação visa a incluir bens de uso comum do povo ou bens de uso especial na categoria de bens dominicais para possibilitar a alienação. A desafetação pode advir de manifestação explícita, como no caso de autorização legislativa para venda de bem de uso especial, na qual está contida a desafetação para bem dominical; ou decorre de conduta da Administração, como na hipótese de operação urbanística que torna inviável o uso de uma rua próxima como via de circulação.* (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 241).

¹²² Regulamento do FGP:

Art. 2º O FGP será administrado pelo Banco do Brasil S/A, doravante designado, simplesmente, Administrador, instituição financeira devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM como prestador de serviços de Administração de Carteiras, apto a realizar a gestão de recursos de terceiros, sujeito às regras e obrigações impostas pela CVM quanto ao exercício daquela atividade, em particular no que se refere aos arts. 14 a 20 da Instrução CVM nº. 306.

¹²³ Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964:

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

XXII – Estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta Lei.

¹²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977, p. 11.

Quanto à representação, judicial e extrajudicial, será feita pelo seu administrador¹²⁵. Estas determinações de administração, gestão e representação advêm do Regulamento do FGP, aprovado aos 27 de janeiro de 2006, em assembléia de cotistas, juntamente com seu Estatuto¹²⁶.

O § 2º do art. 17 estabelece que a União se fará representar na assembléia dos cotistas pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que pode delegar esse encargo à Procurador da Fazenda Nacional.

Já o § 3º do art. 17 dá ao Banco do Brasil (Administrador) ampla liberdade na aquisição e alienação de ativos do Fundo, independentemente de consulta à assembléia de cotistas, cuja função é apenas de traçar as diretrizes da política de investimentos, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

9.2.4) **das garantias em espécie**

O § 1º do art. 18 da Lei nº. 11.079/2004 traz as modalidades de garantias que o FGP poderá prestar aos particulares. Serão tratadas uma a uma a seguir:

9.2.4.1) fiança

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador.

¹²⁵ Regulamento do FGP:

Art. 2º

§ 1º Compete ao Administrador:

(...)

VII – representar o FGP, ativa ou passivamente, judicial ou extrajudicialmente.

¹²⁶ Anexo 5.

Contrato típico do direito civil, a fiança vem regulada pelos arts. 818 à 839 do Código Civil. Nas lições de César Fiuza¹²⁷, é contrato por meio do qual uma pessoa se obriga para com o credor de outra a satisfazer a obrigação, caso esta não a cumpra. A relação contratual que se estabelece será entre fiador e credor, ainda que seja o devedor quem apresente o fiador, e ainda que o devedor pague pela fiança.

É contrato típico (tipificado pelo Código Civil), formal (depende de instrumento escrito), unilateral (gera obrigações apenas ao fiador) e, o que nos parece importante: acessório, pois existe em função de outra relação contratual, servindo para esta como garantia.

O fiador deve ter capacidade contratual (requisito presente no FGP). Em regra, é efeito do contrato de fiança o chamado benefício de ordem, ou seja, a obrigação do fiador é subsidiária à do devedor. A lei das parcerias excluiu o benefício de ordem, possibilitando ao credor executar diretamente a garantia, sem obrigação de cobrança do devedor principal.

É também característica do contrato de fiança a sub-rogação dos direitos do credor ao fiador. Por fim, cumpre apenas pequena digressão para o fim de diferenciar a fiança com renúncia ao benefício de ordem e o aval. A fiança se presta a garantir contratos em geral, enquanto o aval apenas títulos de crédito. Ademais, enquanto a fiança requer contrato escrito, para o aval basta a assinatura do avalista no verso do título.

Prestada a fiança, eventual crédito poderá ser executado sobre o patrimônio geral do FGP¹²⁸.

¹²⁷ FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 612.

¹²⁸ Apontam Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: *Uma vez prestada a fiança, a rigor, qualquer bem do patrimônio do FGP, desde que sobre ele não incida garantia real ou faça parte de patrimônio de afetação, poderá ser utilizado para a satisfação do crédito do parceiro privado.*

(...)

Por isso, na medida em que sejam estabelecidas garantias reais sobre bens do FGP ou que se constituam patrimônios de afetação, o parceiro privado beneficiário de uma fiança terá à sua disposição um menor patrimônio disponível caso deseje executar a garantia.

(sic) (RIBEIRO, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 374).

9.2.4.2) penhor

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

(...)

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia.

Também é contrato típico do direito civil, sendo regulado pelos arts. 1.419 a 1.472 do Código Civil. De origem romana, trata-se de direito real de garantia. César Fiuza¹²⁹ assim o define: *ocorre penhor quando o devedor, ou um terceiro em seu nome, entrega ao credor bem móvel, livre e desonerado, em garantia da dívida.*

Materializa-se após a tradição (entrega) da coisa dada em garantia. Nos termos do art. 1.431 do Código Civil, o penhor só se constitui com a *transferência efetiva* da posse do bem. O objeto deverá ser bem móvel, e o acompanhará todos os seus acessórios, se não expressamente excluídos.

Poderá ser empenhado tanto bem infungível (penhor regular) quanto bem fungível (penhor irregular). O devedor deve ser o dono da coisa empenhada, e o bem deverá ser passível de alienação. Requer seja formalizado por escrito.

A Lei nº. 11.079/2004 possibilitou ao FGP garantir particulares através do penhor, com uma singela diferença: a posse do bem continuará a ser do Fundo, enquanto não executada a garantia. O parágrafo único do art. 1.431 do Código Civil autoriza a manutenção da posse do bem com o devedor nos casos de penhor rural, industrial, mercantil e de veículos. A Lei de parcerias não especifica, levando a crer que qualquer que seja o bem empenhado, ficará na posse do Fundo. Parece ter lógica tal determinação, pois considerando que o bem poderá ser utilizado pelo seu possuidor, possibilitará ao Fundo utilizar-se dele, na vigência do contrato de garantia.

¹²⁹ Id. Ibid., p. 612.

Na eventualidade de execução da garantia, a posse do bem será transferida ao credor. Deverá excutir o penhor, ou seja, através de procedimento judicial efetuar a sua penhora e leva-lo à hasta pública, na tentativa de aliená-lo. Havendo saldo da venda, será devolvido ao devedor. Caso o valor arrecadado em hasta não seja suficiente para quitar a dívida, a mesma persiste pelo saldo. Aqui cabe uma pequena análise do penhor nas PPPs.

O devedor principal nas PPPs é o parceiro público, que garantirá o cumprimento de suas obrigações com o empenho de bens do FGP. O Fundo é um terceiro na relação, vindo ao auxílio do Estado. Salvo estipulação expressa, não será devedor solidário, mas apenas um garantidor do pactuado pelos parceiros público e privado. Assim, na eventualidade do valor do bem empenhado não cobrir o total do débito da União para com o particular, em regra o FGP não responderá pela diferença.

E isso, parece-nos, acontecerá com certa frequência. Bens móveis, em geral, desvalorizam-se rapidamente. Imaginemos um contrato de PPP com duração de 20 (vinte) anos, cuja garantia de cumprimento da contraprestação da União seja o empenho de determinados bens móveis do FGP. Eventual execução da garantia, tempos depois, demonstrará que o bem empenhado não vale mais o que valia à época da contratação. Assim, haverá uma diferença entre o valor garantido e o débito do Estado. Não havendo a previsão de solidariedade do Fundo para com o devedor principal, o particular deverá executar a diferença face ao Poder Público, submetendo-se, nesta parte, ao gravoso regime dos precatórios. Portanto, interessante que, no oferecimento de garantia na modalidade de penhor pelo FGP, exista previsão de solidariedade deste para com o devedor principal, tornando a garantia mais robusta, fazendo cumprir com seu objetivo, qual seja, atrair o capital privado.

9.2.4.3) hipoteca

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

(...)

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP.

Regulada pelo Código Civil nos arts. 1.473 ao 1.505, trata-se de direito real de garantia, onde o devedor não perde a posse nem a propriedade do bem. Nas lições de FIUZA¹³⁰, hipoteca é a modalidade de garantia real que confere ao credor direito real sobre bem, em regra imóvel, do devedor, que permanece em sua posse e domínio.

O art. 1.473 do Código Civil traz os bens passíveis de hipoteca; sendo obrigatório requerer seu registro (no Registro Imobiliário, Capitania dos Portos ou Departamento de Aviação Civil), momento em que nasce perante terceiros. Vencida a obrigação, o credor irá executar a hipoteca, pleiteando a penhora do bem e sua alienação em hasta pública. A extinção da hipoteca se dá com o desaparecimento da obrigação a qual figura como garante (exemplo: pagamento).

A Lei de PPPs trouxe a possibilidade do FGP hipotecar bens imóveis de seu patrimônio, afim de garantir contratos de parcerias. As observações feitas quanto ao penhor, no que tange ao valor do bem dado em garantia, valem também para a hipoteca¹³¹.

Por força do disposto no art. 1.485 do C.C., a hipoteca não poderá ultrapassar 30 (trinta) anos. Contudo, a Lei nº. 11.079/2004 permite contratos de parcerias com até 35 (trinta e cinco) anos de duração. Contratos com prazos acima de 30 anos, eventualmente garantidos por hipoteca de bens do FGP, ficarão sem garantia no período que exceder o teto legal. Desta forma, importante que nos contratos de longa duração (mais de 30 anos), a espécie de garantia seja outra que não a hipoteca de bens, sob pena de afastar o particular, que ficará desprotegido, na pior das hipóteses, pelos últimos 5 (cinco) anos de concessão.

9.2.4.4) alienação fiduciária

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

¹³⁰ Id. Ibid., p. 937.

¹³¹ Destacamos no capítulo anterior que o devedor principal nas PPPs é o parceiro público, que garantirá o cumprimento de suas obrigações com a hipoteca de bens do FGP. O Fundo é um terceiro na relação, vindo em auxílio do Estado. Salvo estipulação expressa, não será devedor solidário, mas apenas um garantidor do pactuado pelos parceiros público e privado. Assim, na eventualidade do valor do bem hipotecado não cobrir o total do débito da União para com o particular, em regra o FGP não responderá pela diferença.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

(...)

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia.

A alienação fiduciária (em garantia) é contrato, onde uma pessoa (o devedor fiduciante), a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito à outrem (o credor fiduciário), que fica adstrito a retransmitir a propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida¹³².

O objetivo é caucionar uma obrigação; a posse do bem continua com o fiduciante (domínio útil), que poderá se utilizar do bem – enquanto ao fiduciário caberá a nu-propriedade.

Tratado de forma sucinta pelo Código Civil (arts. 1.361 à 1.368), é também regulado por leis esparsas¹³³. Pode ser dado em garantia bem móvel (infungível e durável) ou imóvel. É requisito da alienação fiduciária contrato formal (escrito).

O fiduciante deve pagar a dívida garantida pelo bem alienado; não pagando, deve entregar o bem ao credor. O credor deverá vender o bem a terceiros, quitando seu crédito e entregando eventual saldo ao devedor. Poderá também ficar com o bem para si, desde que o devedor aceite dar a coisa em pagamento da dívida.

Assim como ocorre no penhor e na hipoteca, o devedor principal em contratos de PPPs não é o FGP, mas sim o parceiro público. Desta feita, uma vez executada a garantia, o Fundo responderá apenas no limite do bem alienado fiduciariamente, pois em regra o FGP não é devedor solidário, salvo estipulação contratual em contrário.

¹³² FIUZA, Id. Ibid., p. 841.

¹³³ Lei nº. 4.728/65 – introduz a alienação fiduciária em garantia no ordenamento brasileiro.

Decreto-lei nº. 911/69 – modifica a Lei nº. 4.728/65.

Leis nº. 6.014/73 e nº. 6.071/74 – modificam o Decreto-lei nº. 911/69.

Lei nº. 4.728/65 – trata da alienação fiduciária no âmbito do mercado de capitais.

Lei nº. 9.514/97 – trata da alienação fiduciária de bens imóveis.

9.2.4.5) outros contratos que produzam efeito de garantia

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

(...)

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia.

Desde que não haja a transferência da titularidade ou da posse direta dos bens do FGP ao parceiro privado beneficiário da garantia, a lei autoriza seja prestada qualquer outra modalidade além das previstas nos incisos I à IV do § 1º do art. 18, mostrando que os mesmos são apenas exemplificativos.

A preocupação em manter os bens sob a gestão e custódia do FGP é uma constante em todas as garantias analisadas anteriormente; a intenção, ao que parece, é permitir ao Fundo usufruir dos bens (quando móveis), mesmo durante a vigência do contrato; e, no caso dos bens imóveis, impede que sejam utilizados pelo particular de forma indevida, alienando-os ou dando-os em garantia de outras obrigações por ele assumidas, facilitando o retorno do bem ao patrimônio contábil do Fundo tão logo se desvencilhe da garantia assumida, possibilitando dá-lo em garantia de outro contrato.

9.2.4.6) garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

(...)

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Trata-se do oferecimento de garantia (real ou pessoal) pelo FGP, mas vinculada a bens destacados da universalidade que compõe o Fundo. Criado um patrimônio de afetação, um ou alguns dos bens responderão especificamente a determinadas obrigações.

Mesmo na hipótese do oferecimento de garantias reais, o devedor responde com todo o seu patrimônio (e não apenas com aquele dado em garantia). Executado o devedor, o credor da garantia real terá preferência perante os demais, com relação a este bem. Com a criação de um patrimônio de afetação, os bens destacados irão responder à obrigação específica, determinada.

O tratamento da questão veio no art. 21 da Lei nº. 11.079/2004, que faculta a constituição de patrimônio de afetação, que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, vinculando-se exclusivamente à garantia para a qual foi criado. Outrossim, salienta que este patrimônio, destacado dos demais, não poderá ser penhorado, arrestado, seqüestrado, nem poderá ser objeto de busca e apreensão ou de qualquer outro ato de constrição judicial decorrentes de outras obrigações do FGP.

No contrato de PPP, apenas e tão somente o parceiro privado beneficiário da garantia (seja real, seja pessoal) dada pelo FGP, com afetação de determinado patrimônio do Fundo ao cumprimento da obrigação, poderá executar tal parcela de sua composição. Isto cria uma certeza de que estes bens não serão perseguidos por nenhum outro credor.

Da leitura do *caput* do art. 21, verifica-se que um patrimônio de afetação criado poderá garantir apenas um contrato de PPP. Isto porque, ao vincular tal patrimônio *exclusivamente* à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, leva a crer que, para cada contrato, um novo patrimônio de afetação deverá ser criado. Isto nos leva a concluir, como bem observa Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹³⁴, que existindo patrimônio de afetação, não há lógica no oferecimento de garantia real: *se o patrimônio de afetação for criado para um contrato específico, então, como nenhum outro parceiro privado poderá perseguir os bens que compõem esse patrimônio, será desnecessária a celebração de contrato de garantia real. Isso porque a vantagem da garantia real,*

¹³⁴ Id. Ibid., 386 et seq.

consistente no fato de criar uma preferência sobre determinado bem em benefício de um credor específico, já existe por meio do patrimônio de afetação.

9.2.5) prestação de contra-garantia pelo fundo garantidor a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais

Possibilidade prevista no § 2º do art. 18, o FGP poderá garantir uma outra garantia, ou seja, poderá oferecer alguma das modalidades analisadas nos itens anteriores à seguradora, instituição financeira ou organismos internacional, como forma de trazer segurança à estes garantidores.

Desta forma, existindo seguradora que garanta o cumprimento das obrigações do parceiro público em contratos de PPPs, na eventualidade desta ser acionada, caberá o regresso contra o Fundo. Isto tornará o oferecimento de garantia na modalidade seguro mais barata (talvez viável).

Parece lógico que o valor da contra-garantia deva ser o mesmo da garantia principal (da seguradora, instituição financeira ou organismo internacional para com o parceiro privado). Desta forma, não vemos muito sentido na colocação de um intermediário, pois vinculando parcela do patrimônio do Fundo ao cumprimento de uma contra-garantia, resultado idêntico seria obtido com o oferecimento direto deste mesmo patrimônio ao particular.

Outrossim, o risco do calote, para posterior acionamento do Fundo, terá um preço, que será incorporado ao custo da garantia principal, servindo o mecanismo de contra-garantia apenas para onerar o projeto como um todo. Temos que acreditar na capacidade do FGP de impor credibilidade suficiente para o mercado: caso este não o aceite, não serão as seguradoras, nem as instituições financeiras e muito menos os organismos internacionais que irão aceitá-las.

9.2.6) liberação do patrimônio do fundo garantidor e prazo para acionamento da garantia

Os contratos de PPPs poderão ter duração de até 35 (trinta e cinco) anos. Neste período, as obrigações do parceiro público para com o parceiro privado irão vencendo. Conforme cada pagamento é efetuado, o patrimônio do FGP vai sendo liberado, capacitando o Fundo à assunção de novas obrigações. É o que dispõe o § 3º do art. 18 da Lei nº. 11.079/2004.

Quanto aos prazos para acionamento da garantia, previstos nos §§ 4º. e 5º., do mesmo artigo, duas hipóteses de situações devem ser analisadas: *i*) aceitação dos serviços pelo parceiro público; *ii*) não aceitação dos serviços pelo parceiro público.

Na hipótese dos serviços terem sido aceitos pela Administração, o parceiro privado só poderá acionar o FGP a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento. De outra feita, no caso de fatura emitida pelo parceiro privado e ainda não aceita pela Administração, o acionamento do fundo só poderá ocorrer depois de transcorridos 90 (noventa) dias de seu vencimento, e desde que não tenha havido sua rejeição expressa, por ato motivado.

Havendo rejeição expressa da fatura, o FGP não poderá pagar o valor pleiteado. A discussão acerca dos serviços medidos/faturados, se devidos ou não, deverá ser dirimida pelo juízo arbitral (no caso do contrato prever tal possibilidade) ou pelo Poder Judiciário. Sendo legítima a cobrança, o FGP efetuará o pagamento¹³⁵.

9.2.7) sub-rogação dos direitos do parceiro privado ao fundo garantidor e sua dissolução

Ao garantir as obrigações assumidas pela União, eventualmente o FGP terá que suportar o ônus de pagar o que era devido pelo parceiro público – esta é a sua função. Contudo, seu objetivo não é o de arcar com o ônus do inadimplemento dos outros, mas o

¹³⁵ Remetemos o leitor ao art. 31 do Regulamento do FGP (anexo 4), onde está previsto o procedimento a ser adotado para execução da garantia.

de garantir o particular, e posteriormente perseguir seu devedor. Para que isto seja possível, o § 6º do art. 18 da Lei nº. 11.079/2004 determina que, quitado eventual débito pelo FGP, os direitos do parceiro privado (até então credor) serão sub-rogados ao Fundo.

A sub-rogação, que nada mais é do que a transferência da qualidade de credor para aquele que paga obrigação de outrem ou empresta o necessário para isso¹³⁶, no caso das PPPs, decorre da própria lei (sub-rogação legal). O vínculo obrigacional primitivo continua a existir, havendo apenas mudança com relação ao credor.

Quanto à dissolução do FGP, esta não poderá ocorrer enquanto existirem contratos de PPPs garantidos por ele (art. 20, Lei nº. 11.079/2004). Visa proteger os particulares, evitando que o Fundo se dissolva tão logo tenha assumido uma obrigação de garantir contrato de parceria de longo prazo.

¹³⁶ FIUZA, Id. Ibid., p. 360.

10) OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO DO PARTICULAR PREVISTAS NA LEI

SUMÁRIO: 10.1 A arbitragem – 10.2 A transferência da gestão da sociedade de propósito específico ao financiador – 10.3 A emissão em empenho em nome do financiador – 10.4 A legitimidade do financiador para receber indenizações e pagamentos dos garantidores.

10.1) A ARBITRAGEM

Uma das mais polêmicas inovações trazidas pela lei das PPPs, o uso da arbitragem em litígios envolvendo a Fazenda Pública já é discutido há tempos. Para conceituar arbitragem, as lições de Carlos Alberto Carmona¹³⁷ são elucidativas: meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

¹³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

O uso da arbitragem nas demandas envolvendo a Fazenda Pública não é assunto pacífico. Considerados indisponíveis os interesses públicos, entende-se ser vedado ao Administrador dispô-los da forma que bem lhe convier. Nas PPPs ambos os parceiros buscam obter vantagens e benefícios da relação. Assim, como já apontado em capítulo anterior, aflora uma nova sistemática contratual, onde se verifica a diminuição na quantidade das denominadas cláusulas exorbitantes, deixando o Poder Público em posição de paridade com o particular.

Carlos Ari Sundfeld defendia a aplicação da arbitragem nas concessões comuns mesmo antes do advento da lei de Parcerias Público-Privadas. Baseava-se na disposição do inciso XV do art. 23 da Lei nº. 8.987/95, que impõe ser cláusula essencial do contrato de concessão, dentre outras, a relativa ao foro e modo amigável de solução de divergências contratuais.

Talvez a grande discussão sobre a possibilidade ou não do uso do meio arbitral como forma de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública resida em saber quais são os denominados direitos indisponíveis – se tudo o que consta em determinada relação contratual, onde um dos pólos é o Poder Público, é indisponível.

Eros Roberto Grau defende que, por vezes, a Administração dispõe de direitos patrimoniais, sem que por isso esteja a dispor do interesse público. Caio Tácito conclui que nem todos os contratos administrativos envolvem direitos indisponíveis da Administração. Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹³⁸, em precioso trabalho onde defende o uso da arbitragem nas PPPs, aponta alguns requisitos para viabilizar sua implementação: *i*) a previsão explícita da opção pela via arbitral no edital de licitação; *ii*) a necessidade da arbitragem pautar-se nos critérios de direito, jamais em convenções pelo uso de critérios alternativos; *iii*) a ampla publicidade de todo o procedimento, em atendimento ao princípio da publicidade (exceção aos denominados contratos “sigilosos”). E conclui, afirmando ser necessária pequena adaptação da Lei de Arbitragem, prevendo um procedimento especial para a arbitragem envolvendo a Administração.

¹³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 596.

João Roberto da Silva¹³⁹ também defende a aplicação da arbitragem em contratos públicos, mas reconhece não ser pacífica, na doutrina, sua aplicação. Rafaella Ferraz¹⁴⁰ tenta estancar a discussão, observando:

Se alguma virtude há nos projetos de lei de Parceria Público-Privada e das Licitações Públicas é a possibilidade de eventuais conflitos entre a administração pública contratante e o particular serem submetidos à arbitragem – meio notável, relativamente célere e eficaz para a solução de controvérsias.

A inserção em nosso ordenamento, por meio dos referidos projetos de lei, da convenção de arbitragem para a Administração – via cláusula compromissória ou compromisso arbitral – vem, de certo modo, sepultar os acalorados debates sobre a questão da arbitrabilidade, tanto a subjetiva quanto a objetiva, na esfera pública. Ou seja, não mais se questionará se um ente público ou um litígio que envolva interesse ou bem público poderá ser solucionado pelo meio alternativo. Basta que se trate de direito patrimonial disponível, tal como previsto na Lei de Arbitragem 9.307/96.

Sabe-se que a solução dos litígios por via arbitral é muito célere, quando comparado ao procedimento judicial. **Celeridade é segurança, é redução de custos, é previsibilidade. Isso tudo se apresenta como uma espécie de garantia ao particular que pretende contratar uma PPP.** Contudo, não obstante reconhecermos a arbitragem como garantia, e cientes de que é instrumento de extrema importância nas PPPs, não conseguimos vislumbrar interesse público qualquer, quando tratamos de PPPs, que possa ser considerado disponível (talvez, numa interpretação forçada, possamos considerar possível o uso da arbitragem em litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público que explorem atividades econômicas, pois neste caso agem como se fossem empresas privadas – tendo regime jurídico de direito privado). PPPs envolvem prestação de serviços públicos (em sua grande maioria). Consideramos todos os aspectos relacionados à prestação destes serviços como indisponíveis. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴¹ destaca:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isso, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre

¹³⁹ SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – aspectos gerais da lei n.º 9.307/96*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2004, p. 42.

¹⁴⁰ FERRAZ, Rafaella. Ameaça à arbitragem. In *Conexão migalhas parceria público-privada*. Ano 1, n.º 1, Millennium Editora, p. 75.

¹⁴¹ Id. *Ibid.*, p. 751.

matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴² aponta a razão da divergência doutrinária: “Quanto ao emprego da arbitragem, a norma provocará controvérsias, tendo em vista que a Lei nº. 9.307, de 23-9-1996, que a disciplina, expressamente afasta essa possibilidade com relação aos direitos indisponíveis. O certo seria que a lei delimitasse as hipóteses em que a arbitragem pode ser utilizada, restringindo a discricionariedade do poder concedente na elaboração do edital.”

Assim, caberá à jurisprudência acatar ou não a aplicação da arbitragem nas concessões dadas no regime das PPPs, bem como definir seus limites¹⁴³. Nossa posição é pela impossibilidade do uso da arbitragem nos contratos de PPPs, em face da

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 321.

¹⁴³ Dentre as diversas opiniões doutrinárias sobre a questão do uso da arbitragem em contratos envolvendo entes públicos, merece destaque a de Rafael Bicca Machado, pela polêmica lançada: *Se de um modo geral ainda persiste no ambiente jurídico um considerável preconceito com relação à arbitragem, queremos desde logo salientar que, ao nosso ver, mais forte ainda é essa desconfiança quando se cogita de entes públicos submeterem-se a arbitragens em decorrência de contratos firmados com empresas privadas. Não temos ciência de que haja uma pesquisa específica sobre esse tema no Brasil – nos moldes, por exemplo, dos já citados trabalhos de Castelar Pinheiro – entretanto, enquanto alguma pesquisa científica não é feita, ousamos sugerir que, muito provavelmente, a maior parte dos membros do Poder Judiciário se posicionará pela impossibilidade da arbitragem em contratos que envolvam, de algum modo, órgãos públicos.*

(...)

Ocorre que, de acordo com os dados obtidos por Castelar Pinheiro, não se pode cair no erro comum de supor que os juízes no Brasil são neutros e se limitam à aplicação da lei.

Acreditamos – e esse é o ponto principal deste artigo – que esta discussão contempla um outro elemento muito importante e que, no mais das vezes, vem passando ao largo das inúmeras discussões sobre a viabilidade ou não da arbitragem nos contratos de PPPs.

Trata-se da perda de poder que a arbitragem acarreta aos juízes.

Consoante mais adiante aclarado, nos parece que ainda que porventura houvesse um artigo específico na Lei de Arbitragem prevendo expressamente a possibilidade de arbitragem em contratos públicos, persistiria existindo um forte movimento de julgadores contrário à aceitação de métodos alternativos para a resolução dos conflitos surgidos no âmbito das PPPs.

(...)

Nesse ambiente, a previsão da Lei nº. 11.079/04 de que os conflitos decorrentes dos contratos de PPP serão de regra decididos não pelo Poder Judiciário mais sim por organismos arbitrais poderá significar, ao nosso ver, aos olhos de grande parte dos julgadores, uma situação de claro risco de perda de poder.

Situação esta com a qual, obvia e compreensivelmente, jamais concordarão.

(...)

Nos parece que, a fundo, mais do que contra a arbitragem em si (especialmente em contratos que envolvam entes públicos), muitos o são contra a perda de poder que a arbitragem representará, na medida em que a resolução dos conflitos escapará às mãos da jurisdição estatal.

*E este é, de fato, o problema mais grave e mais importante, s.m.j., a ser percebido quando se discute a viabilidade ou não da arbitragem nas PPPs. (sic) (grifamos) (MACHADO, Rafael Bicca. Alguns obstáculos à arbitragem nas PPPs. In *Estudos sobre as parcerias público-privadas*. Org. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 179 et seq.).*

indisponibilidade do interesse público (considerando que estaremos tratando de serviços públicos). Temos que observar, entretanto, as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que caminham neste sentido, confirmando o entendimento de que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem. Em 2005, a segunda turma da C. Corte Superior, em processo envolvendo a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul (CEEE) e a AES Uruguaiana¹⁴⁴, já havia decidido desta forma. E em 2008 a primeira seção do mesmo tribunal, em discussão entre TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE e a sociedade de economia mista Nuclebrás Equipamentos Pesados (Nuclep – empresa vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia), tal entendimento foi confirmado¹⁴⁵. Para os ministros da seção, o interesse público disponível – que possui natureza contratual ou privada – pode ser levado à via arbitral. Cássio Telles Ferreira Netto, presidente do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP) à época da decisão acima apontada, afirmou que diversos são os diplomas legais que autorizam o uso da arbitragem por empresas públicas. Para ele, “os direitos secundários ou disponíveis sempre poderão ser objeto de uma arbitragem”.

Uma vez admitida, deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa. Acreditamos que a obrigatoriedade da arbitragem ser realizada no Brasil advém da idéia de se considerar como foro competente para dirimir litígios o da sede da Administração. Quanto à obrigatoriedade da utilização da língua portuguesa, busca-se a publicidade necessária e obrigatória aos atos da Administração, não sendo vedada a utilização do português simultaneamente com outro idioma.

10.2) A TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO AO FINANCIADOR

A Lei de PPPs obriga o licitante vencedor do certame a, antes da celebração do contrato, constituir sociedade de propósito específico, que terá a incumbência de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º, *caput*, da Lei nº. 11.079/2004).

¹⁴⁴ Anexo 6.

¹⁴⁵ Anexo 7.

Ao que parece, o objetivo desta exigência é impor uma separação das despesas/receitas da operação da parceria, apartando-as de eventuais outras atividades exercidas pela empresa que foi vencedora do procedimento licitatório, segregando-se eventuais riscos inerentes à estas outras atividades, que nada têm a ver com o objeto da parceria.

A constituição de Sociedade de Propósito Específico (adiante SPE) para cumprimento do objeto da concessão já era possível no regime da Lei nº. 8.987/95. Contudo, tratava-se de faculdade da Administração, em exigir ou não tal conduta no edital de licitação.

Além de obrigar a constituição desta SPE, a Lei nº. 11.079/2004 permite a transferência do controle desta sociedade para os seus financiadores, com o objetivo de promover a reestruturação financeira da parceria e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (art. 5º, § 2º, I da Lei nº. 11.079/2004 – *step-in rights*¹⁴⁶). Tal mecanismo não pode ser confundido com o previsto no art. 9º, § 1º. Vejamos: no art. 5º, a transferência será autorizada tão logo venham a se concretizar os requisitos e as condições para tal – ou seja, não existe margem de discricionariedade (autorizará); no art. 9º, trata-se de uma faculdade da Administração, em autorizar ou não a transferência (a transferência estará condicionada à autorização expressa da Administração¹⁴⁷). No primeiro caso, o verbo está

¹⁴⁶ Cláudio Maurício Freddo explicita o instituto: *Finalmente, essa noção clássica do direito anglo-saxão está na nossa lei, embora não em sua forma mais pura, exclusivamente contratual. Explicação sintética: é prática no mercado internacional de PPP o financiador requerer o direito de assumir o controle da empresa-projeto, para a qual empresta dinheiro, no cenário em que tal empresa entre em inadimplência. Mal comparando, seria como uma intervenção federal em uma administração estadual suspeita. Outra comparação elucidativa: uma intervenção do Banco Central em um banco mal administrado. Os “step-in rights” da lei brasileira de PPP representam uma combinação do “step-in” puro, unicamente contratual, com o modelo até agora vigente para as concessões comuns, em que a decisão de transferência de controle cabe exclusivamente à administração pública e nunca beneficia o financiador. Na PPP brasileira, o contrato deverá especificar as hipóteses e condições em que o financiador poderá, com anuência da administração, assumir o controle da empresa-projeto. Observação importante: o “step-in” é sempre uma faculdade do financiador, não uma obrigação. Quer dizer: verificadas certas condições de inadimplência, pode o financiador exercer ou não a opção de assumir o controle da empresa-projeto.* (FREDDO, Cláudio Maurício. “Step-in rights”, governança corporativa e internet. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Campinas: Millennium Editora, p. 87).

¹⁴⁷ Discute-se se essa autorização expressa da Administração deve ser prévia à transferência (face ao silêncio da lei), pois sua ausência poderá implicar na caducidade da concessão. Floriano de Azevedo Marques Neto, não obstante reconhecer que a boa regra exigiria a autorização prévia, admite ser convalidável a transferência, caso venha a ser depois expressamente admitida pelo poder delegante. Ora, uma vez transferido o controle da SPE, praticados vários atos na administração da parceria, pelo novo gestor, a Administração poderá se sentir compelida a autorizar, mesmo que posteriormente, amoldando a nova situação. Parece-nos que, não sendo exigida a autorização prévia, o financiador poderá utilizar-se desta prática, como meio de coação, ciente de que a autorização prévia não seria concedida. Portanto, visando dar à

no imperativo – motivo pelo qual nos leva a concluir inexistir margem de atuação discricionária; ao passo que no segundo caso, parece-nos que, não sendo conveniente e oportuno, ou indo de encontro ao interesse público, a Administração poderá negar a transferência.

Outrossim, a transferência prevista no art. 5º libera as partes da observância do inciso I, do parágrafo único, do art. 27, da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹⁴⁸ (renumerado para § 1º). Já a do art. 9º, é de se observar o dispositivo referido.

Qual seria então a diferença entre estas duas modalidades de transferência do controle da SPE para os seus financiadores criadas pela Lei de PPPs? Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹⁴⁹ apontam:

Parece-nos que, na realidade, simplesmente não se quis discrepar do já disposto na Lei 8.987/1995. É fato que, na assunção de controle pelo financiador (art. 5º), a transferência do controle é passageira, enquanto o § 1º do art. 9º da Lei de PPP trata da transferência definitiva. Porém, o fato de ser passageira em nada altera o comprometimento com o interesse público em assegurar uma adequada prestação do serviço. Se o afastamento da aplicabilidade do parágrafo único (atualmente renumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 pudesse colocar em risco a adequada prestação do serviço, então, seria imoral e, mais que isso, inconstitucional, eis que não se admite à Administração transigir com o interesse público na prestação eficiente de um serviço público.

Estamos tratando das possibilidades de transferências pois, ao nosso ver, apesar de não estarem no capítulo das garantias na Lei das PPPs, apresentam-se como tais. Ambas modalidades são garantias dos investidores, que poderão controlar a SPE (em regra a executora do objeto da parceria) em momentos que julgar importante, gerindo da forma que melhor lhe convier o contrato, visando reestruturá-lo. Sendo, portanto, espécies de garantias, guardam relação com o presente trabalho.

Administração a mais ampla liberdade de escolha, no campo dos atos ditos de competência discricionária, nossa posição é pela impossibilidade da autorização ser concedida *a posteriori*.

¹⁴⁸ Lei nº. 8.987/95. (com a redação dada pela Lei nº. 11.196/05):

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

¹⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 246.

Existem posições doutrinárias que não diferenciam estes dois tipos de transferências. Contudo, não fossem visualizadas as duas modalidades acima tratadas, teríamos uma flagrante contradição na Lei, pois ora exige-se o atendimento ao art. 27 da Lei nº. 8.987, ora dispensa-se seu cumprimento. Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira¹⁵⁰ trata de ambas como se fossem apenas uma, e coloca em dúvida sua constitucionalidade:

Agora, entretanto, a Lei nº. 11.079/04 reafirma (i) a possibilidade de transferência da concessão (ii) diretamente aos seus financiadores (sem licitação, portanto) e (iii) sem que necessitem demonstrar possuir ou satisfazer os requisitos de habilitação técnica, econômica e jurídico-fiscal exigidos ao licitante vencedor.

A nosso ver essa cláusula somente poderá ser tida como constitucional se se entender que se trata de uma espécie de intervenção, protagonizada pelos financiadores objetivando exclusivamente a recuperação da concessionária, portanto de caráter rigorosamente temporário, pena de vir a caracterizar-se a sua inconstitucionalidade.

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas¹⁵¹, em tese de doutoramento defendida na Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, sem diferenciar as duas modalidades previstas na Lei de PPPs, afirma estar sendo veementemente impugnada a transferência da SPE, pois representaria burla aos princípios da licitação e isonomia, além do fato de que os investidores não oferecem prévias contragarantias de suas qualificações técnicas para a assunção da prestação dos serviços públicos, concluindo pela sua inconstitucionalidade.

A constitucionalidade da transferência do controle acionário da concessionária já é questionada há tempos. Ao analisar a Lei nº. 8.987, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵² tem por inconstitucional o art. 27, pois considerando que a concessão depende de licitação (inclusive por imposição constitucional), e considerando estar em causa um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassar a concessão a outrem, com ou sem a concordância da Administração. Entende que seria uma burla ao princípio licitatório, e feriria o princípio da isonomia.

¹⁵⁰ Id. Ibid., p. 186 et seq.

¹⁵¹ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas: garantias inovadoras da lei federal nº. 11.079/2004. Prevalência do regime jurídico dos denominados contratos administrativos e das concessões de serviços públicos*. Tese de doutoramento em direito administrativo defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Livre-docente Maria Garcia. São Paulo: 2008, p. 337.

¹⁵² Id. Ibid., p. 691.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵³ diferencia duas situações: na primeira, há uma substituição na figura do concessionário. Por não haver exigência de licitação, entende que implicaria na burla à norma do artigo 175 da Constituição; na segunda, teríamos a transferência do controle societário da concessionária, mas não existe alteração na pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade.

Para nós, a transferência é constitucional, e representa importante forma de garantia (dada pela lei) que o financiador terá, frente à má gestão do concessionário. A partir do instante em que a SPE foi constituída, os requisitos técnicos e a capacidade financeira já estão presentes, nesta pessoa jurídica. A transferência de seu controle não implicará em risco algum à prestação do serviço, ao cumprimento do contrato, à saúde da parceria. Estamos de acordo com as lições da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que entende não haver alteração na pessoa do concessionário. Estando presentes os requisitos exigidos pelo edital na SPE (o que é de se esperar, pois logrou-se vencedora do certame licitatório), a transferência é constitucional.

10.3) A EMISSÃO DE EMPENHO EM NOME DO FINANCIADOR

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

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

(...)

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública.

Mais uma modalidade de garantia, prevista em capítulo outro que não o III (das garantias) da Lei nº. 11.079/2004. A nota de empenho¹⁵⁴ é o documento que possibilita o pagamento das obrigações da Administração. Em regra, o empenho tem como destinatário o credor daquele montante; no caso das PPPs, o concessionário.

¹⁵³ Id. Ibid., p. 299.

¹⁵⁴ O conceito de empenho é dado pela própria lei.

Lei nº. 4.320/1964:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Contudo, o inciso II do § 2º do art. 5º possibilita seja o destinatário do empenho o financiador do projeto, de forma que estará garantido de eventual calote do concessionário, não obstante ter a Administração cumprido com suas obrigações.

Desta forma, a nota de empenho deixa de ser expedida em nome do credor, e passa a ser expedida em nome de terceiro, que financiou o projeto. Toshio Mukai¹⁵⁵ entende ser inconstitucional tal expediente, “eis que não se pode assumir obrigações com quem não participou de licitação (art. 37, XXI, da CF)”¹⁵⁶.

Ora, a concessão (seja patrocinada ou administrativa) é dada ao particular através de licitação; não se cogita, com a destinação de empenho ao financiador, que seja dispensada a licitação. O que se tem é a cessão de um crédito, que em regra seria do contratado, àquele que lhe emprestou recursos para viabilizar sua participação no negócio. De fato não existe relação jurídica inicial alguma entre parceiro público e financiador – entretanto, não há qualquer inconstitucionalidade na cessão de crédito pelo parceiro privado àquele que lhe convier.

Para que seja autorizada a emissão de empenho em nome do financiador, é necessário que exista previsão no edital e no contrato de concessão – de forma a dar publicidade desta garantia a todos os interessados em participar da licitação, cientificando eventuais financiadores de que poderão ter a garantia da contraprestação pública direta. Caso o poder público não efetue o pagamento, poderá o financiador acionar diretamente o Estado, pois é seu o crédito empenhado¹⁵⁷.

¹⁵⁵ MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 11.

¹⁵⁶ Regis Fernandes de Oliveira considera possível a emissão de empenho em nome do financiador: *Na execução contratual e para satisfação das obrigações pecuniárias decorrentes, determina a lei específica (Lei 4.320/64) que deve haver a expedição de nota de empenho em nome do credor. A lei específica (Lei 11.079/2004) admite a emissão de empenho “em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública” (inciso II do § 2º do art. 5º). Curiosa a norma, uma vez que, normalmente, a nota de empenho é emitida em nome do credor. O credor é quem presta o serviço ou realiza a obra. Financiador é mero mutuante em contrato de empréstimo. Portanto, sem qualquer vínculo com as partes contratantes. É terceiro interessado no cumprimento do contrato e que haja o pagamento por parte da Administração Pública. No entanto, direito possui em receber qualquer parcela diretamente desta. Para que se possa cumprir o dispositivo é imprescindível que haja concordância expressa do credor, ou seja, do parceiro. Pode ele, no entanto, ceder seu crédito, apresentando-se, então, o financiador como credor do Poder Público. A permissão do texto torna imprescindível a concordância ou anuência do parceiro privado.* (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 510 et seq.).

¹⁵⁷ Lei nº. 4.320/1964

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Por fim, cumpre salientar que, normalmente, a continuidade dos serviços prestados pelos concessionários depende da arrecadação de tarifas – e, no caso das PPPs, eventualmente da contraprestação do Estado (lembrando que, nas concessões administrativas, toda a receita da prestação do serviço será oriunda do Estado). Assim, parece-nos que o mais correto, no oferecimento da garantia na modalidade de emissão de empenho em nome dos financiadores, que fosse assegurado ao concessionário o mínimo capaz de garantir a operacionalização e continuidade dos serviços, sob pena de desatendimento do interesse público, em prol do financiador do projeto. Nos pagamentos devidos pela Administração por conta de uma PPP certamente haverá parcela referente ao lucro do particular. Com relação a esse lucro, concordamos que seja feita nota de empenho diretamente ao financiador. Quanto aos valores necessários à manutenção da operação do pactuado, o concessionário deverá ser o destinatário das quantias.

10.4) A LEGITIMIDADE DO FINANCIADOR PARA RECEBER INDENIZAÇÕES E PAGAMENTOS DOS GARANTIDORES

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

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

(...)

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Mais uma garantia do financiador, que poderá receber diretamente do Poder Público eventuais valores devidos – seja por indenização oriunda da extinção antecipada do contrato, seja por execução das garantias previstas no mesmo.

O inciso III do § 2º do art. 5º prevê duas hipóteses. Na primeira, temos a extinção antecipada do contrato, ensejando indenização. A extinção de um contrato de

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objeto do que se deve pagar;

II – a importância exata a pagar;

III – **a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.**

(grifamos)

concessão¹⁵⁸ pode ser dar por diversas razões. Não havendo motivos que justifiquem a extinção antecipada (por exemplo, a flagrante incapacidade do concessionário em prestar o serviço contratado), a decisão da Administração em extinguir antecipadamente um contrato enseja a reparação dos danos (indenização), quanto ao que foi investido e não amortizado pelo particular. A Lei de PPPs permite que esta indenização seja concedida diretamente ao financiador do projeto, excluindo da relação o concessionário, diminuindo assim o risco deste receber a reparação do Estado e não repassa-la àquele que efetivamente despendeu os recursos.

Tal mecanismo já se mostrava viável na sistemática da Lei nº. 8.987/95, mesmo que de forma não muito clara. O art. 28¹⁵⁹ da Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos autorizava o oferecimento aos financiadores, como forma de garantia, dos direitos emergentes da concessão. Entende-se que eventual indenização por extinção antecipada do contrato é um direito emergente da concessão e, portanto, poderá ser dada em garantia.

A segunda parte do dispositivo ora analisado implica no pagamento direto ao financiador de valores devidos pelos fundos e empresas estatais criadas para servir como garantidoras dos projetos de PPPs. Sendo a eventual execução das garantias um direito emergente da concessão, poderá ser oferecido ao financiador, como forma de diminuir o “risco do intermediário”, dando maior segurança aos que irão prover as despesas com a implementação dos serviços.

¹⁵⁸ Lei nº. 8.987/95:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I – advento do termo contratual;

II – encampação;

III – caducidade;

IV – rescisão;

V – anulação; e

VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

¹⁵⁹ Lei nº. 8.987/95:

Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

11) POSSÍVEIS MODALIDADES DE PROTEÇÃO (NÃO PREVISTAS NA LEI)

SUMÁRIO: 11.1 O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de parcerias público-privadas – 11.2 O oferecimento de recebíveis de *royalties* – 11.3 Repasses dos fundos de participação – 11.4 Recebíveis das concessões comuns.

11.1) O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS

Sendo as PPPs espécies de concessões, pactuadas entre parceiro público (Poder Concedente) e parceiro privado (concessionário), pode-se afirmar que a equação entre encargos e receita assumida pelo particular no ato da contratação há de ser mantida, nos moldes do que ocorre nas contratações públicas tradicionais. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria é uma garantia do particular. Odete Medauar¹⁶⁰ leciona:

O equilíbrio econômico-financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato. Diz respeito às

¹⁶⁰ Id. Ibid., p. 213.

chamadas *cláusulas contratuais*, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado. Além dessas, o contrato administrativo é dotado das chamadas *cláusulas regulamentares*, atinentes às regras de execução. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. Se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também.

Não obstante tal garantia não estar prevista expressamente na Lei de PPPs, alguns dispositivos remetem à esta idéia. O art. 3º da lei das parcerias prevê expressamente a aplicação subsidiária das leis de concessão (nº. 8.987/95), bem como a de outorga e prorrogação das mesmas (nº. 9.074/95). Se as demais leis correlatas já trataram do assunto, não há razão para que seja pormenorizadamente disciplinado na lei própria. O fato da lei não descer aos detalhes da aplicação desta garantia, não implica em afirmar que não é cabível o re-equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de parcerias.

Pode-se visualizar alguns pontos da lei que demonstram a preocupação do legislador em garantir ao contratado o equilíbrio da relação pactuada. O art. 4º, ao traçar as diretrizes que irão nortear as PPPs, em seu inciso VII, prevê a *sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria*. Sustentável é aquilo que se mantém – no caso das PPPs, se a receita (seja oriunda da cobrança de tarifas, seja dos cofres públicos, seja de ambos) cobre os custos com a operação do serviço prestado e gera margem de lucro razoável (e já prevista) ao particular.

O art. 5º, inciso IV dispõe ser cláusula obrigatória do contrato a que trate das formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais. Índices de reajustes irão manter o equilíbrio da relação.

Verificado o desequilíbrio, seu restabelecimento pode se dar de diversas formas. Apenas para ilustrar: aumento de tarifas, diminuição de encargos, aumento do prazo da concessão. Cada contrato terá peculiaridades que certamente oferecerão formas inéditas de recomposição.

Por fim, não se pode esquecer que, por vezes, o desequilíbrio de um contrato administrativo pode pender a favor do particular. O inciso IX, do art. 5º tratou desta hipótese, obrigando o contrato a prever o compartilhamento, com a Administração

Pública, de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Nada mais justo: se estamos falando de parceria, parceiros no lucro e no prejuízo.

11.2) O OFERECIMENTO DE RECEBÍVEIS DE *ROYALTIES*

No intuito de formular novas opções de garantias, que eventualmente poderão ser oferecidas ao particular pela Administração, surge a possibilidade do oferecimento de recebíveis oriundos de *royalties* à constituição de Fundo Garantidor. Antes, porém, de tratar da possibilidade ou não desta “nova modalidade”, segue abaixo o conceito de *royalties* dado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP¹⁶¹:

Royalties são uma compensação financeira devida ao Estado pelas empresas concessionárias produtoras de petróleo e gás natural no território brasileiro e são distribuídos aos Estados, Municípios, ao Comando da Marinha, ao Ministério da Ciência e Tecnologia e ao Fundo Especial administrado pelo Ministério da Fazenda, que repassa aos estados e municípios de acordo com os critérios definidos em legislação específica.

Os *royalties*, que incidem sobre a produção mensal do campo produtor, são recolhidos mensalmente pelas empresas concessionárias por meio de pagamentos efetuados para a Secretaria do Tesouro Nacional – STN, até o último dia do mês seguinte àquele em que ocorreu a produção. A STN repassa os *royalties* aos beneficiários com base nos cálculos efetuados pela ANP de acordo com o estabelecido pelas Leis nº. 9.478/97 e nº. 7.990/89, regulamentadas, respectivamente, pelos Decretos nº. 2.705/98 e nº. 01/91.

A partir da Lei nº. 9.478/97, a alíquota dos *royalties* passou de 5% para até 10% da produção, podendo ser reduzida a um mínimo de 5%, tendo em vista os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes.

Nada mais são do que compensações financeiras, devidas ao Estado, por conta da exploração de recursos naturais. Sua distribuição se dá por critérios estabelecidos em lei, restando claro que o repasse aos Estados e Municípios, por parte da Secretaria do Tesouro Nacional, é OBRIGATÓRIO. Portanto, uma primeira conclusão é a de que se trata de uma receita.

Como já analisado no presente trabalho (capítulo 8.1.1 – noção de receitas públicas e orçamento), não há de se cogitar a vinculação de receitas oriundas de impostos.

¹⁶¹ <http://www.anp.gov.br/participacao_gov/royalties.asp> Acesso em 01 jul. 2009.

Teriam os recebíveis de *royalties* esta natureza? Certamente não, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº. 24.312-1¹⁶², constando do voto da Senhora Ministra Ellen Gracie:

A leitura do art. 20, V e IX da Constituição Federal, ao dispor que os recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais são bens da União, a meu juízo, induz, à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração destes recursos. O fato da Carta Maior assegurar no § 1º do mesmo dispositivo a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, não transforma estes recursos em receitas originárias destes entes federativos, **não se confundindo também com as receitas tributárias**, previstas no artigo 157 e 158 da Constituição Federal. (sic) (grifamos)

Os *royalties* são receitas não tributárias – assim, não sendo oriunda de impostos, podem ser vinculadas à determinados fins. Com relação ao impedimento de vinculação de receitas de impostos, está vencida esta primeira barreira. Contudo, como bem observa Alexandre Santos de Aragão¹⁶³, a principal dúvida quanto à possibilidade de vinculação destes recebíveis como garantia ao particular em contratos de PPPs, é definir se aplica-se às parcerias a Resolução nº. 43/2001 do Senado Federal, que veda a utilização de receitas futuras de *royalties* para a garantia de operações de crédito realizadas pelo Poder Público¹⁶⁴.

Não podem os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cederem os direitos oriundos da percepção dos *royalties* de período posterior ao mandato do Chefe do Executivo. Não podem, outrossim, em período posterior ao do mandato, dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação. Cabe agora analisar se a

¹⁶² Anexo 8.

¹⁶³ Id. Possibilidade de afetação dos recebíveis de *royalties* aos fundos garantidores de parcerias público-privadas. In *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 7, nº. 25, jan./mar. 2009.

¹⁶⁴ Resolução nº. 43/2001 do Senado Federal:

Art. 5º É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – em relação aos créditos decorrentes do direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de participação governamental obrigatória, nas modalidades de *royalties*, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental ou zona econômica exclusiva:

a) ceder direitos relativos a período posterior ao do mandato do chefe do Poder Executivo, exceto para capitalização de Fundos de Previdência ou para amortização extraordinária de dívidas com a União;

b) dar em garantia ou captar recursos a título de adiantamento ou antecipação, cujas obrigações contratuais respectivas ultrapassem o mandato do chefe do Poder Executivo.

vinculação da receita advinda dos *royalties* ao oferecimento de garantias em contratos de PPPs representa cessão de direito, garantia ou captação de recursos.

Cessão de direito é a transferência, a outrem, de direitos que lhe pertencem. Vincular recebíveis, independente de quais sejam, a uma finalidade, não implica em transferir esses recebíveis à outrem. Uma vez vinculada sua destinação, tem-se parcela do patrimônio destacado do bloco de receitas gerais, o que garante ao particular a existência de recursos. Contudo, executada a garantia, seu cumprimento far-se-á com qualquer tipo de receita, não só com as oriundas dos *royalties*. Isso demonstra que não há cessão de direito, mas apenas a implementação de artifício contábil, impossibilitando a Administração de utilizar-se destes recursos.

Neste particular, não se estará oferecendo o valor do recebível em garantia, mesmo porque será receita futura, mas dando ao particular a certeza de que os recursos advindos desta fonte ficarão vinculados à prestação da garantia (separados das demais receitas daquele ente estatal). Portanto, nada mais é do que forma de potencializar outro instrumento (no caso, um Fundo Garantidor).

Por fim, não se trata de captação de recursos. Estes não são futuros, mas presentes e existentes, integrando o orçamento e vinculando-se à prestação da garantia conforme ingressam nos cofres da Administração.

Pelos argumentos acima trazidos, conclui-se pela possibilidade de vinculação de receitas advindas de *royalties* à constituição de Fundo Garantidor, representando uma outra fonte de receitas do Estado capaz de servir como garantia de contratos de PPPs.

11.3) REPASSES DOS FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO

Os Fundos de Participação tem previsão no art. 159 da CF¹⁶⁵. O repasse de verbas pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios é automático, descabendo estabelecer qualquer condição para que isto ocorra. A entrega dos recursos foi disciplinada pela Lei Complementar nº. 62/89, que regulamenta a aplicação do FPE (Fundo de Participação dos Estados). Já o FPM (Fundo de Participação dos Municípios) foi tratado pela Lei Complementar nº. 91/97.

O cálculo das quotas de cada Estado é feito pelo Tribunal de Contas da União, utilizando-se de dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Considerando que as receitas destes repasses são certas (pois embasadas no próprio texto constitucional), e na mesma linha das receitas advindas de *royalties* (analisadas no capítulo 11.2), por não serem impostos, tais entradas de recursos poderão ser vinculadas à constituição de Fundo Garantidor, pois nada mais são do que fonte de receita da Administração Pública, certa e indiscutível.

É possível que o valor do repasse varie de ano a ano. Recentemente nos deparamos com situação desta natureza: por conta de “suposta” diminuição no número de habitantes do município, o valor do repasse do FPM foi deveras inferior ao do ano anterior¹⁶⁶. Contudo, certo é que o repasse existirá, em patamar facilmente estimável. Desta feita, a Administração poderá dar em garantia a vinculação das receitas advindas desta fonte de renda, pois sendo certa, sinaliza com segurança razoável ao particular que terá garantia da existência dos recursos e seu destacamento do bloco de receitas gerais do ente

¹⁶⁵ Constituição Federal:

Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

a) vinte um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

¹⁶⁶ Dizemos “suposta”, pois todos os indicadores acessíveis pela Administração Municipal apontavam para índices crescentes de habitantes, consubstanciados nos aumentos de: registros de nascimentos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do Município, consumo de água, feitos distribuídos no Fórum da Comarca, eleitores, atendimentos na Santa Casa de Misericórdia da Cidade, dentre inúmeros outros indicadores, o que leva a crer que o levantamento do IBGE, ao menos neste caso, poderia estar equivocado.

contratante. Não consideramos necessária previsão legal específica para que seja possível a vinculação de valores do repasse para o oferecimento de garantias. Contudo, visando evitar qualquer dúvida da legalidade do procedimento acima exposto, o Estado da Bahia promulgou a Lei Estadual nº. 11.477, permitindo a destinação de 12% (doze por cento) dos recursos que lhe cabem do FPE para este fim¹⁶⁷.

11.4) RECEBÍVEIS DAS CONCESSÕES COMUNS

Nas concessões comuns o concessionário remunera-se basicamente através de tarifas, cobradas diretamente dos usuários do serviço por ele prestado. Assim, em regra, o Poder Concedente nada paga e nada recebe do particular. O valor da tarifa deve ser capaz de suportar o custo da operação do serviço, amortizar eventual investimento realizado na construção da infra-estrutura necessária à prestação a cargo do particular, e possibilitar a obtenção de lucro (legítimo e necessário) àquele que se põe a realizar a atividade delegada.

A tarifa deve ser módica, acessível ao usuário. Não sendo possível a exploração da atividade através da cobrança de tarifas módicas, eventualmente pode existir

¹⁶⁷ Caio de Souza Loureiro comenta: *No último dia 1º de julho, o Estado da Bahia promulgou a Lei nº. 11.477, por meio da qual permitiu a alocação de até 12% dos recursos que lhe cabem no Fundo de Participação dos Estados (FPE) para garantia das obrigações assumidas em contratos de parceria público-privada (PPP). A Lei autoriza que o agente financeiro responsável pela gestão e repasse dos recursos destine o percentual acima para conta própria da Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. - Desenhavia, que servirá, por sua vez, ao pagamento e garantia da contraprestação pública devida pelo Estado nos contratos de PPP que vier a firmar.*

A Lei constitui importante instrumento nos arranjos financeiros de contratos de PPP, na medida que aloca verbas dotadas de liquidez e segurança, fundamentais características para atração de investidores privados, dispostos a investir recursos em contratos desta natureza. Sabe-se bem que um dos pontos centrais em contratos de PPP - e, de modo geral, nos contratos que envolvam a Administração - é a insegurança quanto ao cumprimento das obrigações assumidas pela parte pública da relação contratual. Daí ser fundamental estabelecer meios eficazes de mitigação do risco de inadimplência do Poder Público. A legislação de PPP foi atenta a isso, quando previu uma ampla gama de alternativas para o pagamento e garantia da contraprestação pública.

Neste sentido caminha a recente Lei do Estado da Bahia, original em seus termos e elaborada em consonância com os preceitos constitucionais e legais que regem o FPE e as PPPs. Diante da necessidade de carência financeira da maioria dos entes federados, a celebração de contratos de PPP é fundamental para a realização de novos investimentos, principalmente em projetos de infra-estrutura. Ao permitir a utilização do FPE como garantia, a Lei soluciona o problema de falta de ativos ou de verbas bastantes a garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo Estado. A inovação legislativa baiana constitui relevante precedente para outros Estados da Federação, e mesmo para os Municípios, que poderão se valer, de modo análogo, dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios.

*A Lei nº. 11.477 limita a utilização de 12% dos recursos e prevê a possibilidade de retorno destes recursos à conta geral do FPE quando não utilizados nos contratos de PPP. (LOUREIRO, Caio de Souza. Bahia aprova o uso de recursos do FPE em parcerias público-privadas. In *Litteraexpress*, boletim informativo eletrônico da Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia. Número 324, jul. 2009).*

subsídio do Poder Público. Possível também a exploração de atividades paralelas afeitas ao serviço desenvolvido pelo particular, cujas receitas são denominadas pela lei de receitas alternativas.

Contudo, algumas atividades permitem a sustentabilidade da prestação do serviço apenas com a cobrança de tarifas (módicas), gerando lucro deveras elevado, possibilitando ao Poder Concedente receber frutos desta exploração. Nestes casos, nos editais para entrega da concessão, é comum ser levado em consideração, como critério de escolha do licitante, a oferta da maior contraprestação do particular a ser paga ao Poder Concedente.

Assim, a Administração irá receber valores do Concessionário, cuja natureza não é tributária, possibilitando sejam vinculados ao oferecimento de garantia. Temos então algo semelhante ao já examinado nos capítulos 11.2 e 11.3 (o oferecimento de recebíveis de *royalties* e repasses dos fundos de participação), onde os recursos futuros ficarão vinculados à prestação de garantias, destacados, portanto, do bloco ordinário de receitas da Administração contratante.

Cumpramos ressaltar que a concessão comum, cujas contraprestações servirão de lastro à garantia, deverá ter prazo semelhante ao da PPP que pretende ser assegurada. Outrossim, mais importante do que o prazo de duração, é que o valor recebido pelo parceiro público por conta da concessão comum seja correspondente ao necessário à constituição da garantia.

11.5) RECEITAS ORIUNDAS DE SANÇÕES DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA

Conforme observa Odete Medauar¹⁶⁸, o descumprimento de determinadas restrições, resultantes do exercício do poder de polícia, enseja a possibilidade de impor sanções. Dentre os diversos tipos de sanções, as pecuniárias (multas) são das mais comuns,

¹⁶⁸ Id. Ibid., p. 339.

e compreendem a função de intimidar o infrator a não reincidir, bem como visa servir de exemplo aos demais administrados.

As multas devem guardar uma correlação entre a infração cometida e o valor da penalidade, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Não podem ter caráter confiscatório, ou seja, seu valor não pode ser deveras elevado que represente verdadeiro confisco.

O Poder Público, como detentor do poder de polícia, diariamente aplica multas, que ao final resultam em elevadas quantias recolhidas aos cofres públicos. Daí surge a idéia: é viável a vinculação desses valores ao oferecimento de garantia à particular em contratos de PPPs?

Uma primeira objeção ficaria por conta da incerteza da existência destes valores. Não havendo infração alguma por parte dos administrados, não haverá a imposição de penalidades. Ora, este cenário, apesar de ideal, é utópico. Talvez a implantação de algumas políticas de educação e incentivo ao respeito às normas resultem na diminuição do número de infrações. Contudo, fatalmente continuarão a existir, e é facilmente estimável o montante que será arrecadado, levando-se em consideração o histórico daquelas sanções.

Uma segunda questão é saber se os valores arrecadados com as multas podem ter qualquer tipo de destinação. Não é o que ocorre. Vejamos o disposto no art. 320 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997):

Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

Parágrafo único. O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.

Verifica-se que os recursos advindos da cobrança de multas de trânsito terão destinação específica e, portanto, não poderão ser vinculadas à prestação de garantias, mesmo em projetos viários ou voltados ao trânsito.

Vejamos, de outra feita, o que dispõe o inciso III do art. 22 da Lei nº. 9.782/1999 (que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária):

Art. 22. Constituem receita da Agência:
(...)

III – o produto da arrecadação das receitas das multas resultantes das ações fiscalizadoras;

A lei que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes traz a seguinte disposição:

Lei nº. 10.233/2001:

Art. 77. Constituem receitas da ANTT e da ANTAQ:

(...)

V – o produto das arrecadações de cada Agência, decorrentes da cobrança de emolumentos e multas;

Essas receitas ingressam nos cofres das agências, compondo seus caixas. São estimáveis, apesar de incertas. Esses “recebíveis” (oriundos de qualquer tipo de multa – as das agências acima referidas foram utilizadas apenas a título de exemplos) não têm natureza de tributo, o que possibilita sejam vinculados ao oferecimento de garantia (desde que não tenham destinação específica – como é o caso das multas de trânsito). Neste sentido, remetemos o leitor aos capítulos 11.2 e 11.3 (o oferecimento de recebíveis de *royalties* e repasses dos fundos de participação), pois a sistemática de vinculação proposta será a mesma da analisada naquela ocasião.

11.6) RECEBÍVEIS DE EXECUÇÕES FISCAIS

A Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa¹⁶⁹ da Fazenda Pública. O conceito de dívida ativa tributária é dado pelo art. 201 do Código Tributário Nacional:

¹⁶⁹ Tributária ou não.

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Os créditos não tributários, em regra, poderão ser vinculados à prestação de garantias, nos moldes do explicitado nos capítulos anteriores, motivo pelo qual não serão aqui analisados. A problemática que ora se coloca refere-se à possibilidade de vincular os recebíveis das execuções fiscais à constituição de fundo garantidor de uma PPP, tendo em vistas que é proibida a vinculação de receitas oriundas de impostos (vide capítulo 8.1.1 – noção de receitas públicas e orçamento). Portanto, cabe a pergunta: o fruto da execução fiscal tem natureza tributária?

O lançamento tributário, que tem por fim constituir o crédito tributário, dá início à sua exigibilidade. Sua exequibilidade, todavia, surge com a inscrição deste crédito na dívida ativa. A certidão desta inscrição constitui título executivo extrajudicial¹⁷⁰.

Descabe aqui tratarmos de todas as fases da execução fiscal. O que importa é saber se, ao final, obtendo êxito na demanda, os valores amealhados pela Fazenda Pública exequente continuarão a ter a natureza de IMPOSTO. Neste sentido, vejamos o conceito de imposto dado pelo Código Tributário Nacional:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Aquele que não pagou seus impostos, uma vez cobrado, perde a qualidade de contribuinte e adquire a de executado. É esse, portanto, o primeiro argumento, capaz de demonstrar que a natureza dos frutos da execução fiscal é alterada. Na mesma linha, vejamos o disposto no art. 183 do CTN:

Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da **natureza ou das características do tributo** a que se refiram.

Parágrafo único. A **natureza das garantias atribuídas ao crédito tributário** não altera a **natureza deste** nem a da **obrigação tributária** a que corresponda.
(g.n.)

¹⁷⁰ V. art. 585, inciso VII do Código de Processo Civil.

O legislador, ao se referir à natureza do crédito tributário, diz que sua natureza não se altera, nem a da obrigação tributária que lhe deu causa. Isso demonstra que suas naturezas são diversas!

Desta forma, parece-nos possível que uma Administração (imaginemos uma Prefeitura Municipal) leve a efeito uma PPP oferecendo como garantia de sua eventual inadimplência os recebíveis dos seus créditos tributários, inclusive os oriundos de impostos (que, em regra, são os recursos mais vultosos), vinculando esses valores à um Fundo Garantidor¹⁷¹.

¹⁷¹ O Estado de São Paulo editou lei (Lei Estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – anexo 9) que autoriza o poder executivo a ceder, a título oneroso, os direitos creditórios originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais. Assim, fica autorizada a cessão de **direitos creditórios originários de créditos tributários** e não tributários em favor de sociedade de propósito específico, à Companhia Paulista de Parcerias – CPP ou à fundo de investimento.

12) GARANTIAS QUE O PARCEIRO PRIVADO PRESTARÁ AO PARCEIRO PÚBLICO

Não obstante o presente trabalho ter por objetivo apresentar as diversas modalidades de garantias que o parceiro público oferecerá ao particular, como forma de minorar os riscos dos contratos administrativos e atrair o parceiro privado às PPPs, cumpre esclarecer que o Poder Público exigirá garantias para participação no certame licitatório e de cumprimento do pactuado, de duas formas: garantia de proposta e garantia de execução do contrato.

A garantia de proposta (condição de habilitação – devendo estar expressamente prevista no edital) está limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação (art. 11, inciso I, da Lei nº. 11.079/2004). Trata-se de comprovação de qualificação econômico-financeira do licitante, dando indícios de que não está ingressando no certame apenas como “curioso”¹⁷².

¹⁷² Marçal Justen Filho considera inconstitucional a exigência deste tipo de garantia: *Em épocas passadas, era usual a Administração condicionar a habilitação ao depósito de valores ou ao caucionamento de bens. Isso acarretava indevida restrição à participação dos interessados. Consagrou-se, por isso, o princípio de que a habilitação não pode ser condicionada ao pagamento de valores ou cauções etc. O princípio foi alçado ao nível constitucional. A exigência de “garantias” para participação na licitação é incompatível com o disposto no art. 37, inc. XXI, da CF/88. Por isso, o inc. III do art. 31 é inconstitucional. Além do mais,*

Dúvida pode surgir com relação ao correto momento de apresentação desta garantia, especialmente nos certames em que se optou pela inversão das fases (primeiro a apresentação das propostas, depois a habilitação – possível nas PPPs por conta do disposto no art. 13 da Lei nº. 11.079/2004). Não há lógica em se garantir a proposta, caso seja esta anterior à fase de habilitação, e a comprovação da garantia seguir a sistemática da Lei nº. 8.666/93 (que estabelece que a garantia deva ser apresentada por ocasião da habilitação – qualificação econômico-financeira). Nestes casos, parece-nos que o mais razoável é que seja apresentada inicialmente a garantia da proposta, sem a qual sequer haverá a abertura dos preços.

Quanto à garantia de execução do contrato (prevista no inciso VIII do art. 5º), a lei faz referência ao limite estabelecido pelo art. 56 da Lei de Licitações¹⁷³ (Lei nº. 8.666/93); e, no caso das concessões patrocinadas, ao disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº. 8.987/95¹⁷⁴. Quando o legislador optou por utilizar os limites dados pela lei de licitações, o fez remetendo o intérprete aos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº. 8.666/93. Desta forma, parece-nos que impõe como limite 10% (dez por cento) do valor do contrato, não obstante o § 3º ser uma exceção à regra (tratada no § 2º do mesmo artigo). Quanto às concessões patrocinadas, parece-nos que a melhor interpretação implica na limitação da garantia ao valor da obra (que precede a prestação dos serviços).

não acrescenta qualquer vantagem ou benefício à Administração. Existe, ainda, evidente incompatibilidade entre o inc. III e o espírito da Lei, retratado no art. 32, § 5º. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 448).

¹⁷³ Lei nº. 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

(...)

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

(...)

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

¹⁷⁴ Lei nº. 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.

Por fim, cumpre esclarecer o que vem a ser “valor do contrato”, visto que os percentuais de garantia se aplicam sobre este valor. Considerar “valor do contrato” o total de receitas estimadas de toda a concessão (lembramos que poderá ter até 35 anos de duração) implicaria inviabilizar a prestação de garantias por parte de empresas de pequeno porte, pois teríamos contratos com valores astronômicos! Assim, o razoável é considerar o valor do investimento, que o particular deverá suportar, para implementar a infra-estrutura necessária à prestação dos serviços.

13) ANÁLISE DA PORTARIA Nº. 614 DA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL

A Portaria nº. 614 da Secretaria do Tesouro Nacional estabelece diretrizes (aplicáveis aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios) relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de Parcerias Público-Privadas.

A portaria é pautada pela idéia de compartilhamento de riscos, lógica dos contratos de PPPs. É escopo desta portaria determinar a contabilização da divisão de riscos nos registros da Administração Pública.

A portaria conceitua *risco de demanda*, *risco de construção* e *risco de disponibilidade*, determinando que o parceiro público assumirá parcela relevante destes riscos quando excederem a 40% (quarenta por cento) do montante total do projeto.

É no art. 11 que encontramos disposição acerca da contabilização das garantias. Vejamos:

Art. 11. As garantias de pagamento concedidas por fundos ou empresas garantidoras, conforme disposto nos incisos II e V do art. 8º, da Lei 11.079, de 2004, poderão ser registradas como conta redutora das obrigações pecuniárias contraídas pelo parceiro público em contratos de PPP, até o limite do patrimônio líquido da empresa ou fundo garantidor e desde que os ativos estejam segregados contabilmente e avaliados pelo valor de mercado.

§ 1º A constituição de fundo garantidor de PPP por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios será registrada como investimento, observados os mesmos procedimentos estabelecidos para o registro de participações societárias.

§ 2º A participação em cotas do fundo garantidor será corrigida mensalmente pelo critério de equivalência patrimonial.

Está aí a forma ideal de contabilização das garantias, em *conta redutora* das obrigações da Administração contratante, observada a preocupação da limitação ao patrimônio líquido do garantidor e de que seus ativos estejam avaliados pelo valor de mercado. Isto tudo para indicar ao particular que a garantia é sólida, lastreada em patrimônio existente e de valor real.

O texto da portaria é seguido de nota explicativa. Não cabe neste trabalho comentários acerca das normas que não tangenciam as garantias, pois estaríamos fugindo de seu escopo. Desta forma, seguem algumas observações apenas no tocante à contabilização dessas garantias.

A nota explicativa enfatiza a necessidade do registro contábil destas “inovações” (garantias), pois considerando que a contabilização deve levar em conta a essência econômica das contratações sob esta modalidade, é parte integrante das mesmas. Aponta que as garantias são capazes de alterar a essência da transação em análise, ao permitir a cobertura prévia de eventual passivo financeiro assumido em virtude do registro de ativo (bem) ou de risco contratual pela disponibilização de ativo segregado contabilmente.

Por fim, explicita que, não obstante a Administração ter pré-disponibilizado recursos para a constituição de garantia do contrato, tal operação não deve ser entendida como endividamento líquido, pois houve compensação da dívida adquirida com o comprometimento de seus recursos. Segue anexo o texto da portaria¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Anexo 10.

14) **ALGUNS MODELOS ESTADUAIS DE GARANTIAS**

SUMÁRIO: 14.1 O modelo paulista – 14.2 O modelo mineiro.

14.1) O MODELO PAULISTA

São Paulo é o Estado brasileiro com a maior concentração de indústrias do país. A infra-estrutura do Estado, de maneira geral, é a melhor do Brasil. As estradas (com exceção de algumas poucas ainda sob administração direta do Poder Público) são de boa qualidade (não obstante as altas tarifas de pedágio cobradas dos usuários). A estrutura aeroportuária é uma das mais modernas da nação, ainda que insuficiente. Os portos paulistas representam a principal porta de entrada e saída de mercadorias do país para o exterior.

Contudo, o desenvolvimento acentuado implica problemas de difícil solução, especialmente nos grandes centros urbanos. A Cidade de São Paulo, maior cidade do país e uma das maiores do planeta, enfrenta problemas relacionados a transporte, saneamento, segurança, dentre inúmeros outros de igual importância.

Neste contexto, e adiantando-se à iniciativa federal, o legislador paulista aprovou a Lei nº. 11.688, de 19 de maio de 2004¹⁷⁶, que instituiu o Programa de Parcerias Público-Privadas, e autorizou a criação da Companhia Paulista de Parcerias (CPP – Decreto nº. 48.867/04), que cumpre o papel do FGP no caso das parcerias estaduais.

A Companhia Paulista de Parcerias é uma sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Estado de São Paulo. Seu objetivo primordial é viabilizar a implementação do programa de parcerias. Poderá contrair empréstimos, emitir títulos, prestar garantias reais, fidejussórias, contratar seguros, alienar onerosamente seus bens e constituir fundo fiduciário. A própria lei trouxe relação de imóveis que podem ser alienados para o fim de integralizar o capital social da CPP. Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁷⁷, analisando as PPPs no Estado de São Paulo, aponta:

Competem à CPP (art. 15), entre outras atribuições: ser parte em contratos que envolvam PPPs; celebrar contratos com a Administração Pública como decorrência de projetos desenvolvidos pelo mecanismo de PPPs; e **oferecer garantias que asseguram ao parceiro privado o respeito aos seus direitos decorrentes do respectivo contrato – elemento fundamental para tornar viáveis parcerias de longo prazo, envolvendo investimentos de vulto.**
(sem ênfase no original)

Percebe-se a importância do oferecimento de garantias idôneas também nas PPPs estaduais, “elemento fundamental para tornar viáveis parcerias de longo prazo”. As garantias oferecidas pela CPP terão comportamento semelhante às prestadas pelo FGP. Por se tratar de sociedade de economia mista, seus bens são penhoráveis e o regime de execução foge à regra dos precatórios. Essa é a idéia principal da interferência de um “terceiro” nas PPPs. Exemplo de garantia prestada pela CPP é o projeto “METRÔ LINHA 4 – AMARELA”, onde os ativos da companhia garantem o particular, através do penhor de cotas de um fundo exclusivamente criado para este fim.

Além das garantias prestadas pela CPP, a Lei nº. 11.688/2004 trouxe outras novidades que imprimem seriedade às contratações públicas: *i)* possibilidade do uso da arbitragem para solução de controvérsias; e *ii)* possibilidade de acréscimo de multa de 2%

¹⁷⁶ Anexo 11.

¹⁷⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 537 et seq.

(dois por cento), além de juros, no caso de inadimplemento da obrigação pecuniária por parte do contratante (Estado).

São vários os projetos que o governo paulista pretende levar a efeito sob a modelagem de PPP. Em andamento: “Metrô Linha 4 – Amarela” e “Alto Tietê – Estação de Tratamento de Água (ETA) de Taiacupeba”. A CPP é peça fundamental para o sucesso das parcerias no Estado de São Paulo, não só como garantidora, mas como gestora de uma política de desestatização severa que se iniciou ainda no governo Mario Covas (lembremos que em São Paulo a Lei nº. 9.361/96 criou o Programa Estadual de Desestatização¹⁷⁸).

14.2) O MODELO MINEIRO

Minas Gerais foi o primeiro Estado a contar com legislação específica sobre PPPs (Lei Estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003¹⁷⁹ – dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas e Lei Estadual nº. 14.869, também de 16 de dezembro de 2003 – cria o Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais). Na mesma data (16 de dezembro de 2003) foi editado o Decreto Estadual nº. 43.702, que instala o Conselho Gestor de PPPs (CGPPP).

É função do Fundo de PPPs dar sustentação financeira ao programa de parcerias do Estado. São recursos que o compõe: *i*) dotações consignadas no orçamento do Estado e os créditos adicionais; *ii*) rendimentos provenientes de depósitos bancários e aplicações financeiras do Fundo; *iii*) as doações, os auxílios, as contribuições e os legados destinados ao Fundo; *iv*) recursos provenientes de operações de crédito internas e externas; *v*) recursos provenientes da União; e *vi*) eventuais outras receitas destinadas ao Fundo (art. 3º). Poderão também ser alocados ao Fundo ativos de propriedade do Estado, excetuados os de origem tributária e bens móveis e imóveis (art. 4º).

¹⁷⁸ O Programa Estadual de Desestatização (PED) foi instituído com o objetivo principal de reordenar a atuação do Estado, transferindo para a iniciativa privada atividades econômicas e a prestação de serviços públicos. Além disso, buscaram-se recursos adicionais para amortizar parcela da dívida refinanciada pela União. O PED prevê diversas modalidades de desestatização, assim como a reorganização societária das empresas do setor elétrico, a alienação do respectivo controle acionário e a outorga de concessões de serviços públicos, associada ou não à execução de obras de infra-estrutura. (PINTO JÚNIOR, Mário Engler. O programa estadual de desestatização (PED) do Estado de São Paulo. In *Cadernos FUNDAP*, nº. 22, 2001, p. 69).

¹⁷⁹ Anexo 12.

O art. 5º da Lei Estadual determina que o Fundo oferecerá garantias reais que assegurem aos parceiros privados a continuidade do desembolso, pelo Estado, dos valores contratados, de acordo com regulamento. A Lei mineira autoriza a utilização de mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive a arbitragem.

Na primeira PPP levada a efeito pelo Estado (Projeto PPP MG-050), foi a Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG¹⁸⁰) que se obrigou a manter saldo suficiente em conta vinculada, como forma de garantir o pagamento da contraprestação ao particular. A distribuição de lucros da Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração (CBMM) para a CODEMIG, decorrentes da exploração de nióbio, que estão sendo creditadas em conta vinculada e retidas até o limite correspondente ao valor mensal da contraprestação pública. Existe um Banco depositário (Banco Itaú), que em caso de inadimplemento está autorizado a pagar o Concessionário.

A CODEMIG age como o FGP, na qualidade de empresa estatal de fomento, atuando como garantidora dos contratos firmados pelo Estado.

¹⁸⁰ A Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (CODEMIG) é uma empresa de economia mista, cujo acionista majoritário é o Estado de Minas Gerais.

15) CONCLUSÃO

Todo trabalho científico (jurídico) arrima-se em fatos atinentes à realidade social de determinado local, pressupostos que servem de base ao pesquisador, a fim de se estabelecer o norte a ser seguido e identificar o objetivo pretendido.

A ciência do Direito encontra-se em constante mutação, pois as situações que busca regular também se encontram em contínuo aperfeiçoamento/evolução. Novas realidades históricas implicam soluções jurídicas inovadoras, capazes de adequar o comportamento social ao novo cenário.

O Brasil passa por uma fase de crescimento econômico que requer investimentos maciços em infra-estrutura (em diversas áreas), sob pena de tornar-se pouco atrativo ao capital privado, que fatalmente irá em busca de oportunidades em países que ofereçam melhores condições.

Contudo, a infra-estrutura necessária requer elevados recursos que o poder público (em suas mais diversas esferas), infelizmente, não dispõe! O endividamento público está em constante crescimento, não obstante a elevada carga tributária de quase 40% do Produto Interno Bruto nacional. Não há perspectivas de alteração, a curto e médio prazo, deste quadro pelo qual atravessa o Estado brasileiro. Este novo cenário exigiu do

ordenamento uma solução, que veio paulatinamente (em legislações estaduais), culminando com a edição da Lei Federal nº. 11.079/2004.

Esses eram os pressupostos do trabalho desenvolvido. Faltava, entretanto, definir o caminho a ser percorrido e indicar o objetivo a ser perseguido. Tomamos por norte a idéia de mostrar a total dependência das PPPs à um sistema de garantias que as tornassem um investimento seguro e atrativo. O objetivo perseguido: demonstrar a viabilidade das modalidades de garantias trazidas pela lei de parcerias; identificar outras garantias nela insertas, contudo não expressas; e apresentar sugestões de novas modalidades, não previstas na lei, entretanto viáveis e eficazes.

Percebe-se que, atualmente, as relações entre poder público e particular têm se modificado, afastando-se daquela sistemática usual (onde prevalecia a idéia de supremacia do interesse público sobre o particular), surgindo um novo modelo de Estado: o denominado ESTADO CONTRATUAL. O consenso passa a ser a palavra de ordem, aproximando os regimes de direito público e de direito privado, assumindo os atores das PPPs a qualidade de PARCEIROS.

Outrossim, atualmente se verifica também a aproximação de duas ciências diversas: o Direito e a Economia. Aspectos econômicos, num mundo globalizado e capitalista, assumem importância deveras elevada, obrigando uma convivência entre essas áreas do conhecimento humano, resumida a nível acadêmico na denominada Análise Econômica do Direito (AED).

Enfim, foram esses os pressupostos que nos permitiram concluir:

- 1) As parcerias público-privadas são, hoje, uma alternativa real/concreta, posta à disposição do Estado, com o fim de suplantar a insuficiência de recursos dos cofres públicos, para investimentos em infra-estrutura, e buscar na iniciativa privada o capital necessário para transformar o Brasil num cenário econômico atrativo ao capital interno e externo.
- 2) São basicamente dois os objetivos das PPPs: *i)* atrair o capital privado para investimentos em infra-estrutura essencial à manutenção do crescimento

econômico do país; *ii*) utilizar-se da capacidade do setor privado em gerir setores segmentados da economia, dando maior agilidade e aumentando a qualidade na prestação dos serviços públicos, em atendimento ao princípio da eficiência.

- 3) No estudo das PPPs, essencial que sejam considerados os aspectos econômicos do projeto pretendido, pois é a lógica econômica que fomentará e possibilitará que as parcerias se tornem viáveis e usuais.
- 4) Não obstante o Estado perseguir o interesse público, resumido aqui na tentativa de obtenção de resultados em favor dos administrados, e o particular perseguir o lucro, tais interesses, aparentemente divergentes, podem caminhar lado a lado, permitindo a convivência harmônica dos envolvidos nas parcerias.
- 5) Nem todas as atividades poderão ser objeto de PPPs. Poderão ser delegadas ao particular as atividades que independam do poder de império do Estado para que se concretizem.
- 6) O Estado brasileiro, em geral, é mau pagador, o que resta provado pelo histórico de caloteiro e de desrespeito aos contratos. Por conta deste déficit de credibilidade, não existe, nem existirá, enquanto permanecer esse quadro de insegurança, PPP sem GARANTIAS capazes de assegurar ao agente privado que seu capital corre risco diminuto/aceitável.
- 7) São de diversas ordens os riscos a que o particular está sujeito quando se submete à uma PPP.
- 8) A lei de PPPs inova o ordenamento brasileiro, pois cria nova sistemática de contratação entre poder público e particular, pautada pela igualdade de condições entre os contratantes, permitindo o oferecimento de garantias, por parte da Administração, àquele que se põe a investir no Estado.

- 9) A Lei nº. 11.079/2004, especificamente seu art. 8º, trouxe espécies de garantias capazes de minorar, à contento, os diversos riscos que o particular estará sujeito numa contratação de PPP.
- 10) O art. 8º da lei de PPPs não apresenta inconstitucionalidade alguma. Também não são inconstitucionais as modalidades de garantias nele previstos.
- 11) A lei de PPPs traz, em seu bojo, outras modalidades de proteção do particular, dentre elas: a possibilidade da realização de arbitragem, a transferência da gestão da sociedade de propósito específico ao financiador, a emissão de empenho em nome do financiador.
- 12) Existem várias receitas do Estado que podem ser vinculadas à prestação de garantias ao particular, criando novas modalidades de proteção ao capital privado, além das previstas na lei.
- 13) Eventuais disposições das legislações estaduais de PPPs que conflitem com as regras gerais, dadas pela Lei nº. 11.079/2004, estão com sua eficácia suspensa, nos moldes do contido no § 4º do art. 24 da Constituição Federal.

Todas as conclusões acima nos permitem afirmar o seguinte: - o instituto das parcerias público-privadas veio trazendo benefícios à todos os envolvidos em sua efetivação: *i)* ganha a sociedade, com a implementação e melhoria de diversos serviços públicos, infra-estruturas e capacitação da economia para um crescimento acelerado e constante; *ii)* ganha o Estado, que adquire condições de cumprir com suas obrigações/objetivos, sem despender seus poucos recursos e; *iii)* ganham os empreendedores, pois um novo nicho de mercado aparece para investimento, com retorno garantido.

Toda mudança vem acompanhada pelo medo. Essa a razão pela qual as parcerias ainda não “deslancharam” no Brasil. O marco regulatório é capaz de ensejar sua aplicação (tanto que já são diversos os empreendimentos realizados nestas novas

modalidades de concessões). Com o tempo o receio irá diminuir, as experiências anteriores irão servir de base e teremos a completa aceitação do instituto pelo mercado e pelo Estado.

Creemos que as parcerias público-privadas trarão grandes benefícios para o Brasil. Um país com a economia em constante crescimento é um país que, dia a dia, precisa de mais mão-de-obra, cada vez melhor qualificada. Retirando do Estado a obrigação de investir em infra-estrutura básica e essencial ao desenvolvimento econômico da nação, os recursos poderão ser direcionados para a educação e saúde do povo, culminando com uma sensível melhoria na qualidade de vida das pessoas e com a **construção de uma sociedade mais justa e igualitária.**

Este trabalho teve por escopo analisar as garantias a serem dadas ao particular nas parcerias público-privadas, pois acreditamos nelas como **instrumento de pacificação social**, nos moldes do acima explicitado, e consideramos que, **sem garantias, não haverá uma PPP que sairá do papel** (ao menos a curto e médio prazo). Novas formas de atuação estatal são necessárias. Para problemas novos, soluções inovadoras!

Se as reflexões lançadas neste trabalho foram capazes de levantar dúvidas, sugestões e contrariedades, temos por alcançado nosso objetivo.

Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram no navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino.

Leonardo Da Vinci

16) BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Coord. Floriano de Azevedo Marques Neto e Alexandre Aragão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALVARENGA, José Eduardo de. *Parcerias público-privadas. Comentários à lei brasileira*. São Paulo: M.A. Pontes, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. In *REDAE – Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. Número 2. Salvador, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>. Acesso em 16 abr. 2009.

- _____. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. In *Revista de direito administrativo*. Vol. 240. abril/junho 2005. Rio de Janeiro: Renovar.
- _____. Possibilidade de afetação dos recebíveis de *royalties* aos fundos garantidores de parcerias público-privadas. In *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 7, nº. 25, jan./mar. 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BENOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. In *Revista de direito administrativo*. Vol. 241. jul./set. 2005. Rio de Janeiro: Renovar.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias público-privadas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BONELLI, Claudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. Contratos de parceria público privada – PPP no Brasil. In *Estudos sobre as parcerias público-privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas: garantias inovadoras da lei federal nº. 11.079/2004. Prevalência do regime jurídico dos denominados contratos administrativos e das concessões de serviços públicos*. Tese de doutoramento em direito administrativo defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Livre-docente Maria Garcia. São Paulo: 2008.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.

- CASSESE, Sabino. *La crisis del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHAVES, Maria Bernadete. *As parcerias público-privadas no direito brasileiro: uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. In *Revista de direito público da economia*. Vol. 6. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. T. III. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de parcerias público-privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CUNHA, Manoel da. *Precatórios, do escândalo nacional ao calote nos credores*. São Paulo: LTR Editora, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- FERRAZ, Rafaella. Ameaça à arbitragem. In *Conexão migalhas parceria público-privada*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.
- FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas, aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- FRANCO, Isabel. Experiências alienígenas: lições para o Brasil. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora.
- FREDDO, Cláudio Maurício. “Step-in rights”, governança corporativa e internet. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Parceria público-privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico. *Tese de doutorado*. Programa de pós-graduação em direito da universidade do Paraná: Curitiba, 2008.
- HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do fundo garantidor das parcerias público-privadas. Art. 8º da lei nº. 11.079/04. In *Parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=615>>. Acesso em 19 mai. 2009.

_____. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

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

LOUREIRO, Caio de Souza. Bahia aprova o uso de recursos do FPE em parcerias público-privadas. In *Litteraexpress, boletim informativo eletrônico da Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia*. Número 324, jul. 2009.

MACHADO, Rafael Bicca. Alguns obstáculos à arbitragem nas PPPs. In *Estudos sobre as parcerias público-privadas*. Org. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MACHADO, Rubens Approbato. Impasse dos precatórios. *Jornal do advogado*. Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo. Editorial. Outubro de 1998.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia. In *RTDP 32/73*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In *Temas do direito público: estudos em homenagem ao prof. Adilson Dallari*. Coord. Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In *Parcerias público-privada: aspectos jurídicos relevantes*. Org. Mariana Campos de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As parcerias público-privadas à luz da Constituição. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Pavani e Rogério Emílio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006.

- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. A figura da concessão. In *Concessão de serviço público*. Coord. Odete Medauar. São Paulo: RT, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. As parcerias público-privadas e a observância dos princípios constitucionais. In *Revista do tribunal de contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte: TCEMG, vol. 56, nº. 3, jul./set. 2005.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Fundo garantidor nas parcerias público-privadas. In *Interesse público*. Ano VII, 2005, nº. 34. Sapucaia do Sul: Notadez.
- MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONTEIRO, Vera. Parcerias público-privadas: aspectos fiscais e orçamentários. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emilio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. In *Revista de direito do estado*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. In *Revista de direito público da economia*. Vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.
- MOURA, Marcelo Viveiros de; CASTRO, Décio Pio Borges de. A Importância das garantias. In *Conexão migalhas parcerias público-privadas*. Ano 1, nº. 1, Campinas: Millennium Editora.
- MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas, um enfoque multidisciplinar*. Coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen. São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In *Parcerias público-privadas, um enfoque multidisciplinar*. Coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen. São Paulo: RT, 2005.
- _____. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In *Parcerias Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

- PESTANA, Marcio. *A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)*. São Paulo: Atlas, 2006.
- PINTO JUNIOR, Mário Engler. Parceria público-privada: antigas e novas modalidades contratuais. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emilio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006.
- _____. O programa estadual de desestatização (PED) do Estado de São Paulo. In *Cadernos FUNDAP*, nº. 22, 2001.
- PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROCHA, Gustavo Eugênio Maciel; HORTA, João Carlos Mascarenhas. *PPP – parcerias público-privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo*. Belo Horizonte: Prax Editora, 2005.
- RUMMEL, R. J.; HEENAN, David A.. Como as multinacionais analisam o risco político. In *Coleção Harvard de administração*. Vol. 20. São Paulo: Nova Fronteira, 1987.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. In *Revista de direito público da economia*. Vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.
- SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – aspectos gerais da lei nº. 9.307/96*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2004.
- STAINBACK, John. *Public/private finance and development*. New York: John Wiley & Sons, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In *Parcerias público-privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.1) LEI FEDERAL Nº. 11.079, DE 30 DE
DEZEMBRO DE 2004.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.2) CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA (CNPJ) – FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.3) DECRETO Nº. 5.411, DE 06 DE ABRIL DE 2005 – AUTORIZA A INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS NO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.4) REGULAMENTO DO FUNDO
GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS – FGP.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.5) ESTATUTO DO FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – FGP.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.6) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA –
RECURSO ESPECIAL Nº. 612.439 – RS
(2003/0212460-3).

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.7) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA –
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 11.308 – DF
(2005/0212763-0).

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.8) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 24.213-1 – DF.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.9) LEI PAULISTA DE CESSÃO DE CRÉDITOS
TRIBUTÁRIOS E NÃO TRIBUTÁRIOS – LEI
ESTADUAL Nº. 13.723, DE 29 DE SETEMBRO DE
2009.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.10) PORTARIA Nº. 614, DE 21 DE AGOSTO DE 2006, DA SECRETARIA DO TESOIRO NACIONAL – ESTABELECE NORMAS GERAIS RELATIVAS À CONSOLIDAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.11) LEI PAULISTA DE PARCERIAS – LEI
ESTADUAL Nº. 11.688, DE 19 DE MAIO DE 2004.

17) ANEXOS

SUMÁRIO: 17.1 Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. – 17.2 Cadastro nacional da pessoa jurídica (cnpj) – fundo garantidor de parcerias – 17.3 Decreto nº. 5.411, de 06 de abril de 2005 – 17.4 Regulamento do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.5 Estatuto do fundo garantidor de parcerias público-privadas – fgp – 17.6 Superior tribunal de justiça – recurso especial nº. 612.439 – rs (2003/0212460-3) – 17.7 Superior tribunal de justiça – mandado de segurança nº. 11.308 – df (2005/0212763-0) – 17.8 Supremo tribunal federal – mandado de segurança nº. 24.213-1 – df – 17.9 Lei paulista de cessão de créditos tributários e não tributários – lei estadual nº. 13.723, de 29 de setembro de 2009 – 17.10 Portaria nº. 614, de 21 de agosto de 2006, da secretaria do tesouro nacional – 17.11 Lei paulista de parcerias – lei estadual nº. 11.688, de 19 de maio de 2004 – 17.12 Lei mineira de parcerias – lei estadual nº. 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

17.12) LEI MINEIRA DE PARCERIAS – LEI
ESTADUAL Nº. 14.868, DE 16 DE
DEZEMBRO DE 2003.

Proteção – fim!