MARIA ADELAIDE DE CAMPOS FRANÇA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS

Tese de Doutorado

Professora Orientadora: **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo

2011

MARIA ADELAIDE DE CAMPOS FRANÇA

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP)
como requisito parcial à obtenção do título de
Doutor em Direito do Estado,
sob a orientação da Professora Titular
Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo

2011

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha querida e saudosa mãe, Nilce Maria Pourchet de Campos França, que jamais permitiu que eu desistisse dos meus sonhos e que me encorajou a que buscasse mais este ideal.

À memória de meu pai, Francisco Limongi França, que, certamente, estaria orgulhoso do título por mim almejado.

Meu carinho especial e gratidão eterna aos meus irmãos, Francisco José e Mário Henrique, que sempre acreditaram no meu êxito profissional porque baseado na dedicação, seriedade e tenacidade, herdadas de nossa amada mãe e de nossos saudosos avós e tios.

Minha sincera gratidão ao meu sócio de banca e leal amigo, Marcus Vinicius Tenorio da Costa Fernandes, por sua amizade, integral apoio e constante incentivo ao meu crescimento intelectual e profissional.

Meus agradecimentos aos amigos Silvia Rocha Gouvêa e Fabio Monteiro Gouvêa que possibilitaram meu primeiro contato com a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de quem tive a honra de ser orientanda.

Homenageio e agradeço, com sincera admiração, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro pela relevante orientação e pela confiança que em mim depositou ao aliar seu honroso e respeitado nome a este trabalho.

RESUMO

Escopo deste trabalho é a realização de um estudo analítico sobre a regra da repartição objetiva de riscos, introduzida pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, e de suas consequências jurídicas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos estruturados sob o regime de parceria público-privada, bem como sobre a responsabilidade civil do Estado.

Inovação jurídica trazida pela citada Lei nº 11.079/04, a repartição objetiva de riscos entre os parceiros envolvidos nas contratações de parceria público-privada foi objeto de aprofundada reflexão, especialmente no que se refere às posições doutrinárias divergentes sobre o tema quanto à sua abrangência em face ao direito do parceiro privado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à regra constitucional da responsabilidade objetiva do Estado.

Uma análise sistemática das principais questões referentes ao instituto das parcerias público-privadas, aos riscos associados a contratos dessa natureza, à teoria das áleas, ao equilíbrio econômico-financeiro e à responsabilidade civil do Estado, foi realizada no curso deste trabalho, consideradas as características próprias do novel instituto em face dos contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666/93, e das concessões comuns de que trata a Lei nº 8.987/95.

A metodologia utilizada no presente estudo analítico apoiou-se em referências teóricas obtidas da revisão de literatura nacional e estrangeira que permitiram, ao final, fossem obtidas algumas conclusões sobre o tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: parceria público-privada, repartição objetiva de riscos, equilíbrio econômico-financeiro, responsabilidade objetiva do Estado, Lei nº 11.079/2004.

ABSTRACT

This paper presents an analytical study on the objective risk distribution rule as provided by Law No. 11079 of December 30, 2004, and its legal consequences on the economic-financial balance of contracts made under public-private partnership rules, as well as government liability.

Featured as an innovative matter in law, the issue of objective risk distribution between the parties to public-private partnership contracts was submitted to an in-depth study, particularly as refers to conflicting principles of law not only on private partners' right to contractual economic-financial balance but also on the constitutional rule applicable to government liability.

To provide a systematic analysis of the main issues concerning public-private partnership including risks associated with public-private partnership contracts, risk theory, economic-financial balance and government liability, this study encompasses the typical characteristics of such an unprecedented principle in Brazilian administrative law as public-private partnership pursuant to Law No. 8666/93 as well as concessions awarding procedures pursuant to Law No. 8987/95.

The methodology applied to this analytical study was based on theoretical, revisited national and foreign references which led to some relevant conclusions on this matter.

KEY WORDS: public-private partnership, objective risk distribution, economic-financial balance, government liability, Law No. 11079/2004.

RESUMÉ

Ce travail porte sur une étude analytique de la règle du partage plus objectif du risque, introduite par la Loi 11.079, du 30.12.2004, et de ses conséquences juridiques pour l'équilibre économique et financier des contrats structurés sous le régime de partenariat public-privé, ainsi que sur la responsabilité de l'Etat.

Autant qu'innovation judiciaire intentée par la Loi 11.079/04 susmentionnée, le partage plus objectif de risques entre les partenaires impliqués dans le recrutement de partenariat public-privé a été l'objet d'une réflexion profonde, concernant surtout les différentes positions doctrinales sur cette question quant à sa portée face au droit du partenaire privé de maintenir l'équilibre économique et financier du contrat et la règle constitutionnelle de la responsabilité stricte de l'Etat.

Une analyse systématique des questions-clés concernant l'institut des partenariats public-privés, les risques liés à ces contrats, à la théorie des risques, à l'équilibre économique et financier et à la responsabilité civile de l'Etat s'est déroulée au cours de ce travail, en tenant compte des caractéristiques particulières du nouvel institut face à des contrats administratifs, régis par la Loi 8.666/93, et des concessions en commun dont il s'agit la Loi 8.987/95.

La méthodologie employée dans cette étude analytique a été basée sur des références théoriques provenant de l'analyse de la bibliographie nationale et étrangère, qui ont permis, à la fin, obtenir des conclusions à propos du sujet proposé.

MOTS-CLÉS: le partenariat public-privé, le partage plus objectif du risque, l'équilibre économique et financier, la responsabilité stricte de l'Etat, la Loi 11.079/2004.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, 11

1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, 17

1.1 Contextualização histórica e evolução, 17

1.2 Conceito e modalidades, 23

1.2.1 Concessão patrocinada, 28

1.2.2 Concessão administrativa, 30

1.3 Características, 32

1.3.1 Formas de remuneração, 34

1.3.2 Compartilhamento de ganhos econômicos, 37

1.3.3 Sistema de garantias, 39

1.3.4 Licitação, 41

1.3.5 Órgão gestor, 45

1.3.6 Parceiros e outros partícipes, 48

1.3.6.1 Parceiro público, 50

1.3.6.2 Parceiro privado: sociedade de propósito específico, 51

1.3.6.3 Usuários, 53

1.3.6.4 Agente financiador, 55

1.3.6.5 Fundo garantidor, 57

1.3.7 Controle, 61

1.3.8 Penalidades, 64

1.3.9 Repartição objetiva de riscos entre os parceiros, 68

2 RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 72

- 2.1 A teoria das áleas nos contratos administrativos, 72
- 2.2 Conceitos de risco e de álea, 74
- 2.3 Tipos de riscos, 76
- 2.4 Tipos de áleas, 79
 - 2.4.1 Caso fortuito, 81
 - 2.4.2 Força maior, 84
 - 2.4.3 Áleas administrativas, 85
 - 2.4.3.1 Alteração unilateral, 88
 - 2.4.3.2 Fato do príncipe, 89
 - 2.4.3.3 Fato da Administração, 91
 - 2.4.4 Áleas econômicas: teoria da imprevisão, 92
 - 2.4.5 Sujeições imprevistas, 93
- 2.5 Responsabilidade pelos riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, 94
- 2.6 Responsabilidade nas concessões de serviço público, 97
 - 2.6.1 Aplicação da teoria do risco, 98
 - 2.6.2 Execução do serviço público “por conta e risco” do concessionário: alcance da expressão, 100

3 RISCOS ASSOCIADOS ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, 103

- 3.1 Repartição de riscos, 103
- 3.2 Alcance do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, 107
 - 3.2.1 Riscos atribuíveis ao parceiro privado, 108
 - 3.2.2 Controvérsias quanto ao fato do príncipe e ao fato da Administração, 110
 - 3.2.3 Competência para a atribuição de riscos ao parceiro privado, 111
- 3.3 Mecanismos de mitigação de riscos, 113
 - 3.3.1 Limite de comprometimento de receita, 115
 - 3.3.2 Proibição de recebimento de transferências voluntárias, 116
 - 3.3.3 Garantias ao parceiro privado, 118
 - 3.3.4 Garantias ao financiador, 119
 - 3.3.5 Solução de conflitos mediante arbitragem, 119

4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, 123

- 4.1 A teoria do equilíbrio econômico-financeiro, 123
 - 4.1.1 Fundamentos e natureza jurídica, 129
 - 4.1.2 Necessidade e relevância de sua manutenção, 133
 - 4.1.3 Equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro, 134
 - 4.1.4 Desbalanceamento da equação econômico-financeira, 135
- 4.2 Equilíbrio econômico-financeiro diante da repartição de riscos, 137

5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 139

- 5.1 A teoria da responsabilidade objetiva no direito brasileiro: o artigo 37, § 6º, da Constituição da República, 139
- 5.2 Responsabilidade objetiva do Estado nos contratos administrativos, 143
- 5.3 A repartição objetiva de riscos da Lei nº 11.079/04 e a responsabilidade civil objetiva do Estado, 150

6 CONCLUSÕES, 153

- 6.1 Finalidade e utilidade do estudo, 153
- 6.2 Considerações finais, 156

Bibliografia, 160

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo a realização de um estudo analítico sobre os riscos associados aos contratos de parceria público-privada, sua repartição objetiva entre as partes contratantes e as consequências jurídicas dessa repartição no equilíbrio econômico-financeiro de contratos dessa natureza e na regra da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Concebidas como nova e necessária alternativa para o desenvolvimento da economia nacional, as parcerias público-privadas (PPPs), modalidades de concessão introduzidas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, no âmbito federal, apresentam características que, por lhes serem peculiares, tornam-nas contratações de interesse especial ao direito administrativo.

A Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que instituiu normas específicas para licitação e contratação sob o regime de parceria público-privada, em seu artigo 4º, inciso IV¹, dispõe que a repartição objetiva de riscos entre os parceiros há de ser observada nesse tipo de contratação como uma de suas diretrizes. O artigo 5º, inciso III, do mesmo diploma legal², por sua vez, delega à previsão contratual a repartição de riscos entre os contratantes, inclusive aqueles resultantes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 4º *Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:(...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;*

² Lei nº 11.079/04 - Art. 5º *As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;*

A repartição objetiva de riscos entre os parceiros envolvidos em contratos de parceria público-privada é inovação jurídica trazida pela referida lei e, como tal, está a merecer reflexões diante das posições doutrinárias divergentes sobre o tema, especialmente no tocante à sua abrangência em face ao direito do parceiro privado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à regra constitucional da responsabilidade objetiva do Estado.

Não obstante a expressa previsão da Lei nº 11.079/04 acerca da repartição objetiva dos riscos, com menção àqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, discordam os doutrinadores quanto à respectiva abrangência: (i) se de aplicação geral para todos os riscos decorrentes de fatos, previsíveis ou imprevisíveis, voluntários ou involuntários, durante o curso dos contratos de parceria público-privada, ou (ii) se aplicável tão somente quando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato resultar de fato estranho à vontade de ambas as partes contratantes (v.g. força maior), sob pena de violação à regra da responsabilidade objetiva do Estado, contida no artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Tem sido objeto de discussão jurídica, por exemplo, a possibilidade de se atribuir ao parceiro privado, nos contratos de parceria público-privada, os riscos decorrentes de *fato do príncipe* ou de *fato da Administração*, ambos resultantes de ato ou fato praticado pela Administração, ora como parte do contrato, ora como responsável por um ato geral que de alguma forma nele interfira, na medida em que essa atribuição poderá vir a ensejar o desbalanceamento da equação econômico-financeira.

A assunção, pela Administração Pública, de riscos que sempre foram assumidos pelo particular nos contratos de concessão comum e a exigência de obtenção de maiores garantias contratuais a serem oferecidas pelo parceiro privado³, à primeira vista, são aspectos que contrariam a regra da adequada repartição de riscos apontada pela lei das parcerias público-privadas.

³ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p.186-187.

O compartilhamento de riscos entre os parceiros envolvidos em contratos de parceria público-privada, com possibilidade de atribuição, ao parceiro privado, de riscos decorrentes de eventos imprevisíveis e inevitáveis, mostra-se importante instrumento à configuração eficiente desse tipo de contrato, assim como denota a necessidade de que determinados riscos sejam alocados ao parceiro que revelar maior capacidade para absorvê-los⁴.

O dinamismo que tipifica o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos⁵ e a abrangência da expressão “por conta e risco do concessionário”, utilizada pela Lei nº 8.987/95, são questões que merecem um exame mais detalhado em face da alocação objetiva prevista pela Lei nº 11.079/04.

Riscos das mais diversas naturezas são apontados como freqüentes nas contratações estruturadas sob o modelo de parceria público-privada, e, daí, a necessidade de uma análise dos mecanismos de mitigação com vista a impedir o desinteresse dos parceiros privados a realizar contratações dessa natureza. O risco político, o risco de construção (seguros-garantia de construção ou seguros de caso fortuito e de força maior, existentes também na fase de operação), o risco cambial e outros de natureza financeira, além dos riscos de caráter comercial e operacional, já foram indicados como os de maior relevância, a exigir atenção e adoção de mecanismos de mitigação⁶.

Uma inadequada divisão dos riscos entre os parceiros pode vir a comprometer a integralidade do objeto do contrato de parceria público-privada, em ofensa à finalidade pública perseguida, na hipótese, por exemplo, de o parceiro privado não conseguir suportar

⁴ Comungam desse entendimento Marcos Barbosa Pinto (*Repartição de riscos nas parcerias público-privadas*. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006) e Fernando Vernalha Guimarães (*A repartição de riscos na parceria público-privada*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.157-171, out./dez. 2008, p.158).

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado – RPGE**, Porto Alegre, 22(50): 17-31, 1994, p.18.

⁶ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e NEVES, Cesar das. *PPP- Parceria Público-Privada: riscos e mitigações em operações estruturadas de investimentos de infraestrutura*. **Revista do BNDES**, v.12, n. 23, p.73-118, 2005, p.96.

financeiramente a ocorrência de um evento superveniente e inesperado que dificulte a continuidade da execução⁷.

A necessidade da realização de um estudo analítico das áleas e respectivas modalidades⁸, da competência para sua atribuição aos parceiros contratantes, da definição de responsabilidades⁹, das conseqüências ao direito do parceiro privado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada, bem como da possibilidade de os parceiros assumirem riscos decorrentes de áleas a que não deram causa¹⁰, porque, no momento da contratação, apresentaram maior aptidão de absorção e de atenuação dos custos inerentes¹¹, mostra-se evidenciada pela divergência doutrinária sobre tais questões que serão abordadas neste trabalho.

O exame dos riscos nos contratos administrativos e nas parcerias público-privadas (itens 2 e 3, respectivamente), neste trabalho, foi precedido de uma abordagem sobre alguns aspectos de interesse geral das parcerias público-privadas (item 1), tais como contextualização histórica e evolução do instituto, seu surgimento, como forma de flexibilização do Estado, na Comunidade Européia e no Brasil, conceito legal e doutrinário do modelo brasileiro, modalidades e algumas das principais características que as distinguem dos contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666/93, e das concessões comuns de que trata a Lei nº 8.987/95. Foram, então, examinadas questões acerca das formas de remuneração, do compartilhamento de ganhos econômicos, do sistema de garantias, do órgão gestor, dos parceiros e demais partícipes, do controle, das penalidades e da repartição objetiva dos riscos entre os parceiros.

⁷ NEXTER, Alexandre Wagner. *O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.189.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.277.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPS- no direito positivo brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em: 15 de abril de 2010, p.34-37.

¹⁰ Vale lembrar que a transferência de riscos está imediatamente condicionada à aptidão e eficiência de absorção pelo parceiro.

¹¹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n.11.079/2004)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p.168.

O item 2 tratou dos riscos nos contratos administrativos, abordando aspectos conceituais e teóricos, além de modalidades, pontos esses que, analisados sistematicamente com as demais questões, deram suporte lógico às conclusões obtidas no item 6, a respeito da possibilidade de seu compartilhamento entre os parceiros, ainda que decorrente de fato da responsabilidade daquele que não detém maior aptidão para sua administração e absorção.

Os riscos associados aos contratos de parceria público-privada foram objeto de análise no item 3, especialmente quanto à sua repartição prevista na Lei nº 11.079/04, com análise das controvérsias doutrinárias relativas ao *fato do príncipe* e ao *fato da Administração*. Esse mesmo item trouxe, ainda, um estudo sistemático sobre a competência para a atribuição de riscos ao parceiro privado e sobre os mecanismos de mitigação dos possíveis riscos ocorrentes, como forma de atrair a iniciativa privada a esse tipo de contratação.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria público-privada e a responsabilidade objetiva do Estado nos contratos administrativos foram objeto de exame nos itens 4 e 5, respectivamente, para o fim de investigar as consequências resultantes da repartição de riscos à manutenção da equação econômico-financeira e a abrangência dessa repartição sobre a regra constitucional de responsabilidade, e de obter conclusões a respeito.

Na realidade, o tema central ainda não havia recebido o aprofundamento investigativo necessário que permitisse afirmar que a Lei nº 11.079/04 conferiu total liberdade contratual à Administração Pública em repartir riscos com o parceiro privado. O enfrentamento de alguns elementos conceituais e teóricos serviu como base para a compreensão dos efeitos e implicações que a repartição objetiva de riscos, diretriz dos contratos de parceria público-privada, acarreta ao direito do parceiro privado à manutenção da equação econômico-financeira e à responsabilidade objetiva do Estado – daí o ineditismo deste estudo que se espera ter trazido alguma contribuição à ciência jurídica brasileira.

Não se pretendeu, aqui, esgotar a matéria relativa às parcerias público-privadas, mas sim analisar, de forma sistemática, as principais questões e características próprias que as distinguem dos contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666/93, e das concessões comuns de que trata a Lei nº 8.987/95, e que serviram de suporte lógico às conclusões obtidas como resultado do estudo acerca dos riscos, de sua repartição objetiva entre os parceiros envolvidos nessa forma de contratação e de algumas de suas conseqüências.

Em suma, o foco deste trabalho visou a demonstração de que, no direito brasileiro, a inovação jurídica consistente na repartição objetiva de riscos entre parceiro público e parceiro privado, trazida pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que introduziu no cenário nacional as parcerias público-privadas, trouxe importantes conseqüências ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos estruturados sob esse regime e ao modelo constitucional de responsabilidade objetiva do Estado.

1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

1.1. Contextualização histórica e evolução do instituto. 1.2. Conceito e modalidades. 1.2.1. Concessão patrocinada. 1.2.2. Concessão administrativa. 1.3. Características. 1.3.1. Formas de remuneração. 1.3.2. Compartilhamento de ganhos econômicos. 1.3.3. Sistema de garantias. 1.3.4. Licitação. 1.3.5. Órgão gestor. 1.3.6. Parceiros e outros partícipes. 1.3.6.1. Parceiro público. 1.3.6.2. Parceiro privado: sociedade de propósito específico. 1.3.6.3. Usuários. 1.3.6.4. Agente financiador. 1.3.6.5. Fundo garantidor. 1.3.7. Controle. 1.3.8. Penalidades. 1.3.9. Repartição objetiva de riscos entre os parceiros.

1.1 Contextualização histórica e evolução do instituto.

A busca de um método alternativo e eficiente para amealhar recursos financeiros do setor privado e aplicá-los em financiamento, desenvolvimento e operação de projetos relacionados à prestação de serviços básicos à sociedade teve origem no Reino Unido. Os investimentos e o *know-how* do setor privado foram as principais causas da realização das primeiras parcerias, denominadas *Public-Private-Partnerships* — Parcerias Público-Privadas (PPPs) —, especialmente diante do agravamento das necessidades de infraestrutura nas áreas de transporte e meio ambiente (água e resíduos sólidos), advindo da integração territorial dos Países Candidatos à União Européia.¹² Todavia, o conceito de

¹² Comissão Européia (Diretoria-Geral de Política Regional. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem sucedidas*. março de 2003, documento traduzido e revisado pela KPMG Structures Finance S.A., extraído do site <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guidesPPPguide.htm> acesso em : 23.06.2007.

PPP abrange todas as formas de parceria articuladas entre o setor público e o setor privado, de maneira geral.

No modelo britânico, a contratação similar à nossa parceria público-privada adotou a denominação de *private finance initiative* (PFI) e surgiu em 1.992, no governo conservador de John Major, como um conjunto de ações adotadas para estimular empreendimentos de capital privado na prestação de serviços públicos, em que há a transferência, ao parceiro privado, do risco associado ao empreendimento.

Nos primeiros anos de vida, a PFI foi utilizada sem incentivos à iniciativa privada que assumia o risco integral do projeto, sem qualquer garantia contra prejuízos. Nos anos seguintes, o modelo sofreu algumas revisões com o objetivo de aperfeiçoá-lo e melhorar os projetos que seriam por ele alcançados. Assinale-se que, em 1.996, o projeto de maior envergadura objeto de PFI, foi o da construção da linha de trem que atravessa o Canal da Mancha, na parte submersa (*Channel Tunnel Rail Link*).

Três categorias de projetos podem ser realizados por meio de PFI: (i) os do tipo *free standing* em que há a recuperação integral dos custos por meio de cobrança dos serviços pelo usuário final; (ii) os do tipo *joint ventures* (JV) em que o setor privado tem controle dos procedimentos e decisões relevantes e o setor público apenas exerce um papel de apoio, por meio de empréstimos, transferência de ativos, prestação de serviços menores, ou oferecimento de subsídios; e (iii) os serviços vendidos ao serviço público pela iniciativa privada que são aqueles serviços prestados pelo setor privado como suplementares aos serviços públicos, tais como tratamento hospitalar e acompanhamento de pessoas carentes.

Mais tarde, esse modelo de contratação se irradiou por outros países, alcançando a França (*marche d'entreprise de travaux publics* - METP), Portugal, Itália, Espanha, Estados Unidos da América, Austrália, África do Sul, dentre outros.

Em Portugal, país com enorme *déficit* orçamentário e com a menor renda *per capita* da zona do euro na Europa, as parcerias público-privadas foram originariamente utilizadas no setor de concessões de estradas, mediante um modelo com previsão de

fiscalização rigorosa criado para sinalizar as expectativas da sociedade¹³. Portugal foi o país da União Européia que mais recorreu a esse tipo de contrato.

O primeiro contrato deste tipo foi celebrado para a construção da Ponte Vasco da Gama, em 1992, generalizando, posteriormente, para a prestação de serviços públicos na área dos transportes, da saúde, energia e segurança interna.

Um dos maiores projetos de infraestrutura português em que adotado o modelo de parceria público-privada, foi a construção de uma segunda pista de rodagem na ponte sobre o Rio Tejo, que teve início em 1.997. Nessa vultosa obra, implantou-se o denominado “pedágio-sombra” (*shadow toll*), em que a remuneração do operador da estrada é da responsabilidade do Poder Público, e não do usuário final, e sofre variação em função da demanda de veículos rodantes. Neste tipo de parceria, o setor privado assume o financiamento inicial da obra e, posteriormente, passa a receber remuneração paga pelo Poder Público com base no número de veículos que utilizam a rodovia.

A contratação pelo regime de parceria público-privada em Portugal tornou-se regra: tudo aquilo que os recursos públicos não conseguem suportar é transferido à iniciativa privada, que fica com a responsabilidade do financiamento e amortiza o investimento em prazos longos, normalmente, de trinta anos. Essa situação acabou por tornar o Poder Público extremamente dependente do mercado financeiro e dos agentes financiadores que garantem os contratos.

A falta de qualificação técnica do setor público pode ser considerada outro problema enfrentado pelo governo português nesse tipo de contratação, pois implica em alterações supervenientes no objeto da contratação, tais como mudança de traçado de uma rodovia para atender normas ambientais, ou inconveniência política na continuidade do contrato, e outras, não previstas no instrumento contratual, e têm, como consequência, o agravamento dos custos que acabam sendo repassados aos contribuintes, por meio de elevação dos tributos.

¹³ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p.73.

Nos Estados Unidos, as PPPs servem como designação de um leque de possibilidades de contratação. Podem adotar a forma de “contratos de aquisição de serviços” (*purchase-of-services contracts*) celebrados entre entes governamentais (federal, estadual e local) e o setor *non-profit* que, por sua vez, recebe remuneração através de doações feitas por entidades privadas (fundações, por exemplo), e de financiamento obtido junto ao Governo Federal (subsídios, benefícios regulatórios e isenções fiscais). Isso porque, a prestação de serviços sociais por organizações governamentais ou não-lucrativas é tradição norte-americana, uma vez que, antes mesmo da formação e organização do aparato estatal e do setor empresarial, cidadãos se associavam de maneira voluntária para prestar tais serviços na comunidade¹⁴. Podem assumir, também, para a realização de obras de infraestrutura e projetos que atendam ao interesse da sociedade, a forma de terceirização (*outsourcing*), e de outros tipos de transferência à iniciativa privada do financiamento e da execução de projetos, tais como *built transfer* ou *turnkey* (BT), *built-lease-transfer* (BLT), *built-operate-transfer* (BOT), *build-on-operate-transfer* (BOOT) e *build-own-operate* (BOO).

As obras de reforma da Scudder Falls Bridge, ponte que interliga os Estados norte-americanos da Pensylvania e New Jersey, por sobre o Rio Delaware, é exemplo de projeto de parceria público-privada. Em Miami, foram construídos, sob esse tipo de contratação, os dois terminais do aeroporto e o *Carnival Center for the Performing Arts*, um complexo para espetáculos de quatrocentos milhões de dólares norte-americanos e um dos dez maiores do mundo.

No Brasil, as parcerias público-privadas surgiram dentro de um contexto econômico-político em que se tornou imprescindível para o país a criação de novos instrumentos de gestão dos serviços públicos ante as necessidades, cada vez mais crescentes e prementes da população em todas as esferas: social, de saúde, de emprego, de transporte, de moradia, de infraestrutura, etc. A inadequação de nossa política econômica se refletia na inaptidão de distribuir riqueza e de possibilitar uma vida mais digna a todos. A

¹⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.45-79.

A dívida pública impedia a própria expansão da economia já que o Estado não mais possuía recursos para financiar grandes obras de infraestrutura. E, cada vez mais, mostrava-se imprescindível a realização de elevados dispêndios com investimentos e custeio dos setores energéticos, de telefonia, siderurgia, serviços financeiros, etc.

As privatizações das empresas estatais de telefonia, de eletricidade, de siderurgia e outras, ocorridas na década de noventa, não foram suficientes para amealhar recursos que pudessem fazer frente às necessidades prementes de realização de obras de infraestrutura e de melhoramento dos serviços públicos básicos¹⁵.

A busca de novas formas alternativas de captação de recursos mostrava-se imprescindível. As formas tradicionais de contratos administrativos e de concessões não se mostravam aptas a atender a demanda que se apresentava. A criação de mecanismos mais céleres e mais seguros mostrava-se de suma importância, principalmente para atrair a iniciativa privada e, assim, obter os necessários recursos para os setores de infraestrutura e de produção de bens e serviços à população.

O modelo de contratação, diferente dos então utilizados, foi emprestado do direito britânico e nele, a Administração Pública, ao contrário do que ocorre nas demais contratações de que participa, praticamente se despe de sua potestade e assume mais riscos do que em outros contratos, evidenciando a flexibilização de alguns paradigmas do direito administrativo, a exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da presença de cláusulas exorbitantes, derogatórias do direito privado.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPS- no direito positivo brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em: 15 de abril de 2010, p.2.

Não obstante as diversas críticas doutrinárias ao modelo das parcerias público-privadas¹⁶, inegável inferir-se que veio ele atender ao interesse público emergente, ao suprir a insuficiência de recursos públicos para a realização de grandes obras de infraestrutura e para a prestação de serviços públicos essenciais à população, investimentos considerados urgentes para assegurar o crescimento econômico do Brasil¹⁷.

Da justificativa da elaboração do projeto de lei federal das parcerias público-privadas foi apontado o grande sucesso alcançado por esse novo tipo de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada na Inglaterra, Irlanda, Portugal e África do Sul que também apresentavam, quando da adoção desse novo procedimento, falta de disponibilidade de recursos públicos financeiros e ineficiência na gestão de obras de infraestrutura e na prestação de serviços públicos.

Vale observar que, no Brasil, mesmo antes de ser promulgada a Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as parcerias público-privadas no âmbito federal, alguns Estados da Federação já haviam editado leis próprias que previam tal instituto. Minas Gerais, mediante a Lei nº. 14.686 de 16 de dezembro de 2003, foi o Estado pioneiro a legislar, seguido por Santa Catarina (Lei nº. 12.930 de 04 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei nº. 11.688 de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº. 14.910 de 11 de agosto de 2004) e Bahia (Lei nº. 9.290 de 27 de dezembro de 2004).

A Lei nº 11.079/04 fixa normas gerais de contratos administrativos e licitações aplicáveis às parcerias público-privadas, apresentando alguns de seus dispositivos – artigos 14 a 22 – destinados a reger, especificamente, a atuação da União. Leis estaduais ou

¹⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que os contratos de parceria público-privada não são contratos de concessão, porque, “*é praticamente impossível 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 e 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*”. Para o autor, a real finalidade do legislador foi criar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – sob um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.777).

¹⁷ CRETILLA NETTO, José. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – PPPs*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p.9.

municipais que versem sobre o novo instituto não podem contrariar tais normas gerais e devem ter sua aplicação e interpretação limitadas à lei de incidência nacional (CF, art.22, inc. XXVII)¹⁸. Os Estados ou Municípios que promulgaram leis próprias de parcerias público-privadas, antecipando-se ao governo federal, devem, portanto, adaptá-las às normas gerais estabelecidas na lei federal.¹⁹

Possível inferir-se que o surgimento do instituto das parcerias público-privadas é resultado da evolução histórica do próprio Estado que, em razão da crescente demanda de serviços e utilidades, tornou imperativa a criação de mecanismos por meio dos quais ele, o Estado, por intermédio de parcerias celebradas com a iniciativa privada, possa realizar obras vultosas de infraestrutura ou reestruturá-las em busca do bem-estar social, compartilhando uma ampla gama de riscos com o parceiro privado.

1.2. Conceito e modalidades

A denominação *parceria público-privada* traz em seu bojo uma conotação genérica que dificulta o alcance de sua exata dimensão como importante instrumento colocado à disposição da Administração Pública para a realização de grandes obras de infraestrutura. Isso porque, o termo *parceria* é utilizado com frequência em direito administrativo para aludir a contratos celebrados entre os setores público e privado que, não raras vezes, são referidos como parcerias público-privadas. Ou seja, considerado em seu sentido amplo, o conceito de parceria público-privada confunde-se com outras parcerias havidas entre o setor público e o setor privado²⁰. A expressão, todavia, após a introdução

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2008, p.684-685.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed.Atlas, 2009, p.72.

²⁰ Interessante conceito básico de parceria público-privada nos é dado por Egon Bockmann Moreira: “é a coordenação de interesses e riscos entre parceiros que se colocam numa relação horizontal de longo prazo, circunstanciada, caso a caso, na qual convivem os planos público e privado.”(MOREIRA, Egon Bockmann. *A experiência das licitações para obras de infraestrutura*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.117).

introdução do instituto das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro, mantém-se reservada aos contratos de *concessão patrocinada* e de *concessão administrativa* definidos na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Introdutória do instituto das parcerias público-privadas na esfera federal, a Lei nº 11.079/04²¹ lhe confere regras gerais, define-o como “*contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada e administrativa*” (cfr. art.2º²²), criando, assim, duas novas espécies de concessão, ao lado do que chamou de concessão *comum*, excluída de sua égide quando não prevista a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (Lei nº 11.079/04, art.2º, § 3º)²³, e que permanece sujeita aos ditames da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, quanto à obrigatoriedade de prévia licitação, e aos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, quanto ao regime incidente, direitos e obrigações, além daqueles contidos na Lei nº 9.074 de 7.7.95, e na legislação esparsa, específica a determinados serviços ou utilidades públicos.

A concessão é o instrumento utilizado pelo Estado como providência descentralizadora de sua atuação, mediante a transferência de algumas de suas atribuições para o setor privado com a finalidade de atingir objetivos de melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços públicos, além de redução do tamanho do aparelhamento administrativo²⁴.

A busca da eficiência na prestação do serviço público é pressuposto de toda e qualquer concessão.

²¹ A Lei nº 11.079, de 30.12.2004, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.385, de 04.03.2005 (publicado no DOU de 07.03.2005).

²² Lei nº 11.079/04 - Art. 2º *Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*

²³ Lei nº 11.079/04 - Art.2º. § 3º *Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2009, p.67.

O artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95²⁵, ao definir a expressão “serviço adequado”, contida em seu *caput*, impõe a eficiência como uma das condições à adequada prestação de serviço, visando ao pleno atendimento dos usuários. A modicidade de tarifas é outro requisito previsto nesse dispositivo — ao lado da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação —, que deve ser preenchido pelo serviço público concedido para que seja ele tido como adequado.

A eficiência também é aspecto que mereceu destaque nas parcerias público-privadas, já que o desempenho do parceiro público na prestação do serviço pode ser condição para os pagamentos da contraprestação pecuniária do Poder Público ao parceiro privado (Lei n. 11.079/04, art.6º, par. un.)²⁶.

A contratação sob o regime de parceria público-privada tem natureza excepcional e, por isso, sua utilização está condicionada ao prévio atendimento de uma série de requisitos legais, administrativos e econômicos, que se traduzem em peculiaridades que têm sido consideradas pelos doutrinadores para a formulação de variados conceitos desse novel instituto.

Oportuna a transcrição de alguns importantes conceitos:

“A parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução

²⁵ Lei nº 8.987/95 - Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: (...) Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.”²⁷

“(...) 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 parceria de risco assumida por uma e outra das partes.”²⁸

“(...) contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração ou à população.”²⁹

“(...) acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.146.

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*. In: SUNDGELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.287-288.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPS- no direito positivo brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em: 15 de abril de 2010, p.18.

*investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objetivo estabelecido.”*³⁰

*“PPPs” são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei”.*³¹

*“(…) 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.”*³²

Tendo em vista algumas características do instituto das parcerias público-privadas, que lhe são reputadas peculiares, ensaia-se o conceito que segue:

“O instituto denominado parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, de longo prazo, celebrado entre a Administração Pública e o setor privado, em regime de compartilhamento de riscos, que pode ter como objeto: (i) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, cuja remuneração acresce às tarifas pagas pelos usuários uma contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (ii) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público, cabendo, em ambos os casos, ao parceiro

³⁰ CRETILLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p.11.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In *Parcerias Público-Privadas*. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

³² MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas*. In *Parcerias Público-Privadas*. SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2005 p.480-481.

parceiro privado a concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, com eficiência e qualidade, do empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, durante todo o prazo estipulado, e ao Poder Público, em contrapartida, o dever de assegurar ao parceiro privado as condições de exploração e remuneração, após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, nos termos ajustados.

O fato de o parceiro público comprometer-se, por meio da contratação pelo regime de parceria público-privada, a arcar com parte expressiva da remuneração a ser percebida pelo parceiro privado, complementando, assim, a retribuição monetária decorrente das tarifas, mostra-se como importante diferencial desse novo instituto frente às concessões comuns³³, ao lado do compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos e de riscos, conforme será examinado nos itens 1.3.2 e 1.3.9 abaixo.

1.2.1. Concessão patrocinada.

Nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04, “*concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*”

A *concessão patrocinada* é modalidade de concessão de serviço público que conjuga, como forma de remuneração ao parceiro privado, a tarifa paga pelos usuários a uma contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Instituída pela Lei nº 11.079/04 como uma das formas de parceria público-privada, apresenta como uma das diferenças mais marcantes da *concessão patrocinada* perante a concessão comum o *plus* consistente na contraprestação pecuniária do parceiro público (concedente) ao parceiro privado

³³ Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira qualifica esse diferencial complementar como “subsidiário” (*Apontamentos sobre aspectos controversos das Parcerias Público-Privadas. In: Contratos com o Poder Público. Revista do Advogado*, ano XXIX n. 107 – Dezembro de 2009, AASP, p.113-121).

(concessionário), o que significa que a amortização do investimento feito pelo parceiro privado é feita mediante tarifas pagas pelos usuários e recursos públicos.

A Lei nº 11.079/04 é expressa em dispor, como elemento de distinção entre a *concessão patrocinada* e a concessão comum, a contraprestação pecuniária do parceiro público, diferença, aliás, que compõe alguns dos conceitos sugeridos pela doutrina³⁴. Todavia, duas são as imprecisões contidas nessa disposição: (i) ao especificar como “pecuniária” a contraprestação deixa dúvida sobre a aplicação de seu próprio artigo 6º às concessões patrocinadas, já que esse dispositivo prevê formas diversas da pecuniária como possíveis de utilização; e (ii) ao conceituar *concessão patrocinada* gera certa confusão com a figura da *concessão comum subsidiada*, prevista no artigo 35 da Lei nº 9.074/95. Neste último modelo, também o parceiro público pode destinar recursos públicos como forma de compensação da insuficiência dos preços praticados pelo parceiro privado e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, o complemento tarifário que tem como beneficiário final o usuário do serviço concedido e que se reveste de natureza contraprestacional não serve como aspecto diferenciador entre as modalidades sob comento.

As receitas acessórias, alternativas ou complementares previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95³⁵ são aplicáveis nas *concessões patrocinadas* em razão da incidência subsidiária do referido diploma legal (Lei nº 11.079/04, art.3º, inc.I)³⁶. A possibilidade de composição da remuneração do parceiro privado por meio de tais receitas tem dupla

³⁴ Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, concessão patrocinada é “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.” (Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Ed.Atlas, 2009, p.147).

³⁵ Lei nº 8.987/95 - Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

³⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

finalidade, pois, além de preservar a modicidade das tarifas, pode levar à redução da contraprestação do parceiro público³⁷.

1.2.2. *Concessão administrativa.*

A Lei nº 11.079/04 define, em seu artigo 2º, § 2º, a *concessão administrativa* como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

É, portanto, a *concessão administrativa*, uma modalidade de concessão sujeita a regime jurídico parcialmente diferenciado, que tem por objeto a prestação de serviços em que a Administração Pública figura como usuária direta ou indireta e que pode envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Seu objeto principal é a prestação de serviço³⁸. Na realidade, a *concessão administrativa* pode ter como objeto (i) a prestação de serviços em que a Administração Pública é a usuária direta, sujeito a regime diverso do da Lei nº 8.666/93; ou (ii) a concessão de obra pública, necessariamente acompanhada de prestação de serviços, em que a Administração Pública é a usuária direta do bem e dos serviços.

A *concessão administrativa* pode envolver a prestação de serviços públicos³⁹, pois a própria Lei nº 11.079/04, ao definir *concessão administrativa*, utiliza-se do termo *usuário*, a denotar que a intenção do legislador é relacionar essa modalidade de concessão com a prestação de serviço público. Vale lembrar que “o conceito de usuário é dependente

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.150.

³⁸ *Idem ibidem*, p.151.

³⁹ PEREIRA, Cesar A.Guimarães. *O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). Parte III - Licitações e Lei de Responsabilidade Fiscal. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2005, p.198-239.

e derivado da utilização do serviço público”⁴⁰ e que, na medida em que os serviços são prestados indiscriminadamente a toda a coletividade (usuária direta), de maneira geral, tendo a Administração Pública como usuária indireta e responsável direta pela remuneração, mediante tarifa, paga ao concessionário, devem ser considerados serviços públicos.

O parceiro privado é remunerado pelo parceiro público por meio de contraprestação pecuniária, mas nada o impede de receber recursos de fontes acessórias, complementares ou alternativas, ou ainda decorrentes de projetos associados, tendo em vista a relação não clausulada contida no artigo 6º, da Lei nº 11.079/04. Oportuno observar que a Lei nº 11.079/04 previu a aplicação adicional de alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95 às *concessões administrativas*, ao contrário da integral aplicação subsidiária de todos os dispositivos da referida lei, prevista para as *concessões patrocinadas*. E, embora o artigo 11 da Lei nº 8.987/95, que faculta a utilização pelo concessionário de fontes alternativas ou acessórias de receitas, não esteja no rol adicional, o inciso V do artigo 6º da Lei nº 11.079/04⁴¹ permite seja dado idêntico tratamento àquele conferido às *concessões patrocinadas*.

O contrato de *concessão administrativa* apresenta um aspecto comum ao contrato de serviços sob a forma de *empreitada*, previsto nos artigos 6º, inciso VIII, e 10 da Lei nº 8.666/93⁴², pois ambos visam a execução de serviços. Todavia, a *empreitada* não pode ter como objeto a prestação de serviços públicos, ao contrário do que ocorre com a *concessão administrativa*⁴³.

Oportuno observar, outrossim, que na *concessão administrativa* o parceiro privado assume não somente a execução material de um serviço [como ocorre na *empreitada*], como também sua gestão, o que a faz se assemelhar, neste aspecto, tanto à

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.549.

⁴¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 6º *A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: (...) V – outros meios admitidos em lei.*

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2009, p.153.

⁴³ *Idem ibidem*, p.152.

concessão comum de serviço público, quanto à *concessão patrocinada*, diferenciando-se desta última pela ausência de pagamento de tarifa pelo usuário.

1.3. Características

O estudo das características dos contratos de parceria público-privada regidos pela Lei nº 11.079/04, necessariamente, exige que, de início, seja examinada a sua origem. As parcerias público-privadas surgiram no Reino Unido, sob a égide da *common law*. E, neste sistema [da *common law*], o contrato é imodificável, imutável. Além do que, não existe distinção entre contratos de direito público e contratos de direito privado, embora, cada vez mais, a doutrina britânica venha se preocupando com a influência de regras de direito público (*public law*) sobre os contratos. Todos os contratos britânicos são submetidos ao regime de direito comum, regido pela liberdade de contratar e pela inviolabilidade do contrato, esta última impondo que seja prevista no instrumento contratual toda e qualquer circunstância apta a acarretar modificação nas condições originalmente estabelecidas. No Reino Unido, as alterações das condições de execução dos contratos podem ser objeto de negociação entre as partes, porém, devem estar integradas nos termos do contrato. Diz-se que a mutabilidade é contratualizada, o que significa que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no Reino Unido, bem como as obrigações de interesse geral, devem sempre estar previstos no instrumento contratual⁴⁴.

Essa característica importada — de imutabilidade dos contratos — que exige que todas as circunstâncias que possam, eventualmente, causar alteração nas condições estabelecidas no momento do ajuste entre as partes contratantes estejam contidas no instrumento contratual, é responsável pela inserção, no instituto da parceria público-privada introduzido em nosso ordenamento jurídico federal pela Lei nº 11.079/04, de uma de suas principais peculiaridades que o diferencia dos demais contratos administrativos: a previsão contratual obrigatória da repartição objetiva dos riscos, nestes abrangidos até os decorrentes

⁴⁴ COSSALTER, Philippe. A “Private Finance Initiative”. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas, um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2005, p.425-489.

decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis de resultados imprevistos.

A matriz de alocação dos riscos pode ser apontada como um dos elementos diferenciadores do instituto da parceria público-privada e dos demais contratos da Administração Pública. A Lei nº 11.079/04 exige que a repartição dos riscos seja prevista nos contratos de parceria público-privada como cláusula essencial (matriz contratual *cf.* art.5º, inc.III), enquanto, nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e nos contratos de concessão da Lei nº 8.987/95, a matriz de alocação dos riscos é legal. Vale lembrar que os contratos administrativos e as concessões têm suas raízes teórico-jurídicas advindas do sistema romano-germânico (*civil law*), adotado pelo direito francês, e estão sujeitos à teoria da mutabilidade e à observância das respectivas leis de regência quanto à distribuição dos riscos entre os contratantes. A modificação unilateral das condições originalmente ajustadas, se assim o exigir o interesse público, ou qualquer outra alteração que traga significativa oneração ao objeto do contrato, acarreta a obrigação de indenizar pelas perdas sofridas.

Ao ser introduzido no cenário jurídico nacional como modalidade de contrato de concessão, o instituto da parceria público-privada também se revestiu da característica de mutabilidade, apresentando, por isso, outras características únicas que o tornam um instituto extremamente interessante e passível de relevantes discussões jurídicas.

Na medida em que o legislador o definiu como uma das modalidades de concessão, o contrato de parceria público-privada apresenta pontos comuns a ela [concessão comum ou tradicional], estando sujeito a vários dispositivos da Lei nº 8.987/95 (a exemplo dos arts.29, 31, 35, 36, 37, 38 e 39).

Uma maior abrangência na forma de remuneração do concessionário é, por exemplo, outra característica introduzida pela Lei nº 11.079/04, própria das contratações estruturadas sob o regime de parceria público-privada.

Algumas características variam de acordo com a modalidade assumida: *concessão patrocinada* ou *concessão administrativa*. A *concessão patrocinada*, que, nos termos da Lei nº 11.079/04 é concessão de serviço público, prevê como forma de

remuneração do parceiro privado a contraprestação que o parceiro público se obriga a lhe dar como acréscimo à remuneração tarifária (*vide* item 1.3.1 abaixo). Esse *plus* não é previsto como forma de remuneração ao concessionário pela Lei nº 8.987/95 que rege o instituto tradicional, a denotar tratar-se de característica diferenciadora entre a *concessão patrocinada* e a concessão comum.

Há, por outro lado, características comuns às duas modalidades de parceria público-privada, a exemplo das previsões legais referentes à repartição de riscos entre os parceiros, às garantias prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado e ao compartilhamento de ganhos econômicos.

1.3.1. Formas de remuneração

A forma de remuneração do parceiro privado, a necessidade de seu detalhamento no instrumento do contrato, além de seu aspecto variável, vinculado ao desempenho de metas e padrões de qualidade e de disponibilidade, definidas no momento do ajuste, são questões de relevância ao estudo das parcerias público-privadas.

De forma diversa da concessão comum de serviço público, na contratação sob o regime de parceria público-privada o Estado assume a obrigação de remunerar total ou parcialmente o parceiro privado, garantindo o pagamento de uma contraprestação mínima na hipótese de insuficiência das demais fontes de pagamento acessórias.

Cláusula essencial dos contratos de parceria público-privada, a forma de remuneração do concessionário é constituída pela tarifa, por fontes de receita apontadas pelo artigo 11 da Lei nº 8.987/95⁴⁵ e ainda pela contraprestação do concedente⁴⁶.

⁴⁵ Lei nº 8.987/95 - Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Aspecto que assume importância nas contratações estruturadas sob o regime das parcerias público-privadas, especialmente como fator de atratividade de investimentos privados, é a remuneração do parceiro privado por meio da contraprestação adicional pelo parceiro público⁴⁷. Essa contraprestação a ser paga ao parceiro privado, uma das principais peculiaridades de ambas as modalidades de parceria público-privada, serve, inclusive, como elemento diferenciador entre as concessões comuns. Nestas, o parceiro privado deve auferir toda a sua remuneração da cobrança de tarifas pagas diretamente pelos usuários⁴⁸. Nos contratos estruturados sob o regime de parceria público-privada a forma de remuneração do parceiro privado permite que a contraprestação seja feita de modo diverso do pagamento em dinheiro. Daí aliás, a imprecisão, já assinalada no item 1.2.1 *supra*, da expressão utilizada pelo artigo 2º, § 1º, da citada lei, ao se referir a uma contraprestação “pecuniária”.

De acordo com a Lei nº 11.079/04, diversas são as formas por meio das quais pode ser satisfeito o dever do parceiro público de remunerar o parceiro privado mediante pagamento de uma contraprestação. São elas: I - ordem bancária; II - cessão de créditos não tributários; III - outorga de direitos em face da Administração Pública; IV - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V - outros meios admitidos em lei (art. 6º e incs.).

Desde que precedidos da necessária lei de desafetação, os bens públicos podem ser utilizados como contraprestação ao parceiro privado, ou seja, como mecanismo de atenuação da dificuldade de liquidez financeira da Administração Pública.

Diante da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, a obtenção de receitas suplementares, previstas para as concessões comuns, também é outra forma permitida pela

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 149.

⁴⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, p. 186-187

⁴⁸ A priorização à época da edição da Lei nº 8.987/95 era a participação da iniciativa privada nos projetos que se apresentassem totalmente autossustentáveis à base tarifária, com o risco de demanda e mercado que é inerente dessa forma de remuneração.

Lei nº 11.079/04 para possibilitar a remuneração do parceiro privado a partir da exploração de atividades acessórias às parcerias público-privadas. Observa-se que a permissão vai mais além, possibilitando que a contraprestação da Administração Pública possa ser feita por “outros meios admitidos em lei” (Lei n.11.079/04, art.6º, inc.V), o que evidencia sua natureza meramente exemplificativa⁴⁹.

De acordo com o parágrafo único do artigo 6º, da Lei nº 11.079/04, é possível haver previsão contratual referente ao pagamento ao parceiro privado de remuneração variável condicionada ao seu desempenho na prestação do serviço concedido, inclusive com a fixação de metas e padrões de qualidade e disponibilidade⁵⁰.

O pagamento da contraprestação pelo parceiro público ao parceiro privado terá seu início atrelado à disponibilidade total ou parcial do serviço contratado⁵¹, o que significa que o parceiro privado terá que arcar com todos os custos preparatórios da prestação de serviços, inclusive os de instalação dos equipamentos necessários a tanto.

Na hipótese de se tratar de parceria público-privada contratada sob a modalidade de *concessão patrocinada*, a remuneração ao parceiro privado tem como base sua proposta econômica apresentada nos termos do edital convocatório e será formada pela tarifa a ser cobrada dos usuários, acrescida da contraprestação do parceiro público. O edital poderá, então, prever uma remuneração variável e condicionada ao seu desempenho, conforme determina o *supra* citado artigo 6º, quanto às metas e padrões de qualidade e de disponibilidade dos serviços estabelecidos no instrumento do contrato.

⁴⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei das PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p.191.

⁵⁰ Lei nº 11.079/04 - Art.6º. *Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.*

⁵¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 7º- *A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.*

A forma de remuneração do parceiro privado serve de critério de escolha da modalidade de concessão a ser contratada, pois, na hipótese de o projeto revelar-se economicamente autossustentável, independentemente de remuneração direta ou subsidiada pelo Estado, a escolha deverá recair sobre a contratação pelo regime de concessão comum, e não de parceria público-privada⁵².

1.3.2. Compartilhamento de ganhos econômicos

A Lei nº 11.079/04, em seu artigo 5º, inciso IX, remete ao contrato a previsão sobre 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*”. É, pois, o contrato que deverá definir a forma desse pagamento: se à vista, no momento do refinanciamento, ou, se por meio da redução da remuneração do parceiro privado, consistente esta na contraprestação pública pelos serviços prestados.

Riscos associados a projetos que envolvem construção, manutenção e operação de um bem ou serviço por um longo período de tempo, em regra, diminuem sensivelmente após a fase de construção, já que superada toda a complexidade de incertezas que se verificam nesse período [de construção], a exemplo da realização de desapropriações, da obtenção de diversas licenças de órgãos públicos, da transposição de entraves burocráticos relacionados ao projeto, muitas vezes, políticos, bem como da viabilização econômico-financeira do Poder Público. Além disso, a disponibilização do bem ou do serviço é que possibilita a mensuração da real capacidade de geração de receitas de todo o empreendimento⁵³.

⁵² Muito embora até mesmo nas contratações sob o regime de concessão comum, em casos excepcionais, possa o Poder Público ver-se obrigado a conceder subsídio estatal em razão da adoção de uma política tarifária impeditiva da rentabilidade do projeto (*vide* ENEL, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos -(parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p.408).

⁵³ RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p.145-146.

Vale observar que um dos riscos mais importantes no financiamento de um projeto é o risco associado à construção (denominado *greenfield*) que varia de acordo com o respectivo objeto e engloba diversos outros riscos por envolver a realização e a conclusão das obras, bem como a aquisição de equipamentos necessários a possibilitar a operação comercial do empreendimento financiado.

Superados os riscos associados à fase de construção, o projeto alcança um grau de maturidade e segurança que permite ao parceiro privado a obtenção de condições de financiamento mais vantajosas do que aquelas originariamente pactuadas e que, porque mais favoráveis, passam a possibilitar a elevação dos níveis de retorno dos investidores do projeto.

No Brasil, não é o que atualmente acontece. Aqui os contratos de financiamento originalmente assinados são imutáveis até o pagamento do total da dívida⁵⁴. O BNDES, principal agente financiador de projetos de infraestrutura no Brasil, não adota a política de refinanciar projetos, modificando as condições iniciais do contrato. Após definir se irá financiar ou não um projeto — o que ocorre apenas após a assinatura do contrato entre parceiro privado e Poder Público a fim de que as exatas condições do financiamento possam ser estabelecidas mediante a avaliação, inclusive, dos termos da proposta vencedora, e assim analisar a capacidade econômica do parceiro privado aliada ao *quantum* a ser financiado —, o BNDES não mais altera as condições estabelecidas naquele momento.

Possível inferir-se, diante dessa linha de considerações, que a previsão de compartilhamento de ganhos econômicos, contida no inciso IX, do artigo 5º, da Lei nº 11.079/04, é questão advinda da importação do instituto da parceria público-privada para o Brasil, e que a eficácia e a efetividade desse dispositivo legal devem ser projetadas para o futuro, pois o compartilhamento, tal como previsto, ainda depende da modificação do

⁵⁴ *Idem ibidem*, p.152.

cenário nacional no que tange ao mercado de crédito e à adoção de operações de refinanciamento pelo BNDES⁵⁵.

1.3.3. Sistema de garantias

A Lei nº 11.079/04, no artigo 8º⁵⁶, criou um sistema especial de garantias que contempla não somente a coletividade de maneira geral, como também os parceiros, público e privado, e os agentes financiadores e investidores do empreendimento, com a múltipla finalidade de: (i) imprimir eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e na execução de obras de infraestrutura, proporcionando melhores condições de atendimento às necessidades da coletividade e alguma economia aos cofres públicos; (ii) atuar como fator de atração do setor privado à contratação sob o regime de parceria público-privada, assegurando, dentre outros aspectos, que as obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público, a longo prazo, independentemente do risco político e das instabilidades econômicas do país, venham a ser cumpridas; e (iii) atuar como fator de atração de diversos agentes financeiros e investidores, tanto do setor privado como do setor público, com vistas a garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes.

Há na lei garantias relacionadas à contraprestação devida pelo parceiro público e que se mostram mais relevantes na modalidade de *concessão administrativa*, em que o parceiro privado tem sua remuneração integralmente constituída por essa contraprestação, e que assumem menor importância na hipótese de *concessão patrocinada* em que a forma de

⁵⁵ *Idem ibidem*, p.152.

⁵⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

remuneração do parceiro privado não depende exclusivamente da contraprestação do parceiro público ⁵⁷.

Tais garantias, assecuratórias do cumprimento das obrigações pecuniárias pelo parceiro público, conferem ao parceiro privado segurança e confiabilidade para celebrar contratos de longa duração com o setor público, na forma de parceria público-privada, e a assumir riscos que, nas concessões comuns, não teria capacidade ou aptidão para assumir.

A previsão desse sistema especial de garantias visa a assegurar o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias envolvidas nas contratações estruturadas sob o regime de parceria público-privada, inclusive daquelas decorrentes de revisões contratuais necessárias à recomposição das condições econômico-financeiras originariamente ajustadas entre os parceiros.

Referido dispositivo legal estabelece que o pagamento da contraprestação pública ao parceiro privado seja garantido de qualquer forma, direta ou indireta, uma vez que, além da vinculação de receitas, da instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, pode valer-se de terceiros, sobre os quais não exerce controle — organismos internacionais, companhias seguradoras e entidades financeiras — que o possibilitam assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias que assume perante o particular contratado.

As garantias dadas ao parceiro público estão sempre relacionadas à eficiência e à qualidade do serviço a ser prestado pelo parceiro privado. O fato de o pagamento de remuneração ao parceiro privado poder ser variável de acordo com o desempenho do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, por exemplo, assegura a adequada destinação dos recursos públicos para honrar essa remuneração, em contrapartida à prestação de um serviço público de qualidade, já posto à disposição da coletividade, avaliadas tais condições mediante o alcance de metas e padrões previamente definidos no

⁵⁷ *Idem ibidem*, p.205-206.

contrato (art.6º, par. un.)⁵⁸. Também o recebimento da contraprestação do parceiro público, pelo parceiro privado, condicionado, obrigatoriamente, à prévia disponibilização do serviço objeto do contrato, e à possibilidade de que esse pagamento seja parcelado de acordo com a parcela fruível do serviço disponibilizado, são, inegavelmente, garantias dadas ao Poder Público [e a toda a coletividade] para que haja correta destinação de recursos públicos (art.7º e par. un.)⁵⁹, ou seja, para que o a finalidade pública seja alcançada.

Para atrair múltiplos agentes financeiros e investidores, tanto do setor privado como do setor público, com vistas a garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes, a Lei nº 11.079/04 prevê alguns instrumentos de garantia que os beneficiam. A possibilidade de assunção pelo financiador do controle da SPE constituída pelo parceiro privado para o fim de saneá-la (art.5º, § 2º, inc.I), bem como a faculdade de que certos pagamentos, tais como o da contraprestação pecuniária e o de indenizações por extinção antecipada do contrato, sejam feitos diretamente ao financiador pelo parceiro público são evidentes garantias introduzidas pela referida lei (art.5º, § 2º, incs.II e III).

1.3.4. Licitação

Pressuposto obrigatório da contratação sob o regime de parceria público-privada é a realização de procedimento licitatório na modalidade exclusiva da concorrência que tem como diferencial das demais modalidades, a comprovação, pelos interessados, na fase inicial de habilitação, de que são detentores dos requisitos mínimos exigidos no edital de convocação.

⁵⁸ Lei nº 11.079/04 - Art.6º - *Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.*

⁵⁹ Lei nº 11.079/04 - Art. 7º *A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.*

A Lei nº 11.079/04 trouxe importantes inovações às regras de licitação que, além de possibilitarem a simplificação e uma maior celeridade ao procedimento imposto pela Lei nº 8.666/93, ampliaram a competição⁶⁰.

As várias críticas feitas enquanto se discutia o projeto da lei das parcerias público-privadas dirigidas às novidades que seriam introduzidas nos procedimentos licitatórios, destacavam a ausência de projeto básico para a definição do objeto do contrato como uma das mais temerárias, diante da possibilidade que ela traria ao “direcionamento” dos resultados dos certames.

Todavia, observa-se da simples leitura do artigo 10 da Lei nº 11.079/04⁶¹ a nítida preocupação do legislador com o atendimento a princípios e direitos consagrados na Constituição Federal, especialmente àqueles que norteiam toda a atuação da Administração

⁶⁰ PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para contratação de parceria público-privada*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.141-158.

⁶¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 10. *A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir. § 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo. § 3º 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.*

Pública. A exigência referente à fundamentação da escolha do tipo de contratação, a demonstração do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000), a submissão à consulta pública tanto da minuta do edital como do contrato a ser celebrado, e a necessidade de obtenção de licença ambiental do empreendimento, são, evidentemente regras editadas tendo em vista, respectivamente, os princípios da finalidade pública, da moralidade, da publicidade e transparência, bem como o direito ao meio ambiente sustentável.

A restrição das contratações sob o regime de parceria público-privada a objetos especiais que as justifiquem, imposta pela Lei nº 11.079/04, reflete a preocupação com o comprometimento de recursos públicos e com a longa duração da relação estabelecida entre o parceiro público e o parceiro privado, em observância aos princípios da moralidade e finalidade públicas.

Daí a razão de ser utilizada a concorrência⁶² como única modalidade licitatória prevista para esse novo tipo de contratação, uma vez que é a que melhor atende, quanto às suas exigências, as características peculiares da espécie.

As regras gerais de licitações contidas na Lei nº 8.666/93 e as constantes da Lei nº 8.987/95 servem como matrizes do procedimento licitatório nas concessões sob o regime das parcerias público-privadas, acrescidas de algumas regras específicas que devem anteceder sua abertura e que, caso não sejam adotadas, contaminarão a legitimidade do certame. Qualificam-se como específicas as regras próprias das contratações de parceria público-privada, a saber: (i) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro

⁶² Não obstante inexistir na Lei nº 8.666/93 uma limitação de valor para a utilização da concorrência como modalidade de licitação, em regra, ela é destinada a contratações que envolvem a aquisição de materiais e serviços com valores superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), bem como a execução de obras e serviços de engenharia com valores superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Seu prazo para a publicidade do edital é superior ao das demais modalidades licitatórias o que o torna lento como procedimento, além de revelar-se mais oneroso porque são exigidas despesas com publicações de resumo em diário oficial, em jornal de grande circulação e sua afixação em local visível no próprio órgão interessado. A principal característica da concorrência é a universalidade, ou seja, a sua maior amplitude quanto aos participantes: admite-se a participação de qualquer pessoa interessada, sem a necessidade de prévio cadastramento junto ao ente que promove o certame, desde que atendidas as exigências do edital, em especial no que se referem às condições preliminares de habilitação. A Lei nº. 8.987/95 estabelece a concorrência como modalidade de licitação obrigatória para as concessões de serviço público, e Lei nº 11.079/04 renovou tal previsão para as contratações de parcerias público-privadas, para concessões patrocinadas ou administrativas.

nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; (ii) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações contraídas pela Administração Pública, no curso da vigência do contrato; (iii) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato apresentam compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; (iv) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, com prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; (v) previsão de seu objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; e, (vi) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

A faculdade de inversão das fases de habilitação e de oferta das propostas, bem como a possibilidade de que essas propostas sejam escritas e de que haja lances verbais, são peculiaridades emprestadas da Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002, que instituiu o *pregão* como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns⁶³.

Em dois momentos⁶⁴, a Lei nº 11.079/04 faz expressa menção à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000): (i) quando se refere às metas, resultados, limites e condições a serem obedecidos quando da contratação sob o regime de parceria público-privada, fatores estabelecidos pela Lei de Responsabilidade

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.791-792.

⁶⁴ Lei nº 11.079/04 - Art. 10. *A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; (...).*

Fiscal⁶⁵; e (ii) quando determina que eventuais efeitos financeiros sejam compensados pelo aumento ou pela redução permanentes de receita ou de despesa, respectivamente, nos períodos seguintes, e que sejam observados os limites e condições impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, com relação às obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato, quando o caso, de acordo com as normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada, editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional (Lei n. 11.079/04, art.10, inc.I, alíneas “b” e “c”).

Ou seja, toda a contratação sob o regime de parceria público-privada atrela a Administração Pública à obediência aos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive quanto às penalidades aplicáveis àqueles que cometerem crime nela tipificado (*vide* item 1.3.8).

1.3.5.Órgão gestor

Uma das características inovadoras da lei das parcerias público-privadas consubstancia-se na previsão de criação de um órgão colegiado com competência para o controle da atuação das agências reguladoras, subtraindo-lhes algumas de suas atribuições.

O órgão gestor de parcerias público-privadas, a que se refere o artigo 14 da Lei nº 11.079/04⁶⁶, é o responsável, apenas no âmbito da Administração Pública da União, pelo

⁶⁵ Esse estudo técnico a ser realizado para fundamentar a opção pela contratação estruturada sob o regime de parceria público-privada deve comprovar a observância de metas de resultados fiscais que não podem ser afetadas pelas futuras despesas, em obediência à referida lei.

⁶⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 14. *Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: (Vide Decreto nº 5.385, de 2005). I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos. § 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos: I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades; II – Ministério da Fazenda; III – Casa Civil da Presidência da República. § 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante*

gerenciamento de todos os aspectos das parcerias público-privadas, no âmbito da Administração Pública direta, criado em razão da exigência de comprometimento de recursos públicos futuros, diante da inadequação das agências reguladoras para decidir sobre contratações que se prolongam no tempo e que envolvem orçamentos de diversas gestões administrativas. A instituição desse órgão gestor deu-se por meio do Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005, com a denominação de Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP, integrado por um representante, titular e suplente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que o coordenará, bem como do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República, nomeados pelo Ministro do Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão com base nas indicações feitas pelos titulares daqueles órgãos (Dec.n.5.385/05, art.2º, incs.I, II e III e par.un.)⁶⁷. A função de membro integrante do CGP é desempenhada a título gratuito, embora considerada serviço público relevante (Dec.n.5.385/05, art.15)⁶⁸.

Detentor de poder discricionário para definir critérios de oportunidade e conveniência, é o órgão gestor que identifica e prioriza os serviços que deverão ser executados sob o regime de parceria público-privada (Dec. n. 5.385/05, art.3º), procedendo a prévia análise da viabilidade financeira e das vantagens sócio-econômicas apresentadas pelo estudo técnico realizado pelo ente responsável pela concepção do projeto.

um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise. § 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado: I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto; II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei. § 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas. § 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada. § 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

⁶⁷ Decreto nº 5.385, de 2005 – Art. 2º O CGP será integrado por um representante, titular e suplente, dos seguintes órgãos: I - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que o coordenará; II - Ministério da Fazenda; III - Casa Civil da Presidência da República. Parágrafo único. Cabe ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão designar os membros do CGP, indicados pelos titulares dos órgãos referidos neste artigo.

⁶⁸ Decreto nº 5.385, de 2005 – Art. 15 A função de membro do CGP e da CTP não será remunerada, mas considerada prestação de serviço público relevante.

Dentre as competências que lhe foram outorgadas pelo decreto que o instituiu, está a de emitir autorização para a abertura de procedimentos licitatórios e para a aprovação dos instrumentos de convocação e de contratos, com suas alterações (Dec.n.5385/05, art.3º, inc.III). A obtenção de autorização específica do ordenador da despesa necessária à execução de determinado projeto pressupõe a autorização dada pelo órgão gestor, que atua como pré-requisito daquela⁶⁹.

Cabe, ainda, ao órgão gestor, aferir o impacto financeiro causado nos orçamentos dos exercícios subseqüentes à vigência do contrato de parceria público-privada, a fim de evitar a criação de despesas que possam comprometer as metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e que afrontem a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n. 11079/04, art.10, inc.II).

Esse órgão gestor contará com o apoio de comissões técnica e administrativa para o desempenho de suas competências (Dec.5.385/05, art.9º)⁷⁰, especialmente para o exercício da fiscalização de toda a execução do contrato, mediante análise de relatórios periódicos de acompanhamento, podendo, a qualquer tempo, requisitar dos órgãos e entidades contratantes ou fiscalizadoras informações sobre o cumprimento dos respectivos contratos.

De acordo com o parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 11.079/04⁷¹, o órgão gestor receberá dos Ministérios e das Agências Reguladoras, semestralmente, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada.

⁶⁹ Decreto nº 5.385, de 2005 – “Art. 3º Compete ao CGP:(...) III - autorizar a abertura de procedimentos licitatórios e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos e suas alterações;(…) § 1º A autorização e a aprovação de que trata o inciso III deste artigo não supre a autorização específica do ordenador de despesas, nem a análise e aprovação da minuta de edital feita pelo órgão ou entidade que realizar a licitação de parceria público-privada. § 2º A autorização de que trata o inciso III deste artigo é requisito para a autorização do ordenador de despesa.”

⁷⁰ Decreto nº 5.385, de 2005 – “Art. 9º O CGP contará com um Grupo Executivo, uma Comissão Técnica e uma Secretaria-Executiva, para o fornecimento de apoio técnico e administrativo necessário ao desempenho de suas competências”.

⁷¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios

Cada Estado da Federação deve criar seu próprio órgão gestor para exercer tais atividades específicas com relação às contratações sob o regime de parcerias público-privadas. No Estado de São Paulo, a Lei nº 11.688, de 19 de abril de 2004, criou o Conselho Gestor do PPP⁷², indicando, dentre suas atribuições, as de aprovar projetos de parceria público-privada, de fiscalizar a execução das parcerias público-privadas, de opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de parceria público-privadas, bem como de fixar diretrizes para a atuação dos representantes do Estado nos órgãos de administração da Companhia Paulista de Parcerias – CPP (Lei n. 11.688/04, art.3º, §5º)⁷³.

1.3.6. Parceiros e outros partícipes.

semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

⁷² Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP, instituído pela Lei do Estado de São Paulo nº 11.688, de 19.4.2004.

⁷³ *Lei Estadual nº 11.688, de 19.4.2004 - Artigo 3º - Fica criado o Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, integrado pelos seguintes membros: I - o Secretário-Chefe da Casa Civil; II - o Secretário de Economia e Planejamento; III - o Secretário da Fazenda; IV - o Secretário da Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento Econômico e Turismo; V - o Procurador Geral do Estado; VI - até 3 (três) membros de livre escolha do Governador do Estado. §1º- Caberá ao Governador indicar, dentre os membros do Conselho, o Presidente e quem, nas suas ausências ou impedimentos, deverá substituí-lo. §2º- Poderão substituir os membros a que se referem os incisos I a V deste artigo representantes que venham a ser por eles indicados. §3º- Participarão das reuniões do Conselho, com direito a voz, os demais titulares de Secretarias de Estado que tiverem interesse direto em determinada parceria, em razão de vínculo temático entre o objeto desta e o respectivo campo funcional. §4º- O Conselho deliberará mediante voto da maioria de seus membros, tendo o Presidente direito ao voto de qualidade. §5º- Caberá ao Conselho Gestor: 1 - aprovar projetos de parceria público-privadas, observadas as condições estabelecidas no artigo 4º; 2 - recomendar ao Governador do Estado a inclusão no PPP de projeto aprovado na forma do item 1; 3 - fiscalizar a execução das parcerias público-privadas; 4 - opinar sobre alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação dos contratos de parceria público-privadas; 5 - fixar diretrizes para a atuação dos representantes do Estado nos órgãos de administração da Companhia Paulista de Parcerias – CPP; 6 - fazer publicar no Diário Oficial de Estado de São Paulo, as atas de suas reuniões.*

A complexidade de direitos e de obrigações observada nas contratações pelo regime das parcerias público-privadas está a exigir o envolvimento de diversas pessoas, titulares de direitos e obrigações que não se restringem aos parceiros contratantes⁷⁴.

Com efeito, além das partes contratantes — poder concedente (*parceiro público*) e concessionária (*parceiro privado*) — e dos usuários, beneficiários dos serviços concedidos, há o comprometimento de outros participantes públicos e privados em atividades acessórias ou complementares.

A Lei nº 11.079/04 aponta diversos entes de fiscalização dos projetos e da própria execução do contrato, a exemplo dos que atuam perante as parcerias público-privadas firmadas pela União: (a) de acordo com o § 1º, do artigo 14, compõe-se o órgão gestor de um titular e de um suplente representante de cada de um dos seguintes órgãos: (i) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, (ii) Ministério da Fazenda; (iii) Casa Civil da Presidência da República.

O Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União terão participação na medida em que receberão os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada remetidos do órgão gestor, conforme dispõe o § 5º, do artigo 14, da Lei nº 11.079/04.

Os Ministérios e as Agências Reguladoras nas suas respectivas áreas de competência, interessados nos projetos, submeterão os editais de licitação ao órgão gestor e procederão às licitações, acompanharão e fiscalizarão os contratos de parceria público-privada, além de terem o dever de encaminhar ao órgão gestor relatórios semestrais circunstanciados acerca das respectivas execuções contratuais (Lei n. 11.079/04, art.15, par.un.)⁷⁵.

A Secretaria do Tesouro Nacional, o Banco Central do Brasil – BACEN, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, as agências reguladoras competentes, também

⁷⁴ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p.141-142.

⁷⁵ Vide nota de rodapé 53.

participam das parcerias público-privadas, além de árbitros e outros profissionais que prestem serviços no curso da contratação e na solução de questões a ela relacionadas.

1.3.6.1. Parceiro público.

Nos termos do artigo 1º e parágrafo único, da Lei nº 11.079/04, podem celebrar contratos de parceria público-privada os órgãos da Administração Pública direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁷⁶.

Nas parcerias público-privadas, portanto, há previsão legal expressa acerca da possibilidade de também a Administração Pública indireta celebrar contratos, na condição de poder concedente.

Trata-se de mais uma inovação introduzida pela Lei nº 11.079/04, porque, a celebração de contratos de concessão, segundo a Lei nº 8.987/95, é reservada aos entes da Administração Pública direta (art.2º, inc.I)⁷⁷.

Conquanto haja leis esparsas que preveem a assunção, por autarquias, da posição jurídica de concedente em contratos de concessão, a exemplo da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (art.19, inc.VI)⁷⁸, que delega à ANATEL — Agência Nacional de

⁷⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Esta Lei se aplica 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.

⁷⁷ Lei nº 8.987/95 - Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

⁷⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2006, p.62.

Telecomunicações —, tais exceções referem-se a autarquias especiais que se caracterizam pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira e que, por isso, podem figurar como concedente em concessões comuns.

Na realidade, possível considerar que essa inovação seja mais uma imprecisão da Lei nº 11.079/04, uma vez que o fato de os entes integrantes da Administração Pública indireta não serem titulares dos serviços públicos que lhes são delegados por meio de contratos de concessão, lhes obsta a possibilidade de figurarem como poder concedente em contratações dessa natureza. Não há como celebrarem contratos de concessão de serviço público, pois este sempre é da titularidade de ente da Administração Pública direta. Ainda que, por lei específica, tenha sido criado um ente da Administração Pública indireta para prestar determinado serviço público, inviável que ele, mero delegado do Estado, assumira a posição jurídica de concedente, com competência para celebrar contratos de prestação de serviços públicos com terceiros, nem de execução de obra ou de fornecimento, restando-lhe, apenas, a via do contrato de subconcessão, de acordo com o disposto no artigo 26 da Lei nº 8.987/95, como concessionário de serviço público.⁷⁹

1.3.6.2. Parceiro privado: sociedade de propósito específico

A contratação estruturada como parceria público-privada prevê a obrigatoriedade da prévia constituição de uma Sociedade de Propósito Específico — SPE — que será responsável pela implantação e gestão do objeto do contrato. Como sugere sua própria denominação, a SPE é sociedade constituída com o específico propósito de explorar determinado empreendimento a ser executado pelo regime de parceria público-privada⁸⁰.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.72.

⁸⁰ Embora Alexandre Santos de Aragão sustente que “a SPE é uma joint venture personalizada (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2008, p.713), não há semelhança entre os institutos, uma vez que a SPE é constituída justamente para que o risco do negócio, os investimentos, as responsabilidades e os lucros do projeto sejam por ela assumidos com total independência e autonomia, isolando-a da empresa que lhe constituiu, ao contrário do que ocorre em uma *joint venture*.

A Lei nº 11.079/04 dispõe sobre as regras sobre a constituição e objetivos da sociedade de propósito específico - SPE⁸¹.

A exigência legal prevista no artigo 9º da lei sob comento confere diversas vantagens à constituição desse tipo de sociedade, a exemplo da que se refere à facilitação do controle da execução do contrato e da saúde financeira do concessionário⁸², com a finalidade de evitar a contaminação de riscos e perdas entre sociedades de um mesmo grupo empresarial⁸³. É, portanto, uma forma de isolar o empreendimento dos riscos associados a outras atividades do parceiro privado, limitadora, também, de sua responsabilidade⁸⁴.

A SPE poderá atuar em sua forma subsidiária integral ou constituída de mais de um acionista⁸⁵, bem como assumir qualquer forma societária, a exemplo da forma de companhia aberta, com oferta pública de seus valores mobiliários⁸⁶.

⁸¹ Lei nº 11.079/04 - Capítulo IV – DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. Art. 9º *Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.* § 1º *A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.* § 2º *A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.* § 3º *A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.* § 4º *Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.* § 5º *A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.*

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2008; p.714.

⁸³ GUIMARÃES, Leonardo. *A SPE — Sociedade de Propósito Específico*. **RDM**, v.125, p.129-138.

⁸⁴ ENEL, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p.412.

⁸⁵ *Idem ibidem*, p.157.

⁸⁶ POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

Em regra, a SPE é constituída após o resultado do procedimento licitatório pela vencedora que pode ter o próprio Estado como sócio da futura concessionária, desde que não adquira a maioria do capital votante.

A participação, como parceiro privado, de sociedades de economia mista é rechaçada de maneira unânime pelos doutrinadores porque retira o próprio espírito da criação do instituto, cuja motivação precípua reside na obtenção de recursos financeiros e tecnológicos da iniciativa privada para a execução de obras de infraestrutura para a prestação de serviços públicos. Uma parceria formada nessas bases “*romperia a lógica do sistema, que é ter um parceiro genuinamente particular, ou seja, constituído por particulares que aportem recursos financeiros privados e tecnologia de ponta.*”⁸⁷

1.3.6.3. Usuários.

Tal qual ocorre no contrato de concessão comum de serviço público, a parceria público-privada, na modalidade *concessão patrocinada*, tem como característica a geração de efeitos a terceiros que se utilizarão do serviço concedido — os usuários⁸⁸. Não obstante estranhos à celebração do contrato, os usuários assumem direitos e obrigações perante ambas as partes contratantes na medida em que são beneficiários do serviço público objeto do ajuste entre parceiro público e parceiro privado.

Embora a Lei nº 11.079/04 faça menção apenas uma vez ao termo *usuário*, quando nos dá a definição de *concessão patrocinada* (art.2º, §1º), refere-se expressamente à Lei 8.987/95, permitindo que se conclua que todos os dispositivos relativos às concessões comuns, dirigidos aos usuários, se estendam, quanto à sua aplicação, às parcerias público-privadas. Nesse passo, os direitos e deveres dos usuários dos serviços públicos resultantes

⁸⁷ GASPARINI, Diógenes. *Visão geral das parcerias público-privadas*. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol e ANDRADE, Rogério Emílio de. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: MP Editora, 2006, p.33-59, p.44.

⁸⁸ São os efeitos trilaterais a que se refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, tercerização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2019, p.94).

das contratações sob o regime de parceria público-privada são aqueles listados nos artigos 7º e 7º-A da Lei nº 8.987/95⁸⁹. O usuário tem, dentre outros, o direito de receber um serviço adequado, o direito de obter informações para defesa de interesses individuais ou coletivos e o direito de escolher o prestador do serviço, quando o caso. Por outro lado, tem o dever de observar as normas do poder concedente quando fizer uso de seu direito de optar por um determinado prestador de serviços, e, o dever de fiscalizar a prestação do serviço, denunciando eventuais irregularidades ou ilicitudes cometidas pelo concessionário.

O artigo 7º-A, acrescido pela Lei nº 9.791, de 24 de março de 1999, obriga às prestadoras de serviços públicos a disponibilizarem no mínimo seis datas opcionais para o pagamento dos débitos pelos usuários, criando assim o direito à escolha de data para pagamento da tarifa, limitado às datas previamente indicadas pelo concessionário.

Ao lado desses direitos, há quem entenda que os usuários devam ser equiparados aos consumidores e, conseqüentemente, são titulares dos direitos previstos na lei consumerista⁹⁰, questão, aliás, que tem gerado discussões entre os doutrinadores⁹¹.

Conquanto ambos, consumidor e usuário, sejam destinatários de prestações e sujeitos de direitos e obrigações decorrentes de relações massificadas, suas posições jurídicas não se confundem⁹². Não obstante suas importantes diferenças, aos usuários de

⁸⁹ Lei nº 8.987/95 - Art. 7º. *Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços. Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999).*

⁹⁰ Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁹¹ A exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Edmir Netto de Araújo e Arnoldo Wald.

⁹² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Administração Pública e direito do consumidor*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2008, p.351-402.

serviços públicos vêm sendo aplicadas, na omissão da lei a que se refere o art.175, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, as normas do direito do consumidor, em especial por nossos Tribunais que dão tratamento similar, sem qualquer distinção⁹³.

Oportuno assinalar que, embora as relações jurídicas estabelecidas entre fornecedor e consumidor sejam diversas daquelas que envolvem o Estado em razão do regime publicista a que se submetem, os direitos básicos do consumidor, previstos nos artigos 6º e 7º do Código de Defesa do Consumidor, devem ser respeitados também com relação aos usuários de serviços públicos⁹⁴.

A equiparação doutrinária entre as naturezas jurídicas do usuário de serviço público e do consumidor somente restará sanada quando da edição de lei federal específica que irá disciplinar os direitos daquele [usuário], prevista pela Emenda Constitucional nº 19/98⁹⁵.

Com esteio nessa previsão, o Estado de São Paulo promulgou a Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1.999, que estabelece normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços estaduais públicos. O direito à qualidade na prestação do serviço e o direito ao controle adequado do serviço público, são, ao lado do direito à informação, os direitos básicos previstos no artigo 3º da citada lei estadual.

1.3.6.4. Agente financiador.

⁹³ Vários são os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em casos que envolvem discussões tarifárias referentes a consumo de energia elétrica e de serviços de telefonia. As regras do Código de Defesa do Consumidor têm sido aplicadas em demandas que tratam de outros contratos de concessão de serviço público de (v.g. TJSP – 3ª Câ. Direito Público - Apelação nº 0099404-20.2006.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DER- DEPTO. ESTRADAS RODAGEM ESTADO DE SÃO PAULO e juízo ex-officio sendo apelados KAUE PEREIRA POZZEBOM ALVES e SIMONE PEREIRA; Rel. Des. LEONEL COSTA; j.28.06.2011).

⁹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010, p.133-134.

⁹⁵ Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998 - Art. 27. *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.*

A parceria público-privada é instrumento viabilizador da participação do setor privado na prestação de serviços e obras públicas: o particular oferece sua capacidade de investir e de financiar o empreendimento e, o setor público, em contrapartida, garante a satisfação do interesse público, mediante o estabelecimento de indicadores de desempenho, passíveis de controle e gestão do equipamento ou do serviço prestado à coletividade. O investimento privado é atraído para esse tipo de contratação, especialmente, quando não há um retorno econômico satisfatório resultante da prestação de serviços públicos e a complementação da remuneração do parceiro privado mostra-se necessária, mediante a utilização de recursos públicos. Daí porque, o contrato há de estabelecer um sistema de garantias que impeça o descumprimento do ajuste pelos futuros governos (risco político).

O agente financiador tem atuação de suma relevância nos contratos de parceria público-privada na medida em que atua ao lado de ambos os parceiros: participa dos empreendimentos — projetos de infraestrutura que servirão de meio para a prestação de serviços concedida pela via da parceria público-privada —, através do financiamento das parcelas de responsabilidade dos investidores privados e de soluções para o financiamento dos governos interessados na contratação.

Necessário lembrar que a finalidade de uma parceria público-privada é a prestação de um serviço, com qualidade e eficiência, e não a construção ou reforma de uma infraestrutura que irá possibilitar aquela prestação⁹⁶, e que o parceiro privado somente começará a auferir remuneração após disponibilizar o serviço concedido, parcial ou integralmente (Lei n. 11.079/04, art.7º).

Daí a importância da figura do agente financiador nesse tipo de contratação: ao possibilitar financiamento de projetos de infraestrutura, viabiliza-os além de limitar a responsabilidade do parceiro privado que deve se submeter às diretrizes para a concessão

⁹⁶ O art.2º, § 4º, inc.III, da Lei nº 11.079/04, veda a contratação de parceria público-privada visando a realização, tão somente, de uma obra pública isolada.

de crédito, fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, de acordo com o art.24 da Lei nº 11.079/04⁹⁷.

Oportuno aqui mencionar os instrumentos de garantia que a Lei nº 11.079/04 previu em benefício do agente financiador, tal qual a possibilidade de assunção pelo financiador do controle da SPE constituída pelo parceiro privado para o fim de saneá-la, além do recebimento direto de pagamentos, indenizações e garantias prestadas pelo Poder Público via cessão ou penhor de direitos de crédito (*cfr.*, art.5º, § 2º, incs.II e III)⁹⁸.

1.3.6.4. Fundo garantidor

Outra inovação jurídica trazida pela Lei nº 11.079/04 é a previsão de criação, no âmbito federal, de um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas— FGP —, de natureza privada (Lei n. 11.079/04, art.16⁹⁹), com patrimônio separado de seus cotistas e

⁹⁷ Lei nº 11.079/04 - Art. 24. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar.

⁹⁸ No contrato de concessão patrocinada da linha 4 amarela do Metrô de São Paulo, item 31.3 da cláusula 31ª, há previsão nesse sentido: as entidades que concederam financiamento para aquisição dos trens metroviários do sistema de material rodante de determinadas fases, poderão assumir o controle acionário da concessionária, independentemente de prévia autorização do poder concedente, que será apenas informado do fato.

⁹⁹ Lei nº 11.079/04 - Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. (*Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011*). § 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios. § 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração. § 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados. § 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. § 5º 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 subscreverem. § 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda. § 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum

integralização de bens e direitos, administrado e representado por instituição financeira controlada pela própria União. Em caso de inadimplência do cotista do FGP, o parceiro privado poderá acionar diretamente a garantia dada pelo FGP (hipoteca, penhor, alienação fiduciária, etc.) para a satisfação da dívida, havendo previsão expressa na lei de constrição judicial de bens (art.18, §§ 4º a 7º).

A criação do FGP foi prevista com a finalidade de oferecer garantias de pagamento dos parceiros públicos federais — a União, suas autarquias e fundações públicas — aos parceiros privados, em virtude das contratações de parceria público-privada.

Considerada uma universalidade jurídica, tem o FGP funcionamento equivalente a um patrimônio de afetação parcial, pois parte de seu patrimônio é segregado e destinado apenas para garantir o cumprimento de determinadas obrigações, nos termos do artigo 21 da Lei nº 11.079/04¹⁰⁰.

Sua natureza privada é que permite que seus credores não sejam obrigados a obedecer a ordem cronológica dos precatórios exigida para os entes de natureza pública.

A Lei nº 11.688/04, que instituiu as parcerias público-privadas no Estado de São Paulo, optou pela constituição de pessoa jurídica de direito privado — a CPP – Companhia Paulista de Parcerias — com competência de dar garantias do cumprimento das obrigações do Estado nas parcerias público-privadas, que, como ente privado, não necessita observar o moroso regime de precatórios¹⁰¹.

uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada. § 8º A capitalização do FGP, quando realizada por meio de recursos orçamentários, dar-se-á por ação orçamentária específica para esta finalidade, no âmbito de Encargos Financeiros da União. (Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011).

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPS- no direito positivo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em: 15 de abril de 2010, p.26-27.

¹⁰¹ A CPP figura como anuente no contrato de concessão patrocinada da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo, ao lado dos demais sujeitos envolvidos, e garantidora inclusive da contraprestação pecuniária até o limite de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme item 6.1.1 da cláusula 6ª. Na cláusula 11, item 11.13, a CPP assume a condição de fiadora solidária, responsável pelo fiel cumprimento das obrigações

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰² rechaça com veemência a criação de empresa estatal garantidora de obrigações oriundas de parcerias público-privadas, pois, em seu entender, trata-se de evidente desvio de finalidade, considerando-se que as empresas estatais devam ser criadas apenas para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos; jamais para servir de garantias a créditos de terceiros. Acresce o citado autor que a instituição de entes estatais com tal objetivo — de garantir créditos particulares — permite a burla do sistema de satisfação de créditos insolutos relativos ao Poder Público, previsto no artigo 100 da Constituição Federal¹⁰³, em manifesta ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO refere-se à previsão do artigo 16 da Lei nº 11.079/2004 como *lamentável e precipitada* e aponta diversas impropriedades e ilegalidades observadas no tratamento jurídico formal dado ao FGP¹⁰⁴. Merecem destaque, dentre as eivas examinadas pela referida autora¹⁰⁵: (i) a modalidade de garantia que pode

imputáveis ao Poder Concedente, exclusivamente quanto ao pagamento de compensações de atraso de fases, compensação de demora na emissão da ordem de serviço, multas compensatórias de rescisão e contraprestação pecuniária. A CPP assume, assim, vários riscos no contrato (ex: item 11.10, cláusula 11ª). No item 11.14 do contrato, há previsão de constituição, pela CPP, de penhor sobre títulos da dívida pública federal e/ou sobre quotas de Fundo de Investimento lastreado em títulos da dívida pública federal. Interessante observar que o item 6.1.3 da cláusula 6ª do contrato, estabelece que se o valor da contraprestação pecuniária exceder aquele limite de 60 milhões de reais garantido pela CPP, a dívida será de responsabilidade exclusiva do Poder Concedente. Ou seja, excedido o limite, a concessionária terá que obedecer a ordem dos precatórios porque não há mais a garantia de um ente privado.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.789.

¹⁰³ *Constituição Federal - Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.161.

¹⁰⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca, por exemplo, como incongruência da lei, o fato de que ao lado da instituição financeira, direta ou indiretamente controlada pela União, que deverá criar, administrar, gerir e representar o FGP judicial e extrajudicialmente, está prevista a atuação de uma assembléia de cotistas, com competência limitada à aprovação do estatuto e regulamento do FGP e à deliberação sobre a dissolução desse fundo. Todavia, se o FGP é constituído por lei, a sua extinção também terá que ser prevista em lei, o que significa que a deliberação da assembléia de cotistas pela extinção do fundo dependerá de autorização legislativa (*op.cit.*)

ser prestada pelo FGP, arrolada no inciso VI do § 1º, art.18 da Lei nº 11.079/04, que dispõe: *VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP*. Assevera a autora que, ao se referir a patrimônio de afetação a lei afasta a possibilidade de penhora desses bens em benefício de um determinado credor, em contrariedade aos princípios da isonomia e da impessoalidade que norteiam a destinação dos recursos orçamentários; e (ii) a possibilidade da lei criadora do FGP não vincular receitas, o que implica na invalidade jurídica do próprio fundo — “*Sem receita vinculada, o fundo não tem existência legal.*”¹⁰⁶

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, a seu turno, sustenta a constitucionalidade da criação do FGP, entendendo-a justificada pela permissão constitucional do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que confere à União competência para a criação de entes de direito privado que desempenhem algumas de suas atividades, e que é possível que tais entes sejam excluídos, ainda que parcialmente, do regime publicista, inclusive no tocante à execução de dívidas pelo sistema de precatório estabelecido pelo artigo 100 da Carta Constitucional. Sustenta tratar-se de “*uma possibilidade constitucionalmente admitida de os Entes federativos buscarem o atendimento mais eficiente dos seus objetivos, ressalvada apenas a vedação da entidade de Direito Privado exercer atividades de jus imperii, ou seja, de imposições unilaterais aos particulares.*”. E conclui o autor que “*o marco jurídico das parcerias público-privadas não ficaria completo para o objetivo de atrair investimentos bastante vultosos para projetos de amortização de longo prazo, se, não só às empresas que se comprometeram a executar o serviço, como os seus financiadores,*⁵⁸*tivessem garantias satisfatórias. Teríamos uma empresa operadora com segurança, mas sem crédito para a execução do projeto.*”¹⁰⁷

Ainda que tais entes de natureza privada sirvam como mais um instrumento de atratividade da iniciativa privada para celebrar complexos contratos de parceria, tal estratégia efetivamente não se coaduna com um Estado de Direito, como o do Brasil, pois é absolutamente ofensiva, a uma só vez e frontalmente, aos princípios da legalidade, da

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.162.

¹⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas no direito positivo brasileiro*. Ed.Revista dos Tribunais, vol.839, set.2005, p.11.

isonomia, da moralidade. Ao invés de lançar mão de meios e formas para a não sujeição à ordem dos precatórios, o Estado brasileiro deveria adotar instrumentos que obrigassem aos administradores públicos honrar tempestivamente suas obrigações formalizadas nos precatórios.

1.3.7. Controle

Além do normal e permanente controle, de natureza administrativa, a que todo e qualquer ente da Administração indireta há de se submeter em face da pessoa jurídica política que o instituiu, também está sujeita à fiscalização de órgãos estatais a sua participação em contratos de qualquer natureza, a fim de que seja assegurado o adequado atendimento da finalidade pública objetivada com a respectiva contratação. Esse amplo controle, que se realiza sob diversas modalidades e em diferentes momentos, revela-se ainda mais necessário quando o contrato é estruturado sob o regime de parceria público-privada, uma vez que este envolve recursos públicos, inclusive como forma de contraprestação a ser paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Um primeiro controle identificado no texto da Lei nº 11.079/04, tido como “o mais eficaz meio de controle da Administração Pública”¹⁰⁸, é o denominado *controle popular*, previsto em seu artigo 10, inciso IV¹⁰⁹: as minutas do edital de licitação e do contrato a ser firmado com o vencedor do certame devem ser submetidas à consulta pública. Trata-se de controle prévio que consagra um importante mecanismo de consenso¹¹⁰

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.728.

¹⁰⁹ Lei nº 11.079/04 - Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...) VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; (...).

consenso¹¹⁰ da atividade administrativa erigido, pelo artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, a princípio fundamental — de participação democrática —, consistente na participação dos administrados no processo decisório do Poder Público, na condição de destinatários das decisões administrativas.

A própria criação de um órgão gestor, com atuação incidente em todos os aspectos das parcerias público-privadas, constitui forma de controle prevista pela Lei nº 11.079/04, na medida em que lhe cabem atribuições de natureza fiscalizadora (Lei n.11.079/04, art.14¹¹¹).

Observa-se, outrossim, haver um controle imposto pelas próprias regras do procedimento licitatório que obrigatoriamente deve preceder à contratação sob o regime das parcerias público-privadas. O artigo 15 da lei sob comento¹¹², por exemplo, atribui aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas respectivas áreas de competência, a submissão

¹¹⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2008, p.335-349.

¹¹¹ Lei nº 11.079/04 - Art. 14. *Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos. § 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos: I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades; II – Ministério da Fazenda; III – Casa Civil da Presidência da República. § 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise. § 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado: I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto; II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei. § 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas. § 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada. § 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.*

¹¹² Lei nº 11.079/04 - Art. 15. *Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.*

do edital de licitação ao órgão gestor competente para proceder a licitação, acompanhando-a e fiscalizando os contratos de parcerias público-privadas, a denotar serem eles detentores de atividade controladora.

A submissão das concessões administrativas a alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95 pode também ser considerada outra forma de controle na medida em que impõe encargos e limites à atuação das partes contratantes, com previsões para hipóteses de intervenção do poder concedente e de extinção dos contratos¹¹³.

A merecer destaque, também, o controle previsto no § 3º, do artigo 10, da Lei nº 11.079/04¹¹⁴, de exigência de autorização legislativa específica para as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado fica a cargo da Administração Pública.

A remessa anual, pelo órgão gestor, ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União de relatórios de desempenho dos contratos de parcerias público-privadas e depois sua disponibilização ao público, por meio da rede pública de transmissão de dados, são, evidentemente, meios de controle incidentes nas contratações sob o regime de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04, art. 14, § 5º)¹¹⁵.

No âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dá-se um controle prévio às contratações dessa natureza, feito pelo Senado Federal e pela Secretaria do Tesouro Nacional que deverão examinar as informações necessárias ao cumprimento dos limites estabelecidos pelo *caput* do artigo 28, com a nova redação dada pela Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009¹¹⁶ (de 3% da receita corrente líquida do exercício,

¹¹³ Vide art.3º da Lei nº 11.079/04 e arts.25, 29, 31, 32 a 35 da Lei nº 8.987/95.

¹¹⁴ Lei nº 11.079/04 - Art. 10. *A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: § 3º 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.*

¹¹⁵ Vide nota de rodapé 108.

¹¹⁶ Lei nº 12.024 de 27 de agosto de 2009 – Art. 10. *A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência*

consideradas as despesas relativas ao conjunto de contratações por parceria público-privada).

Vale observar que o limite de endividamento dos entes federados que era, originariamente, de 1% (um por cento), foi ampliado pela referida lei (Lei nº 12.024/2009) para possibilitar a celebração de um número significativamente maior de contratos de parceria público-privadas, visando a prestação de serviços públicos que demandam recursos vultosos.

Foram excluídas desse limite, expressamente, pela lei modificadora, as despesas decorrentes de contratos de parceria público-privadas celebrados com as empresas estatais não dependentes, ou seja, com aquelas que não recebem recursos financeiros para pagamento de pessoal ou de custeio em geral ou de capital, já que eventuais contratos dessa natureza que venham a celebrar não terão repercussão no limite de endividamento do respectivo ente federado a que se vinculam.

Tais despesas envolvem todos os contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente federado.

1.3.8. Penalidades

Nos termos da Lei nº 11.079/04, o contrato de parceria público-privada deve prever as penalidades aplicáveis aos parceiros em caso de inadimplemento contratual,

voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. § 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes.”

fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas (art.5º). O aspecto inovador trazido pela citada lei concerne à possibilidade de punir a Administração Pública por infrações contratuais decorrentes do ajuste com o particular.

O artigo 29 da referida lei dispõe que, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas em contrato, aplicam-se, no que couber, a ambos os parceiros, as penas previstas no Código Penal (Decreto lei nº 2.848, de 7.12.40), na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2.06.92), bem como na Lei dos Crimes Fiscais (Lei nº 10.028, de 19.10.2000) que alterou o artigo 339 do Código Penal e acrescentou desdobramentos ao artigo 359 do mesmo diploma penal, na Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto lei nº 201, de 27.2.87) e na Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10.4.50)¹¹⁷.

A responsabilização penal pela prática de crime na execução dos contratos de parceria público-privada dar-se-á na pessoa do funcionário, do agente público, bem como na pessoa do empregado da pessoa jurídica de direito privado que é equiparado a servidor público quando pratica atos ilícitos contra a Administração Pública porque contrários ao próprio interesse público¹¹⁸. Tanto o agente público quanto o agente privado praticam crimes contra a Administração em geral e contra a Administração Pública.

A Lei nº 1.079, de 10.4.50 — Lei de Crimes de Responsabilidade — estabelece como penalidades a serem impostas pelo Senado Federal ao Presidente da República, ou a Ministros de Estado, ou a Ministros do Supremo Tribunal Federal ou ao Procurador Geral

¹¹⁷ Lei nº 11.079/04 - Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

¹¹⁸ Código Penal (Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940) - Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000); § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980).

da República, independentemente da responsabilização por crime comum na justiça ordinária, nos termos da lei processual penal, a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública (Lei n. 1.079/50, arts.2º e 3º)¹¹⁹.

Conquanto o artigo 29 da Lei nº 11.079/04 não tenha se referido à Lei nº 8.666/93, os crimes nela previstos, em sua Seção III, são aplicáveis às parcerias público-privadas e a todos os demais contratos administrativos que exigem prévia licitação para sua celebração (Lei n.8.666/93, arts.90 a 98).

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4.05.2000 - também foi esquecida pelo legislador ordinário no que tange às penalidades cabíveis. Todavia, o fato de a Lei nº 11.079/04, em dois momentos, referir-se expressamente à obrigatoriedade de obediência a dispositivos contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (cfr. item 1.3.2 supra) afasta qualquer dúvida sobre a aplicabilidade das penalidades previstas na referida lei para aqueles que praticarem crimes nela tipificados.

Algumas peculiaridades dos contratos de parceria público-privada facilitam o cometimento de abusos ou ilegalidades fiscais e sujeitam os parceiros às sanções previstas na lei complementar específica (LC n. 101, de 4.05.2000). A longa duração contratual, o comprometimento de recursos públicos e a repartição de riscos entre os parceiros são circunstâncias que, verificadas simultaneamente numa mesma contratação, exigem uma fiscalização contínua e próxima do Poder Público a fim de evitar práticas ilícitas e a consequente imposição de penalidades fiscais, administrativas ou de outra natureza.

O Código de Defesa do Consumidor vem sendo aplicado, também quanto às penalidades, infrações ou irregularidades praticadas no âmbito das parcerias público-

¹¹⁹ *Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10.4.50) - Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República. Art. 3º A imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.*

privadas (*vide* item 1.3.6.3). Todavia, considerando que referido diploma legal é dirigido às relações jurídicas individuais, mostra-se necessária a edição de um estatuto próprio de proteção ao direito dos usuários dos serviços públicos. Essa, aliás, a determinação contida no disposto no artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98 ao Congresso Nacional, a que elabore a lei específica para tal proteção. Enquanto essa lei não é editada, nossos tribunais têm feito incidir a lei consumerista nas relações que envolvem usuários, especialmente em hipóteses de má prestação dos serviços públicos ou cobranças indevidas¹²⁰.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, as infrações às normas de defesa do consumidor sujeitam o infrator a penalidades administrativas, independentes das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas (Lei n.8.078/90, art.56).

Uma rápida análise das penalidades previstas na lei sob comento permite reconhecer que tão somente a multa seja aplicável aos usuários, já que a suspensão ainda que temporária do serviço público, a interdição, total ou parcial, de obra pública ou da prestação de serviço público e a intervenção administrativa são medidas que, além de incompatíveis com o princípio da continuidade do serviço público, contrariam o aspecto regulatório que nestes predomina.

Porém, há no Código de Defesa do Consumidor pena específica de aplicação às concessões de serviço público aplicável à concessionária por violação à obrigação legal ou à obrigação assumida pela contratação do serviço concedido — de cassação da concessão — prevista em seu § 1º, do artigo 59¹²¹.

¹²⁰ Destaca-se a esse respeito trecho da ementa do STJ – T1 - AgRg no Ag 1303241 / RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves, j.17.03.2011:” (...) 2. O Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido de não configurar erro justificável a cobrança de tarifa de água e esgoto por serviço que não foi prestado pela concessionária de serviço público, razão pela qual os valores indevidamente cobrados do usuário devem ser restituídos em dobro, conforme determina o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: AgRg no REsp 1119647/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/03/2010; AgRg no REsp 1117014/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/02/2010; REsp 821.634/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2008; REsp 817.733/RJ, Rel. Min. Castro Meira, D.J. 25.05.2007. (...).

¹²¹ Lei n° 8.078, de 11.09.1990 - Art. 59. As penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando o fornecedor reincidir na prática das

Assim, a própria lei consumerista equiparou os usuários de serviços públicos aos consumidores na medida em que permite a punição da concessionária de serviços públicos por descumprimento da lei ou do contrato. Essa interpretação alcança os contratos de parceria público-privada na modalidade de *concessão patrocinada* que é uma concessão de serviço público.

Possível concluir-se, portanto, que, em situações excepcionais, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao serviço público, até que lei específica seja editada¹²².

1.3.9. Repartição objetiva de riscos entre os parceiros

A repartição eficiente dos riscos é questão inovadora trazida pela Lei nº 11.079/04 em relação às formas tradicionais de parcerias, especialmente às concessões comuns, e traduz-se numa melhor aplicação dos recursos públicos em atendimento aos interesses da sociedade¹²³.

A referência da lei à natureza objetiva da repartição dos riscos nos contratos estruturados sob o regime de parceria público-privada remete à idéia de que os riscos serão repartidos entre as partes contratantes de acordo com o objeto do contrato, independentemente de aspectos subjetivos de cada qual. Assim, num primeiro momento, possível entender-se que essa objetividade implica na alocação de riscos entre os parceiros sem levar em conta a personalidade ou o regime jurídico, público ou privado, de cada um

infrações de maior gravidade previstas neste código e na legislação de consumo. § 1º A pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual.

¹²² Oportuno lembrar que a proteção dos direitos do consumidor, objetivo precípuo da Política Nacional das Relações de Consumo, deve, na hipótese de envolver usuários de serviços públicos, estar vinculada ao atendimento, dentre outros, ao princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos (Lei n. 8.078/90, art.4º, inc. VII).

¹²³ SHINOHARA, Daniel Yoshio e SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias público-privadas no Brasil*. São Paulo: Ed.Manole, 2008, p. 50.

dos parceiros, interpretação que poderia sugerir que o parceiro público assume determinados riscos nesse tipo de contratação despidido de sua condição estatal, igualando-se ao parceiro privado. Todavia, conforme será examinado no item 3.1, o parceiro público jamais se despe de suas prerrogativas públicas, ainda que celebre contratos de direito privado.

Além do que, lícito concluir que a natureza objetiva da repartição de riscos tem conotação de adequação (ou eficiência) e razoabilidade. Na distribuição de riscos em uma parceria público-privada, a assunção de determinado risco pelo parceiro que revelar maior capacidade de absorvê-lo a um custo menor implicará na redução de possíveis danos subjacentes¹²⁴. Em regra, nas parcerias público-privadas, o parceiro privado assumirá determinados riscos quando detiver melhores condições econômicas e habilidades técnicas para administrá-los, assumindo o parceiro público, em caráter residual, aqueles que seriam geridos de maneira inadequada ou ineficiente pelo parceiro privado¹²⁵.

Nos termos dos artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, as partes contratantes deverão definir, de maneira adequada e razoável, no próprio instrumento de contrato, os riscos que cada uma deverá assumir caso ocorram eventos imprevisíveis ou previsíveis, porém com resultados inesperados e incalculáveis, ou ainda inevitáveis. Ou seja, a lei delega ao contrato a repartição objetiva dos riscos entre os parceiros, permitindo que haja previsão de alocação de riscos caracterizados pela imprevisibilidade e/ou inevitabilidade.

Vale observar que o rol de áleas indicado no artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, não é taxativo, pois possibilita que seja incluída, no instrumento do contrato de parceria público-privada, qualquer outra que possa significar risco à execução de seu objeto, e permite à Administração Pública repartir com o parceiro privado qualquer risco decorrente de álea extraordinária.

¹²⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A repartição de riscos na parceria público-privada*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.157-171, out./dez. 2008, p.157.

¹²⁵ *Idem ibidem*, p.159.

Não obstante o caráter meramente exemplificativo desse rol de áleas, mostra-se adequada a não referência, pelo citado dispositivo (Lei n. 11.079/04, art.5º, inc. III), ao risco decorrente de *fato da Administração* na medida em que resulta da adoção de um comportamento contratual irregular adotado pelo parceiro público, sem qualquer contribuição por parte do parceiro privado. Nada impede, todavia, de que esse risco seja transferido, no contrato, ao parceiro privado, desde que seja ofertada garantia pelo parceiro público por eventuais prejuízos resultantes. A possibilidade de exploração de receitas acessórias, alternativas ou complementares pelo parceiro privado é, por exemplo, uma garantia que pode servir de meio eficaz a essa transferência de risco do parceiro público ao parceiro privado.

Por outro lado, não há como reconhecer a possibilidade de ser alocado ao parceiro público o risco decorrente de álea negocial ou empresarial — inerente a todo o tipo de negócio, esse tipo de álea é esperado e seu risco previsível, o que impõe seja assumido pelo parceiro privado.

Os demais riscos devem ser alocados ao parceiro que estiver mais apto a absorvê-lo, desde que essa alocação não acarrete reflexos significativos às obrigações reciprocamente assumidas no momento da contratação. Daí porque o legislador qualificou objetivamente a repartição de riscos nas contratações de parceria público-privada: há de ser adequada à capacidade de cada parceiro para suportar o ônus causado pelo risco assumido e razoável a ponto de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada.

Decorrência lógica da celebração de contratos de longa duração, como os de parceria público-privada, é a inviabilidade de que sejam previstas contratualmente todas as contingências ou todos os riscos possíveis de se verificarem durante o seu curso. Essa, aliás, a razão de o cumprimento dos contratos longevos estar diretamente ligado à adequada, razoável e eficiente alocação de riscos, imprescindível para garantir a estabilidade do ajuste. “*Valor jurídico essencial*”, a estabilidade contratual é mantida em contratos de longa duração mediante o prévio e detalhado planejamento, especialmente

quanto à identificação dos riscos que lhe são inerentes, a fim de dar-lhes expresso tratamento contratual¹²⁶.

É a adequada e razoável alocação de riscos no momento da celebração do contrato de parceria público-privada uma das garantias mais importantes à regular execução do objeto contratado.

¹²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p.138.

2. RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. A teoria das áleas nos contratos administrativos. 2.2. Conceitos de risco e de álea. 2.3. Tipos de riscos. 2.4. Tipos de áleas. 2.4.1. Caso fortuito. 2.4.2. Força maior. 2.4.3. Áleas administrativas. 2.4.3.1. Alteração unilateral do contrato. 2.4.3.2. Fato do príncipe. 2.4.3.3. Fato da Administração. 2.4.4. Áleas econômicas: teoria da imprevisão. 2.4.5. Sujeições imprevistas. 2.5. Responsabilidade pelos riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93. 2.6. Responsabilidade nas concessões de serviço público. 2.6.1. Aplicação da teoria dos riscos. 2.6.2. Execução do serviço público “por conta e risco” do concessionário: alcance da expressão.

2.1. A teoria das áleas nos contratos administrativos

A teoria tradicional das áleas funda-se na mutabilidade dos contratos administrativos, isto é, na possibilidade de virem a ser modificadas as condições contratuais originais, estabelecidas no momento da celebração do ajuste. Essas modificações podem resultar de fatos ou eventos denominados *áleas* que se verificam no curso da execução do contrato.

A probabilidade da ocorrência de uma *álea* durante a execução de um contrato administrativo que pode vir a dificultar ou impedir a execução do objeto contratado é o que se entende por *risco* ¹²⁷.

¹²⁷ Ou seja, embora a doutrina empregue o termo *álea* como sinônimo de *risco*, na realidade este decorre daquela. A toda *álea* corresponde um risco, o que não significa que sejam sinônimos.

De acordo com a sua previsibilidade, classificam-se as *áleas*, tradicionalmente, em ordinárias e extraordinárias. A álea normalmente esperada e previsível é denominada *ordinária*. É a inerente a todo tipo de negócio; daí porque também conhecida como *álea empresarial*. O risco de sua ocorrência é previsível e, por isso, há de ser assumido pelo particular contratado¹²⁸. A álea inesperada e imprevisível é denominada *álea extraordinária*, que pode ter natureza administrativa ou econômica.

A clássica doutrina aponta três modalidades de *álea extraordinária administrativa*: (i) a alteração unilateral do contrato decorrente do poder de atuar em consonância com o interesse público que é conferido à Administração; (ii) o *fato do príncipe* consistente em ato ou medida governamental de caráter geral que causa reflexos indiretos no contrato; e (iii) o *fato da Administração* que corresponde a uma ação ou omissão da Administração contratante que implica no atraso ou na impossibilidade de ser dada continuidade à execução do contrato.

Há, ainda, a *álea extraordinária econômica* que é fato ou evento imprevisível cuja ocorrência onera excessivamente o objeto do contrato, ensejando o restabelecimento das condições originariamente ajustadas ou se inviável tal providência, dando causa à rescisão contratual.

De acordo com o objeto do contrato, há riscos normalmente esperados e/ou previsíveis, e outros inesperados, imprevisíveis ou previsíveis de resultados incalculáveis. Os primeiros são os que decorrem da *álea ordinária*. Os inesperados, imprevisíveis ou previsíveis, mas de conseqüências incalculáveis, resultam das chamadas *áleas extraordinárias*, administrativas ou econômicas.

¹²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz interessante comentário sobre o entendimento adotado por alguns autores que responsabilizam a Administração pelos riscos decorrentes da álea ordinária nos contratos administrativos, dada a maior relevância que assumem em razão do porte dos empreendimentos e da consequente dificuldade na adequada previsão dos gastos. Para a citada autora, essa tese não lhe parece aceitável, “*pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária*” (*Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.277).

Nos contratos administrativos ou nos contratos celebrados pela Administração em geral, a aplicação da teoria tradicional das áleas implica na assunção, pelo particular, do risco que corresponde à álea ordinária ou empresarial, e, pela Administração, dos riscos decorrentes das áleas extraordinárias. Oportuno observar que a Administração Pública responde pelos riscos resultantes das áleas extraordinárias porque, ao celebrar contratos administrativos, seu objetivo precípua é atender os interesses e as necessidades da coletividade. Daí porque há de se responsabilizar pelos riscos que possam vir a ser causados no desempenho da finalidade pública que persegue.

Em regra, nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, o risco é assumido pela Administração Pública, uma vez que a execução do objeto do contrato — realização de determinada obra pública ou a prestação de um determinado serviço —, independe de a obra ou o serviço virem a ser efetivamente utilizados ou em que intensidade o serão¹²⁹.

Nas concessões comuns regidas sob a Lei nº 8.987/95, o risco, em regra, é assumido pelo concessionário, uma vez que inerente ao negócio, na medida em que consiste na manifestação normal do jogo da livre concorrência.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO sustenta que as parcerias público-privadas situam-se exatamente entre o modelo dos contratos da Lei nº 8.666/93 e o das concessões comuns da Lei nº 8.987/95, porque permitem uma divisão de riscos maior, entre o Poder Público e o concessionário, do que aquela referente a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*¹³⁰.

2.2. Conceitos de risco e de álea

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 707.

¹³⁰ *Idem ibidem*, p.707.

O vocábulo risco¹³¹, do italiano *rischio*, significa a possibilidade de perigo, incerto mas previsível, que ameaça de dano a pessoa ou a coisa.

Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “*em termos gerais, risco é o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se.*”¹³²

SILVIO RODRIGUES preleciona que “*o risco, no seguro de coisas, é representado pela circunstância de estar a pessoa exposta à eventualidade de um dano, ou de ter de reparar um dano causado a outrem.*”¹³³

Sob o aspecto econômico, risco é a análise do custo-benefício do empreendimento e de sua previsibilidade, que possibilita um ganho ou uma perda de dinheiro para o investidor¹³⁴. O risco “*ocorre quando há uma incerteza relevante, isto é, uma incerteza que afeta a esfera de interesses de um determinado sujeito.*”¹³⁵

Entende-se por *risco* a probabilidade da ocorrência de uma *álea* durante a execução de um contrato administrativo, que poderá trazer dificuldades para a sua concretização (*vide* item 2.1).

¹³¹ Segundo o *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa Michaelis* “risco *sm* (ital *rischio*) Possibilidade de perigo, incerto mas previsível, que ameaça de dano a pessoa ou a coisa. *R.bancário*, *Com*: o que decorre do negócio entre banqueiros ou entre o banco e os correntistas. *R.profissional*, *Dir*: perigo inerente ao exercício de certas profissões, o qual é compensado pela taxa adicional de periculosidade. *A risco de*, *com risco de*: em perigo de. *A todo o risco*: exposto a todos os perigos. *Correr risco*: estar exposto a.”

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.279.

¹³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Vol.3 – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 338.

¹³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Riscos, incertezas e concessões de serviço público*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p.35-50, out./dez. 2007.

¹³⁵ NESTER, Alexandre Wagner. *O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas*. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; p.174-195; p.178.

Álea, por sua vez, é todo o fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação¹³⁶, cuja possibilidade de ocorrência é circunstância geradora de um *risco*. Ou seja, a *álea* traz ínsita em seu conceito o *risco*.

Em textos jurídicos, o termo *álea* é empregado no âmbito de contratos para significar *risco*: a cada *álea* corresponde um *risco* que causará uma maior ou menor interferência na execução de um contrato, podendo leva-lo à situação extrema de inviabilizar sua continuidade. Os termos não são sinônimos, vez que o *risco* surge como consequência ou efeito de uma *álea*.

2.3. Tipos de riscos

Diversos são os riscos possíveis e freqüentes observados nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, todos eles comuns aos riscos associados aos contratos de parceria público-privada. Todavia, em contratos de longa duração como as concessões comuns e as parcerias público-privadas, outros riscos mostram-se relevantes para a garantia da execução dos respectivos objetos contratados.

As classificações doutrinárias dos riscos — especialmente nos contratos de concessão comum e nos de parceria público-privada que envolvem aspectos de múltiplos ramos do direito público e do direito privado — variam conforme o enfoque disciplinar recebido.

Assim, por exemplo, fala-se em risco político, de construção, cambial, financeiro, comercial e operacional¹³⁷, no âmbito do direito econômico.

¹³⁶ A literatura indica sua origem na célebre frase dita por *Gaius Iulius Caesar* (Júlio César) ao atravessar o rio Rubicon: "*Alea jacta est*" ("a sorte está lançada").

¹³⁷ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e NEVES, Cesar das. *PPP- Parceria Público-Privada: riscos e mitigações em operações estruturadas de investimentos de infraestrutura*. Revista do BNDES, v.12, n. 23, p.73-118, 2005, p.96.

MARÇAL JUSTEN FILHO, ao tratar do fim a que se orienta a concessão, faz menção ao *risco de conflito* ou *risco de contradição* que entende decorrer do fato de “a adequação do serviço exigir a sua compatibilidade com a realização de diversos fins, relacionados com os valores de segurança e eficiência (inclusive econômica)”¹³⁸. Para o autor citado, a realização de determinadas providências de melhoria (a que denomina “valores”), tais como segurança, eficiência e modernização dos serviços públicos, acaba por acarretar a elevação das tarifas, em sacrifício do respectivo dever de modicidade. Ou seja, o atendimento de certas exigências destinadas à melhoria na prestação do serviço público encarece o custo final e implica na cobrança de tarifas mais elevadas¹³⁹ e, portanto, deve ser tido como fator de risco.

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA aponta o *risco ordinário do empreendimento* de concessão de serviço público como inerente ao próprio negócio, condicionado à “cobrança de tarifas em volume suficiente para prestar o serviço (e construir obras, sendo o caso), amortizar o investimento, produzir lucro e remunerar os investidores. A delimitação teórica do risco extraordinário, por outro lado, emerge de dispositivos da Constituição e da Lei n. 8666 e da Lei n. 8987”¹⁴⁰.

ALEXANDRE WAGNER NEXTER também destaca o *risco do empreendimento* nas parcerias público-privadas, classificando-o como normal quando inerente ao próprio empreendimento, e, extraordinários, “que não podem ser antevistos com base na técnica vigente é época da contratação; ou aqueles que, embora possam ser previstos, possuem conseqüências inclaculáveis (art.65, II, d, da Lei 8.666/93)”¹⁴¹. Em seu interessante artigo, o autor examina, de maneira geral, riscos secundários que classifica, segundo a doutrina,

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.308.

¹³⁹ *Idem ibidem*, p. 308.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2007, p.169.

¹⁴¹ NEXTER, Alexandre Wagner. *O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.174-195; p.189.

em: (i) sistemáticos (ou não-específicos ou de mercado), decorrentes das mudanças gerais das condições de um determinado sistema econômico, a exemplo das mudanças na taxa de consumo de um determinado produto ou serviço, ou pela alteração de preço de determinado insumo essencial; e (ii) riscos não-sistemáticos (ou específicos), associados a um determinado bem, empresa ou segmento do mercado que não causam impacto no mercado como um todo, mas apenas em determinados componentes, tais como a introdução de um novo produto, o esgotamento de uma jazida mineral, ou a descoberta de problemas geológicos no caso de uma construção.

MARCOS AUGUSTO PEREZ, em excelente estudo sobre os riscos mais frequentes observados nos contratos de concessão, classifica-os em: (i) riscos econômico-financeiros; (ii) riscos jurídicos; (iii) riscos políticos; e (iv) riscos legislativos (alteração de lei)¹⁴².

Em contratos que envolvem financiamento de projetos, a exemplo dos estruturados sob o regime de parceria público-privada, o *risco de construção* mostra-se relevante e está associado “à conclusão das obras e aquisição do maquinário necessário a tornar o empreendimento financiado apto a operar comercialmente”¹⁴³. Vale assinalar que variadas situações que exigem maior atenção decorrem desse *risco de construção*, consideradas *riscos secundários*, que podem compreender, dentre outros: (i) a demora na conclusão da obra; (ii) a implementação de custos além dos originalmente previstos; (iii) perda na qualidade da conclusão da obra; (iv) irregularidade técnica na conclusão da obra ; (v) risco de danos a terceiros ou usuários; (vi) risco de falhas mecânicas ou de defeitos em equipamentos; (vii) riscos imponderáveis, tais como força maior, caso fortuito e fato do príncipe.

Especificamente no contrato de parceria público-privada, o *risco de qualidade do objeto do contrato* é apontado como uma de suas peculiaridades¹⁴⁴. Deve ser assumido

¹⁴² PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p.146-170.

¹⁴³ ENEL, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p.197.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed.Saraiva, 2010, p.789.

pelo parceiro privado que tem a obrigação de ofertar um serviço de qualidade e acaba por lhe acarretar resultados econômicos mais favoráveis mediante a elevação do nível de qualidade oferecido (*vide* item 3.2.1).

O risco de suprimento de matéria-prima e insumos, o risco de demanda e preço do produto final (mercado), o risco de operação, o risco de manutenção/falha mecânica dos equipamentos, o risco de força maior e caso fortuito, o risco país, o risco de governo (quebra de contrato crédito público), o risco institucional (judiciário, risco regulatório, mudança de lei), o risco cambial, o risco residual de crédito, são outros riscos de possível ocorrência no financiamento de projetos, apontados por JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI nos contratos de maneira geral¹⁴⁵.

Em contratos de longa duração, o *risco político* assume importante interesse para o setor privado porque “*invariavelmente presente nos projetos financiados no Brasil*”¹⁴⁶. Também chamado de *risco país*, constitui-se “*de uma gama de riscos associados às ações ou omissões do Poder Público brasileiro ou ainda a variáveis macroeconômicas que podem influir negativamente no sucesso do empreendimento.*”¹⁴⁷ Risco político é o que decorre da mudança da vontade governamental por motivos políticos. A Administração Pública, no uso de suas prerrogativas e por influências sócio-políticas, decide não mais dar continuidade a determinada contratação.

2.4. Tipos de áleas

¹⁴⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p. 200-213.

¹⁴⁶ *Idem ibidem*, p.203.

¹⁴⁷ *Idem ibidem*, p.203.

A doutrina¹⁴⁸ classifica as áleas em (i) ordinária, (ii) extraordinária administrativa nas modalidades de alteração unilateral, fato do príncipe e fato da Administração, e (iii) extraordinária econômica.

A *álea ordinária*, também chamada *álea empresarial*, corresponde ao risco normal do negócio, inerente à própria atividade econômica e presente em qualquer tipo de empreendimento.

A *álea extraordinária administrativa* corresponde ao risco decorrente de atos praticados pela Administração Pública, quer como parte da relação contratual — mediante uso do poder unilateral de alteração do contrato ou mediante descumprimento de obrigação assumida no contrato (*fato da Administração*) — quer no exercício extracontratual de seu poder de império, mas com reflexos naquela relação.

A *álea extraordinária econômica* corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja etiologia acaba por ser desconhecida, tais como as crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio.

O *caso fortuito* e a *força maior* também são áleas extraordinárias que trazem alterações em contratos, muitas vezes, inviabilizando a continuidade de sua execução. Tais eventos vêm referidos no Código Civil, no Título “Do Inadimplemento das Obrigações”, no artigo 393, como causas excludentes de responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes, salvo se o devedor “*expressamente não se houver por eles responsabilizado*”¹⁴⁹.

No direito privado não há distinção entre *caso fortuito* e *força maior* quanto às suas consequências ou efeitos decorrentes. Conceitualmente, o *caso fortuito*, em regra, advém de fato ou ato humano, alheio à vontade das partes, tais como uma greve, um

¹⁴⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Marçal Justen Filho, Alexandre Santos de Aragão, dentre outros.

¹⁴⁹ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

motim, uma guerra; a *força maior* é álea relacionada a eventos da natureza, a exemplo de raios, terremotos, chuvas torrenciais que não envolvem ato omissivo por parte da Administração Pública, etc. O tratamento jurídico, a seu turno, é idêntico, pois ambos eventos são causas excludentes de responsabilidade caracterizadas pela inevitabilidade ou impossibilidade de terem suas ocorrências impedidas.

No âmbito do direito público tais áleas não recebem o mesmo tratamento jurídico, conforme considerações deduzidas nos itens 2.4.1 e 2.4.2 abaixo.

2.4.1. Caso fortuito

O *caso fortuito*, ao lado da *força maior*, é acontecimento que gera efeitos no âmbito da responsabilidade civil pública. É o evento humano¹⁵⁰ inevitável porque de causa desconhecida, cuja ocorrência gera efeitos nos contratos, dificultando ou impedindo sua continuidade.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em sua obra “*Da responsabilidade civil*”, cita o trabalho de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, intitulado “*Caso fortuito e teoria da imprevisão*”, como o mais completo estudo a respeito do tema, ressaltando a conclusão por este alcançada a respeito da inutilidade da distinção entre os institutos e da sinonímia das expressões¹⁵¹. E conclui que uma vez desaparecido o nexo causal, não é possível falar-se em obrigação de reparar.

Realmente, no âmbito do direito privado, os institutos da força maior (*vis maior*) e do caso fortuito (*casus vel damnum fatale*) “*atuam como escusativa de responsabilidade quando se demonstra que o fato aconteceu de tal modo que as suas*

¹⁵⁰ Caio Mário da Silva Pereira conceitua *caso fortuito* como sendo um acontecimento natural derivado da força da natureza, apontando como exemplos o terremoto, o temporal ou a inundação (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.304). Hely Lopes Meirelles comunga de igual entendimento conceitual (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p.245).

¹⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p.935.

*consequências danosas não puderam ser evitadas pelo agente, e destarte ocorreram necessariamente*¹⁵², ou seja, ambos os institutos têm idêntico tratamento quanto aos seus efeitos, exceção feita pelo Código Civil de 2002 à responsabilidade do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e às suas bagagens em que apenas a força maior é reconhecida como causa excludente (CC, art.734¹⁵³).

No âmbito do direito público há quem entenda que *caso fortuito* e *força maior* constituem eventos semelhantes, com efeitos idênticos de exclusão ou desoneração da responsabilidade civil¹⁵⁴.

MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo, dá idêntico tratamento ao *caso fortuito* e à *força maior*, afirmando que ambos os institutos afastam, “*em todos os setores do direito*”, a responsabilidade civil. Conceitua-os como “*causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento*”, que ensejam a não responsabilização do Estado, desde que este tenha adotado todas as cautelas derivadas do seu dever de diligência. No caso de ocorrência de um dano tendo como causa um *caso fortuito* ou uma *força maior*, com conduta concorrente do Estado, será ele responsabilizado civilmente pela recomposição do *status quo ante*, *ex vi* da infringência ao seu dever de diligência¹⁵⁵.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO refere-se unicamente à *força maior*, incluindo em seu conceito hipóteses de *caso fortuito*. Ao discorrer sobre uma das causas de retomada do serviço público concedido esclarece que, na categoria de acontecimento imprevisível ou previsível, porém inevitável pelas partes, encontram-se tanto os clássicos casos da *vis major*, a exemplo das epidemias, greves, revoluções, guerras, cataclismos,

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.304-305.

¹⁵³ *Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.*

¹⁵⁴ Na obra de Hely Lopes Meirelles o caso fortuito recebe idêntico tratamento ao da força maior quanto ao retardamento ou o impedimento da execução do contrato em decorrência de um ou de outro, possibilitando à parte, que não contribuiu para esse resultado, “*invocá-lo para eximir-se das consequências da mora ou para obter a rescisão do ajuste, sem qualquer indenização, cabendo-lhe sempre o ônus da prova.*”(Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p.235).

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva Ed., 2010, p.1261.

quanto também os casos que recaem sobre a pessoa do concessionário e o impedem de prestar o serviço contratado, tais como seu falecimento ou interdição, se pessoa física, ou falência ou extinção, se pessoa jurídica¹⁵⁶.

Não obstante tais entendimentos, não há como confundir o *caso fortuito* e a *força maior* quer conceitualmente, quer pelos seus efeitos, ainda que se adote o clássico conceito de *caso fortuito* que nos é dado pela jurisprudência, caracterizado pela imprevisibilidade ou inevitabilidade¹⁵⁷.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que, ao contrário da *força maior* em que não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração, o *caso fortuito* não exclui a responsabilidade do Estado, pois é acontecimento que decorre de ato humano ou de falha da Administração¹⁵⁸.

RUTH HELENA PIMENTEL DE OLIVEIRA aponta a interioridade e a indeterminação como características do *caso fortuito*, asseverando que o dano deste decorre de uma causa interna à própria atividade, razão pela qual o *caso fortuito* é confundido com o mau funcionamento do serviço ou falha em sua prestação. E pondera a autora que o *caso fortuito* não configura causa de exoneração da responsabilidade estatal porque, para a teoria do risco, está incluído no risco do serviço¹⁵⁹.

EDMIR NETTO DE ARAÚJO destaca que no *caso fortuito*, diferentemente do que ocorre na *força maior*, a causa é desconhecida e decorre de falha mecânica do

¹⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p.496.

¹⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 936.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.652.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.173-174.

funcionamento do aparelhamento estatal, o que implica na impossibilidade exoneratória na hipótese de responsabilidade baseada no risco¹⁶⁰.

JEAN RIVERO distingue o *caso fortuito* da *força maior* porque entende que naquele [*caso fortuito*] a causa permanece desconhecida, podendo, em certas hipóteses, ser prevista, afastando, assim, a possibilidade de exclusão da responsabilidade fundada no risco, o que não ocorre na *força maior*, fenômeno da natureza sempre imprevisto, inevitável e irresistível¹⁶¹. A imprevisibilidade, aliás, não é considerada requisito necessário para ambos os eventos porque não raras vezes, mesmo previsíveis, *surgem como forças indomáveis e irresistíveis*¹⁶².

2.4.2. Força maior

Considerada causa excludente da responsabilidade, a *força maior* é evento inevitável da natureza¹⁶³. A exclusão da responsabilidade se dá por ausência do nexo causal entre o evento danoso e a conduta do agente, uma vez que sua ocorrência independe da vontade humana.

¹⁶⁰ Interessante exemplo de caso fortuito nos é dado por Edmir Netto de Araújo: “(...) imaginemos que, por uma causa qualquer, durante uma intervenção cirúrgica, se queime o refletor de uma sala de operações do Hospital das Clínicas, autarquia estadual paulista, não havendo outro de emergência. No escuro, enquanto se providencia a troca, o paciente vem a falecer de hemorragia, ou sofre lesões irreparáveis. O Estado, ao desempenhar seus serviços, assume o risco de, nas falhas mecânicas do funcionamento de seu aparelhamento, vir a prejudicar o administrado. São coisas a seu cargo, a seu serviço, ou mesmo à sua guarda.. (...) nesse caso se forma a relação de responsabilização estatal, fundada justamente no risco assumido pelo Estado. Estabelece-se o nexo causal com o dano, e sua referibilidade à Administração.” (Curso de direito administrativo. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010, p.782).

¹⁶¹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*, Paris: Dalloz, 1977, p.259.

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.304.

¹⁶³ OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.171.

JOSÉ DE AGUIAR NETO entende que “a força maior se verifica em face da impossibilidade absoluta da prestação ou do cumprimento do dever que incumbe ao agente e não quando essa prestação se torna mais difícil ou onerosa.”¹⁶⁴

Para ANDRÉ DE LAUBADÈRE “A força maior é um evento exterior, independente da vontade dos contratantes, que interfere na execução do contrato. Sua ocorrência produz o efeito de liberar o contratante de sua obrigação.”¹⁶⁵ Para que um evento possa ser caracterizado como decorrente de *força maior*, é necessário que ele tenha sido resultado de fato absolutamente independente da vontade dos contratantes, imprevisto e imprevisível, e, ainda, que dê causa à total impossibilidade de execução do contrato. A liberação do cocontratante não se verifica por simples dificuldades, mas sim por uma impossibilidade incalculável¹⁶⁶.

A *força maior* é um acontecimento estranho à vontade humana, consistente em um fato externo, irresistível e imprevisível, cuja ocorrência exclui a responsabilidade pelos danos que causa. Possui uma “*causa conhecida, irresistível e inelutável, impossível de ser contida pela potencialidade humana*”¹⁶⁷. Sua ocorrência elide a responsabilidade civil estatal por absoluta ausência do nexo de causalidade.

2.4.3. Áleas administrativas

Atos ou fatos praticados pela Administração Pública que, de alguma forma, possam causar algum tipo de interferência na execução dos contratos administrativos, são denominados *áleas administrativas*.

¹⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2006, p.936.

¹⁶⁵ “*La force majeure est un événement extérieur, indépendant de la volonté des contractants et empêchant l’exécution du contrat. Lorsqu’un tel événement se produit il a pour effet de libérer le contractant de son obligation.*” (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1953, p.449).

¹⁶⁶ “*Le cocontractant n’est pas libéré par de simples difficultés mais par une impossibilité insurmontable.* (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1953, p.450).

¹⁶⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.781.

Toda a atuação administrativa deve ter como finalidade precípua o atendimento aos interesses da coletividade. Assim, nos contratos celebrados entre a Administração Pública e o setor privado, o interesse público pode exigir a adoção de medidas administrativas que acarretem, direta ou indiretamente, alterações significativas no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, modificando, de tal sorte, as condições originalmente estabelecidas pelos contratantes a ponto de mostrar-se imprescindível a realização de uma revisão contratual para o restabelecimento desse equilíbrio.

A Administração Pública pode, por exemplo, ver-se obrigada a alterar determinada cláusula contratual para melhor adequá-la à sua conveniência ou oportunidade, em face de certas exigências públicas supervenientes à celebração do ajuste. É o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular que confere aos contratos administrativos a característica da mutabilidade e que permite à Administração Pública realizar alterações em busca do atendimento às necessidades dos administrados. É o denominado *poder de alteração unilateral da Administração Pública*. Caso a alteração administrativa cause o desequilíbrio da equação econômico-financeira estabelecida no momento da celebração do contrato, a Administração Pública assume o dever, em contrapartida, de restabelecer o *status quo ante*.

Esse poder de alteração unilateral do contrato administrativo, indiscutivelmente, é um risco que o particular sabe existir quando contrata com o Poder Público na medida em que, a qualquer momento no curso da execução do objeto do contrato, pode vir a ocorrer, modificando de forma substancial as condições inicialmente ajustadas e tornando a continuidade da execução praticamente inviável. Em contratos administrativos de longa duração pode-se inferir tratar-se de um risco previsível, de resultados incalculáveis. A Lei nº 8.666/93, no artigo 65, inciso II, alínea d, prevê a hipótese de impossibilidade de previsão de efeitos de um evento futuro inevitável, incorporando, assim, outro pressuposto de aplicação da teoria da imprevisão¹⁶⁸. Ou seja, ainda que o evento seja previsível, mas de efeitos incalculáveis ou inestimáveis, a situação

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ed.Dialética, 2003, p.402.

deverá ser submetida à aplicação da teoria da imprevisão. Fala-se, assim em álea administrativa decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo.

Possível, também que a Administração Pública deixe de cumprir alguma de suas obrigações contratuais, na condição de parte contratante, acarretando, com isso, a dificuldade na execução do contrato pelo particular, ou, até mesmo, a inviabilidade da continuidade dessa execução. A falta de pagamento das parcelas de responsabilidade da Administração Pública, ou o atraso exacerbado do pagamento dessas prestações, ou ainda, a não entrega do local da obra ou serviço, são eventos que podem levar à suspensão da execução do contrato pelo particular ou à própria impossibilidade de execução. Por óbvio, a suspensão ou paralisação da execução do contrato decorre do descumprimento obrigacional da Administração Pública e enseja ao particular direito à recomposição ou à indenização. Cuida-se, nessa hipótese, de álea administrativa decorrente de *fato da Administração*.

O risco advindo do *fato da Administração* é imprevisível, na medida em que, no ato de contratar, ambas as partes, independentemente de uma delas adotar posição preponderante em razão de sua finalidade pública, assumem obrigações e direitos recíprocos com pretensões de boa-fé quanto ao respectivo cumprimento.

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, ou a inviabilidade de sua execução, pode ainda decorrer da adoção de medidas administrativas de caráter geral que, indiretamente, causem alteração significativa das condições fixadas no momento da contratação. A elevação do valor de um determinado imposto incidente sobre insumos exigidos na execução do contrato é exemplo clássico do que a doutrina denomina *fato do príncipe*. A medida tem caráter geral porque não é adotada pela Administração Pública na condição de parte contratante; ela, apenas de maneira indireta, repercute no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podendo levar, até, à sua inexecução. Em sendo de natureza geral e indireta, a responsabilidade da Administração Pública decorrente do *fato do príncipe* há de ser considerada extracontratual¹⁶⁹.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.280.

Tal qual o *fato da Administração*, o risco oriundo do *fato do príncipe* é imprevisível, especialmente em contratos de longa duração que estão sujeitos a diversas mudanças no cenário político ao longo do tempo de sua execução.

2.4.3.1. Alteração unilateral do contrato.

A teoria do contrato administrativo no direito brasileiro foi baseada no direito francês em que é aplicado o princípio da mutabilidade¹⁷⁰. Por meio deste, a Administração, em razão do interesse público, possui o poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo, compensando o concessionário pelos prejuízos suportados, mediante pagamento de indenização.

A característica de mutabilidade do contrato administrativo decorre do reconhecimento da supremacia da Administração que detém o poder de inovar, unilateralmente, as normas de serviço, adequando-as ao interesse da sociedade. Esse poder resulta do dinamismo do regime publicista do contrato administrativo¹⁷¹. Não pode, a Administração Pública, deixar de exercitá-lo se assim o exigir o interesse público, ainda que não haja previsão contratual a respeito¹⁷².

A mutabilidade é uma peculiaridade do contrato administrativo que afeta não somente sua execução, como também as prestações devidas pelo cocontratante particular¹⁷³.

¹⁷⁰ Criado pelo Conselho de Estado Francês como resultado de dois julgados: (i) *Gaz de Deville-lés-Roeun*, de 1.902; e (ii) *Compagnie Générale Française de Tramways*, de 1.910.

¹⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2007, p.213.

¹⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.398-411.

¹⁷³ Segundo Hector Jorge Escola, “*Los contratos administrativos presentan la singularidad de que en ellos una de las partes contratantes – la administración pública – tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo la ejecución de esos contratos y variando las*

Ao usar seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração Pública fica obrigada, em respeito ao direito do particular contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e tendo em vista o alcance da finalidade pública visada, a realizar a necessária revisão do contrato para restabelecer as condições originariamente estabelecidas no ajuste¹⁷⁴.

Esse poder de alteração unilateral do contrato, portanto, encontra limites na adequação às finalidades de interesse público e no direito do contratado à preservação do equilíbrio econômico-financeiro ajustado no início da contratação. É o que se depreende, aliás, do disposto no artigo 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93¹⁷⁵.

Com efeito, a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, no uso de poder que lhe é conferido pelo próprio ordenamento jurídico em atenção à finalidade pública perseguida, é álea que pode acarretar evidente gravame ao particular contratado, podendo levá-lo até à impossibilidade de dar continuidade à execução do contrato. Por certo, esse poder da Administração Pública não é ilimitado, e, uma vez utilizado, faz exsurgir o direito do contratado de ser compensado pelo desequilíbrio a que não deu causa.

2.4.3.2. Fato do príncipe.

Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.”¹⁷⁶

prestaciones debidas por el cocontratante particular.” (Compendio de derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1990, p.675).

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p.221.

¹⁷⁵ Art.58. *O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.*

Se a ocorrência do *fato do príncipe* tornar intolerável e impeditiva a execução do contrato, fica o Poder Público contratante obrigado a compensar, de forma integral, os prejuízos suportados pelo particular contratado, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução (*álea administrativa extraordinária e extracontratual*). Caso não mais seja possível dar-se continuidade à execução, o contrato será rescindido e o Poder Público responderá pela indenização consequente.

O *fato do príncipe* é um fato lícito e legítimo. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define-o como “*agravo econômico resultante de medida tomada sob titulação diversa da contratual, isto é no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na econômica contratual estabelecida na avença*”¹⁷⁷.

Qualquer medida estatal de ordem geral, sem relação direta com o contrato, que produza reflexos sobre ele, dificultando ou impedindo a sua execução, é considerada *fato do príncipe*. Sua ocorrência acarreta desequilíbrio da equação econômico-financeira originalmente ajustada, trazendo dificuldade ou óbice à continuidade do contrato e fazendo surgir, para o contratado prejudicado, o direito à *recomposição patrimonial* do equilíbrio violado e, na impossibilidade de restabelecê-lo, o direito à rescisão do contrato, com ressarcimento das perdas e danos ¹⁷⁸.

O *fato do príncipe* é acontecimento vinculado à autoridade pública¹⁷⁹. É toda a intervenção do Poder Público, de caráter geral, que tenha reflexos econômicos sobre as

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p.246.

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

¹⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Ed.Forense, 2009, p.191.

¹⁷⁹ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. nº 1042, p.620, *apud* MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III – A: *Contratos administrativos: teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.476.

condições estabelecidas num contrato administrativo existente. Encontra seu fundamento na álea administrativa e pode resultar de ato de qualquer órgão estatal¹⁸⁰.

A criação de novos impostos, a edição de leis sociais, a proibição à importação de determinado produto essencial à execução do contrato, a adoção de medidas governamentais econômicas ou financeiras que causem verdadeira alteração no conteúdo do contrato ou de alguma circunstância que lhe seja essencial, são exemplos de *atos do príncipe* que justificam a recomposição da equação econômico-financeira originariamente estabelecida.

Ao celebrar um contrato administrativo, a Administração Pública o faz por meio de suas diferentes personalidades jurídicas — Fazenda Nacional, Estadual e Municipal — razão pela qual somente o ato emanado da mesma autoridade estatal que participa do contrato é que pode ser considerado *ato do príncipe*¹⁸¹.

2.4.3.3. Fato da Administração.

Toda a atuação da Administração Pública, na qualidade de parte contratante, que acarrete o desequilíbrio econômico-financeiro ou torne inviável a execução do contrato deve ser entendida como *fato da Administração*.

Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “o *fato da Administração* compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte

¹⁸⁰ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo – Tomo III- A Contratos administrativos – Teoria general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.477.

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.280.

contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico.”¹⁸²

Exemplo clássico de *fato da Administração* é o de não ser realizada, pelo Poder Público, a desapropriação da área em que a obra deverá ser executada¹⁸³, levando, assim, à inviabilidade de execução pelo particular ou à suspensão escusável da execução.

A consequência direta do fato da Administração é afetar a execução do contrato administrativo, dificultando-a ou impedindo-a¹⁸⁴. O cumprimento do contrato torna-se impossível (efeito impeditivo), ou a execução do objeto do contrato apresenta muito maiores dificuldades do que as previstas (efeito dificultador), levando à necessidade de recomposição contratual ou, até mesmo, à rescisão indenizada.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO refere-se ao *fato da Administração* como “a conduta transgressora do contrato” e cita como exemplos o retardamento de pagamento, a não liberação tempestiva do início das obras e a omissão em efetuar as desapropriações que condicionam a realização das obras. E, conceitua-o “como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado.”¹⁸⁵

2.4.4. Áleas econômicas: teoria da imprevisão.

¹⁸² *Idem ibidem*, p.280.

¹⁸³ Exemplo dado por Hely Lopes Meirelles, para quem *fato da Administração* é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificadamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução.” (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p.247).

¹⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed.Forense, 2009, p.192.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.641.

Todo evento externo ao contrato, não previsto pelas partes e inevitável, ensejador de um desequilíbrio exacerbado na equação econômico-financeira estabelecida originariamente, é denominado *álea econômica*. A excessiva onerosidade à continuidade da execução do objeto do contrato causada por álea econômica extraordinária, imprevisível e inevitável, que pode levar à ruína o particular contratado, implica na incidência da antiga cláusula *rebus sic stantibus* que, atualmente, recebeu a nova denominação de *teoria da imprevisão*¹⁸⁶, para restabelecer a equação original estabelecida no momento do ajuste entre as partes.

Conquanto a teoria da imprevisão seja aplicável a todos os contratos administrativos, é nas concessões de serviço público que encontra seu “*terreno por excelência*”¹⁸⁷, por força da longa duração contratual aliada ao princípio da continuidade do serviço público.

A Lei nº 8.987/95, em seu art.9º, §§ 3º e 4º, prevê a aplicação da teoria da imprevisão para que, no curso de toda a duração contratual, seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão comum, evitando assim que um fato imprevisível e inevitável venha a tornar inviável a continuidade da execução do contrato pelo particular, sujeitando-o à ruína.

A aplicação da teoria da imprevisão é eficiente instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que garante ao particular contratante, num contexto de instabilidade econômica, a manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas ou o ressarcimento pela inexecução contratual.

2.4.5. Sujeições imprevistas

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.652.

¹⁸⁷ TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.63/64/65, jan./set. 1961.

Durante a execução do contrato administrativo, podem ocorrer *interferências imprevistas* a que os autores franceses chamam *sujétions imprévues*.

Os denominados *atos imprevistos* ou *interferências imprevistas*, ou ainda, *sujeições imprevistas*¹⁸⁸, são acontecimentos de ordem material que as partes contratantes desconhecem no momento da celebração do contrato administrativo,¹⁸⁹ embora já existam nessa ocasião, cuja ocorrência se dá de maneira surpreendente durante a execução. São eventos anteriores à contratação, porém revelados apenas posteriormente.¹⁹⁰, que dificultam ou oneram, de maneira excepcional, a continuidade dos trabalhos.

Diferem de outros eventos supervenientes ao momento do ajuste contratual, tais como caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da Administração, porque, não obstante a superveniência de seu surgimento, preexistem naquela oportunidade.¹⁹¹

Conquanto não sejam fatos impeditivos da execução do contrato administrativo, a ela acrescem dificuldades que acarretam o respectivo desequilíbrio econômico-financeiro, levando, em consequência, à recomposição das condições fixadas quando da celebração do contrato.

Não obstante inexistir previsão legal a respeito, os fatos imprevistos devem receber idêntico tratamento jurídico àquele dado aos outros fatos supervenientes e imprevisíveis, ou de resultados incalculáveis, é a solução jurídica para o restabelecimento do *status quo ante*.

¹⁸⁸ *Sujétions imprévues*, no direito francês.

¹⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.285.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.526.

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p.236-237.

2.5. Responsabilidade pelos riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93

O inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida faz nascer a responsabilidade, que tem como garantia o patrimônio do devedor. Responsabilidade é, portanto, consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional¹⁹².

Assim, na ocorrência de fatos que alterem de forma substancial as condições contratuais fixadas no momento do ajuste, a parte que assumiu o risco pela ocorrência desse evento será a responsável patrimonialmente pelos danos dele decorrentes.

Daí a importância da distribuição adequada dos riscos entre as partes que celebram um contrato. Distribuir adequadamente riscos é uma questão de eficiência econômica¹⁹³.

É o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, consagrado constitucionalmente, que faz com que a Administração Pública assuma a maior parte dos riscos decorrentes dos contratos, sem compartilhá-los com o particular contratado. No momento em que ocorre o desequilíbrio da equação em contratos de obra e de prestação de serviços comuns, é a Administração Pública que, por força do disposto no artigo 65¹⁹⁴, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, deve se responsabilizar

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil esquematizado*. Vol.I ; São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p.448.

¹⁹³ RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p.122.

¹⁹⁴ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem

responsabilizar pelos riscos de força maior, de caso fortuito e de fato do príncipe, além do fato da Administração. Isso porque, tais riscos são excluídos da álea ordinária dos contratos, já que existe uma ampla proteção ao particular contratado que prevê revisão e/ou reajuste dos termos do contrato, com base no disposto nos artigos 9º, §§ 2º e 3º, 18, inciso VIII, e 23, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

O risco decorrente da alteração dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, em razão da superveniência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou a ocorrência de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual¹⁹⁵, em regra, é assumido pela Administração Pública, ficando reservado ao particular contratado o risco ordinário, inerente ao negócio objeto do contrato.

A Administração Pública assume os riscos advindos das áleas extraordinárias porque, nos contratos administrativos, a execução do objeto do contrato — realização de

fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998). I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998). II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998). § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo. § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. § 7º (VETADO) § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

¹⁹⁵ Vide art.65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93.

determinada obra pública ou a prestação de um determinado serviço —, independe de a obra ou o serviço virem a ser efetivamente utilizados ou em que intensidade o serão¹⁹⁶.

O risco deve ser assumido por quem está diretamente relacionado com o fato que lhe dá causa.

De acordo com o artigo 65 da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública assume riscos, em contratos de obras e de prestação de serviços comuns, toda a vez que forem eles decorrentes: (a) da modificação unilateral que aumente os encargos do particular contratado (§ 5º); (b) da modificação da legislação que repercuta nos preços contratados; (c) e de eventuais danos verificados em caso de supressão de obras por determinação da Administração (§ 4º).

2.6. Responsabilidade pelos riscos nas concessões de serviço público

Pressuposto do contrato de concessão é a “*reciprocidade ou bilateralidade de prestações: o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e o concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do convênio entre ambos concluído*”¹⁹⁷.

Para dar cumprimento à obrigação assumida por força do contrato de concessão, o concessionário deve assumir os riscos resultantes do desempenho de sua atividade negocial durante a prestação do serviço concedido. No caso das concessões comuns de serviço público, regidas sob a Lei nº 8.987/95, o risco decorrente da *álea ordinária*, em regra, é significativamente mais elevado do que nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, em razão de sua longa duração e do vultoso

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPPS — no direito positivo brasileiro*. REDAE, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador.

¹⁹⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p.81.

aporte de capital exigido para a realização de grandes projetos públicos. Esse risco deve ser assumido pelo concessionário porque consistente na manifestação normal da livre concorrência, inerente ao negócio contratado.

No regime da concessão comum, o particular, embora assuma a obrigação de executar o objeto do contrato e se responsabilize pelos riscos inerentes a essa execução, não é quem dita as regras principais do serviço público a ser prestado. A definição do projeto e das diretrizes básicas operacionais, ou seja, a gestão do empreendimento é do poder concedente, titular do serviço concedido.¹⁹⁸ Este assume a responsabilidade por todas as decisões relacionadas com a oferta, operação e expansão do serviço, restando ao particular, tão somente, a assunção dos riscos pela implementação das decisões daquele [poder concedente].

2.6.1. Aplicação da teoria do risco

A *teoria do risco* é aplicada através da *teoria do fato do príncipe*, o que acarreta integral indenização pelo poder concedente em situações que, embora sem relação direta com um determinado contrato administrativo, alteram as condições estabelecidas no momento de sua celebração, uma vez que o indevido ônus ao particular contratado teve como causa ato de caráter geral da Administração.

A aplicação da *teoria da imprevisão* também é corolário da *teoria do risco* quanto à ocorrência da *álea econômica* que corresponde a fatos conjunturais, (crises econômicas, por exemplo), que causam substancial modificação das condições contratuais originais. Mediante a aplicação da *teoria da imprevisão*, os prejuízos advindos da *álea econômica* são partilhados entre o Poder Público e o particular contratado.

¹⁹⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. *A experiência brasileira nas concessões de serviço-público e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros Ed.; p. 159-181.

A *teoria do risco* não alcança a denominada *álea ordinária*. A responsabilidade por eventuais perdas ou vicissitudes relacionadas a uma atividade empresarial ou a um empreendimento, antigo fator de preocupação de empresários que temem que seu patrimônio pessoal venha a responder por tais perdas ou dívidas delas resultantes¹⁹⁹, é do particular, pois tais perdas são consideradas riscos normais a qualquer empreendimento. Não ensejam, assim, qualquer cobertura por parte do poder concedente.

Tendo em vista que o contrato de concessão comum tem como objeto de prestação de serviço público, a responsabilidade civil do concessionário perante terceiros prejudicados é de natureza objetiva, regida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Ou seja, o terceiro que sofreu o dano em razão da prestação de um serviço concedido tem, apenas, que demonstrar o nexo de causalidade entre esse dano e o ato que o gerou.

Ou seja, por força da aplicação da teoria do risco, o concessionário há de responder direta e objetivamente pelos danos que a execução do objeto do contrato tenha causado, ante a simples demonstração do nexo causal. Por sua vez, o poder concedente deve responder perante terceiros prejudicados: (i) de forma solidária na hipótese de ter se omitido na fiscalização e controle da prestação do serviço concedido ou de falha na escolha do concessionário; e, (ii) de forma subsidiária caso o concessionário não possua patrimônio suficiente a suportar os prejuízos causados pela prestação do serviço contratado.

Oportuna a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a respeito da aplicação subsidiária da teoria do risco ao poder concedente, limitada a danos resultantes da prestação do serviço concedido, pois caso tenham sido causados como decorrência de outra atividade realizada pelo concessionário, ainda que praticada para viabilizar aquela prestação, nenhuma responsabilidade tem o poder concedente por eventual insuficiência de bens do concessionário²⁰⁰.

¹⁹⁹ ENEL, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p.152.

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.756-757.

Em suma, se o concessionário causou danos em razão do exercício de atividade que lhe foi delegada pelo Estado, sua responsabilidade civil perante terceiros é de natureza objetiva, e responde o poder concedente subsidiariamente se o patrimônio da prestadora do serviço concedido não for suficiente para arcar com as despesas decorrentes do evento danoso. Se a atividade que causou o dano não decorreu de sua qualidade de prestador de serviço público, deverá ser comprovada a culpa ou dolo na conduta do concessionário. E ainda, ante sua insolvência, nenhuma responsabilidade terá poder concedente.

2.6.2. Execução do serviço público “por conta e risco” do concessionário: alcance da expressão.

A expressão “por conta e risco do concessionário” tem origem no direito francês e baseia-se em princípios herdados do direito privado, informadores do próprio conceito de concessão do serviço público, em que a execução deste [serviço público] é feita em nome do concessionário e por sua conta e risco²⁰¹. O concessionário assume a responsabilidade pela álea normal do contrato e essa assunção implica na consequente liberação da responsabilidade do poder concedente pelo risco financeiro do empreendimento²⁰².

A expressão *por conta e risco* é utilizada pela Lei nº 8.987/95 ao definir as figuras da concessão e da permissão (art.2º, incs. II, III e IV)²⁰³. É considerada imprecisa

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE**, Porto Alegre, 22(50): 17-31, 1994, p.19.

²⁰² A assunção, pelo concessionário, da álea normal do contrato, com a consequente liberação da responsabilidade do poder concedente pelo risco financeiro do empreendimento, foi apontada por Marcel Waline como um dos traços essenciais à distinção entre a concessão de serviço público e os contratos da administração contratada (“régie intéressée”) (WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 8ª.ed. p.536, *apud* TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. In Temas de Direito Público (Estudos e pareceres), vol.1, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.199). A modalidade do contrato denominado “administração contratada”, denominada no direito francês de *régie intéressée*, não foi acolhida pela Lei nº 8.666/93, segundo a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (In *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.333).

por induzir à interpretação de que todas as despesas decorrentes dos eventos danosos, que porventura tenham curso durante a execução de um contrato dessa natureza, além de todos os riscos advindos desses eventuais danos, devam ser assumidos pelo concessionário (ou permissionário). Dá a idéia de que tudo corre à custa do concessionário. Porém, não é o que ocorre na realidade²⁰⁴. A responsabilidade do concessionário não tem a amplitude que a expressão sugere. Tem sim, seu alcance limitado às escolhas negociais feitas pelo concessionário, isto é, à *álea ordinária* inerente às próprias atividades empresariais que desenvolve.

Ao concessionário é atribuída a gestão do negócio, acompanhada de todas as variantes de qualquer empreendimento. A ele cabe avaliar a suficiência do volume de receita para o custeio do planejamento, da execução do projeto, e da projeção do investimento com vista à adequada prestação do serviço concedido. Ou seja, a gestão do serviço é implementada e desenvolvida *por sua conta*²⁰⁵.

A responsabilidade do concessionário está diretamente relacionada à sua autonomia perante o poder concedente, o que significa que, quanto maior a intervenção estatal no planejamento e imposição de soluções técnicas, científicas ou econômicas, menor

²⁰³ Lei nº 8.987/95 - Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I (...) 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 por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

²⁰⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que os princípios *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (contrato é lei entre as partes) aplicavam-se à forma original da concessão, ainda sob a influência próxima do direito privado, o que obrigava o concessionário a executar o objeto do contrato *por sua conta e risco*, assumindo todos os possíveis riscos do empreendimento (*In Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.97).

²⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Riscos, incertezas e concessões de serviço público*. **Rev. de Dir. Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p.35-50, out./dez. 2007.

menor é sua autonomia e, em consequência, menor sua responsabilidade²⁰⁶.

O particular, nos contratos de concessão, não atua em nome próprio e de forma ilimitada. Ao prestar um serviço público o faz na condição de delegado do Estado, em nome e por conta deste, dentro dos limites que por este lhe são impostos. Sua remuneração, por exemplo, não pode ser fixada de acordo com a exigência do mercado, e sim tendo em vista o interesse da coletividade e a finalidade pública, buscados com a realização do empreendimento. Nesse passo, não há como o concessionário assumir todos os riscos de ocorrência possível durante a execução do contrato de concessão. Essa seria a interpretação mais próxima da imprecisa expressão empregada pela Lei nº 8.987/95.

Cada vez mais, em razão do porte dos empreendimentos, revelam-se os riscos a eles inerentes de difícil previsão, especialmente quando se trata, como nas concessões, de contratos de longa duração. Porém, ainda assim, o empreendedor, ou seja, o parceiro privado no caso dos contratos de parceria público-privada, deve se responsabilizar pelo risco de seu empreendimento na medida em que, inobstante a complexidade da execução do contrato, visa a lucratividade. Esse, aliás, um dos fundamentos de sua responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003, p.200.

3. RISCOS ASSOCIADOS ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

3.1. Repartição de riscos. 3.2. Alcance do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04. 3.2.1. Riscos atribuíveis ao parceiro privado. 3.2.2. Controvérsias quanto ao fato do príncipe e ao fato da Administração. 3.2.3. Competência para a atribuição de riscos ao parceiro privado. 3.3. Mecanismos de mitigação de riscos. 3.3.1. Limite de comprometimento de receita. 3.3.2. Proibição de recebimento de transferências voluntárias. 3.3.3. Garantias ao parceiro privado. 3.3.4. Garantias ao financiador. 3.3.5. Solução de conflitos mediante arbitragem.

3.1. Repartição de riscos

“Assumir o risco, vale dizer, equivale a definir o titular da responsabilidade de arcar, com seu patrimônio, com as decorrências financeiras da ocorrência do resultado previsto”²⁰⁷.

A clareza e precisão na distribuição de riscos nos contratos de parceria público-privada, em princípio, está diretamente relacionada à adequação da precificação pelo parceiro privado, a significar que, quanto mais clara e precisa a repartição dos riscos envolvidos na implementação do projeto, mais adequado o preço que o parceiro privado poderá impor porque reduzidas as dúvidas sobre quem arcará com o ônus de cada risco.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 170.

A repartição objetiva de riscos entre as partes é uma das diretrizes a ser observada no contrato de parceria público-privada (Lei n.11.079/04, art.4º, inc.VI), devendo integrá-lo como cláusula essencial (Lei n. 11.079/04, art.5º, inc.III), e vem sendo apontada como importante instrumento regulatório e implementador da eficiência nos contratos de parceria público-privada²⁰⁸.

Nas parcerias público-privadas, a divisão de riscos entre os parceiros é, portanto, matéria contratual por disposição expressa da própria lei de regência (Lei n.11.079/04, art.5º, inc.III) e concerne à viabilidade econômica do empreendimento e ao binômio encargos v.s. remuneração do concessionário²⁰⁹. É a própria Lei nº 11.079/04 que delega ao contrato a repartição de riscos entre parceiro público e parceiro privado, ao contrário dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e das concessões comuns de serviço público²¹⁰.

Assim, uma das características das contratações estruturadas sob o regime das parcerias público-privadas é a prévia repartição dos riscos entre as partes contratantes, para que se definam, no momento da contratação, quais os eventos negativos que serão atribuídos a cada qual.

O objeto do contrato de parceria público-privada é fator determinante da alocação dos riscos entre os parceiros, específica para cada parceria²¹¹.

²⁰⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A repartição de riscos na parceria público-privada*. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.157-171, out/dez.2008.

²⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das *parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.15-43.

²¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p.707-708.

²¹¹ Floriano de Azevedo Marques Neto ensina que “Cada parceria envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do seu específico escopo. É, pois, importante que se deixe claro o fato de ser inerente às parcerias um regime de riscos compartilhado e absolutamente detalhado em contato (As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.276-325).

É também a adequada repartição de possíveis riscos envolvidos no empreendimento que permite ao parceiro privado a obtenção de financiamento externo em contratos de parceria público-privada. Bastante improvável seria a participação de um financiador externo para financiar uma sociedade de propósito específico que, por ter sido criada apenas para a execução do objeto do contrato, não possui capacidade creditória nem aptidão ao oferecimento de garantias ao agente financiador²¹².

Não há vedação legal à assunção pelo concessionário de todos os riscos relacionados ao objeto do contrato de parceria público-privada, porém, isso inviabilizaria a contratação, já que o parceiro privado repassará tais riscos para os custos da execução e da prestação dos serviços²¹³.

Alguns autores, a exemplo de ALEXANDRE WAGNER NEXTER, sustentam a possibilidade de o contrato de parceria público-privada prever a alocação ao parceiro público do risco normal do negócio — *álea ordinária* —, em contrapartida à assunção do risco decorrente de *áleas extraordinárias* pelo parceiro privado²¹⁴. Todavia, a repartição objetiva de riscos prevista na Lei nº 11.079/04 não deve alcançar risco previsível decorrente de *álea ordinária* esperada, ainda que o empreendimento seja de alta complexidade. A assunção pelo parceiro público do risco inerente à própria atividade empresarial desenvolvida pelo particular contraria aos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da razoabilidade e da moralidade administrativa, dentre outros que norteiam a atividade administrativa.

²¹² ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p.193.

²¹³ Marçal Justen Filho comenta que “uma concessão até pode ser modelada de modo a transferir para o concessionário riscos ilimitados. Não seria despropositado defender a possibilidade de até mesmo os riscos extraordinários serem impostos ao concessionário. Mas, o resultado prático seria a frustração do interesse público. A solução de impor ao concessionário que arque com os efeitos negativos de todo e qualquer evento gerará a elevação relevante dos custos de transação. Disso resultará que o empresário privado será obrigado a alocar verbas não para a prestação do serviço, mas para fazer face ao inadimplemento dos usuários. O aumento do custo traduzir-se-á nas tarifas. Como decorrência, todos os usuários pagarão mais do que seria necessário, para compensar os riscos de inadimplemento.” (Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Ed.Dialética, 2003, p.334).

²¹⁴ Segundo Alexandre Wagner Nexter, a Lei nº 11.079/04 inovou ao instituir uma alocação de riscos para as parcerias público-privadas diversa daquela das concessões comuns, uma vez que “transfere o risco normal para o parceiro público, e parte do risco extraordinário para o parceiro privado”. (O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.191.

Vale observar que no âmbito dos contratos administrativos o princípio da legalidade contrapõe-se ao princípio da autonomia da vontade do particular. Também na condição de parte contratual a Administração está vinculada à finalidade pública para o atendimento ao interesse da coletividade e, em razão dessa vinculação, está obrigada “*a adotar os meios que o legislador escolhe como os únicos viáveis para a sua consecução*”²¹⁵. Nesse passo, assumir o parceiro público o risco negocial, o risco do empreendimento, em substituição ao parceiro privado, cuja finalidade precípua é o lucro, é conduta que deve ser considerada inaceitável por favorecer o particular em detrimento do interesse público.

A objetividade, prevista no artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/04, significa que embora os riscos devam ser repartidos ao parceiro que apresentar maior aptidão ou maior capacidade de absorção (critério meramente objetivo), sem levar em conta suas condições subjetivas específicas, tal repartição não poderá acarretar reflexos significativos às obrigações reciprocamente assumidas no momento da contratação. E, evidentemente, se o parceiro público assumir o risco negocial decorrente de *álea ordinária*, a contratação sob o regime de parceria público-privada causará aos cofres públicos muito maiores prejuízos econômico-financeiros do que qualquer outro tipo de contrato, em razão de sua longa duração e da contraprestação pecuniária a comprometer o erário público.

Vale lembrar que ainda que o Estado assuma determinados riscos que, em outros contratos, não lhe caberiam, o certo é que ele jamais se iguala ao particular, mesmo que se utilize de institutos ou modelos adotados no sistema da *common law*, pois sua adstrição absoluta ao princípio da legalidade, não tem a liberdade e autonomia de vontade que possui o particular ao contratar²¹⁶.

Possível, pois, inferir-se que essa objetividade referida na Lei nº 11.079/04 quando trata da repartição de riscos entre os parceiros não deve ser entendida como

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.398-411; p.409.

²¹⁶ *Idem ibidem*, p.408-409.

permissiva à desconsideração das prerrogativas públicas que hão de sempre acompanhar o Poder Público. Ou seja, o termo *objetivo* não deve levar ao entendimento de que o critério da alocação dos riscos deixará de considerar aspectos subjetivos da parte contratante. Tais aspectos de natureza subjetiva dizem respeito apenas aos riscos que, estes sim, devem ser objetivamente considerados.

3.2. Alcance do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04.

O artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, prevê que do contrato de parceria público-privada deva constar cláusula sobre a “*repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”.

Tal dispositivo legal, embora permita seja alocada toda a espécie de risco a qualquer dos parceiros contratantes, na realidade, vem possibilitar a transferência ao parceiro privado dos riscos oriundos das áleas extraordinárias pelo parceiro público, responsável, nas concessões comuns, pela assunção dos prejuízos decorrentes.

A inclusão de áleas de consequências jurídicas absolutamente contrárias demonstra que o rol do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, é meramente exemplificativo e que qualquer álea extraordinária poderá ser objeto de repartição entre os parceiros. Se a intenção do legislador fosse outra, não teria colocado lado o *caso fortuito* — que não exclui a responsabilidade estatal²¹⁷ porque tem origem em ato humano ou em falha da Administração e cuja ocorrência não afasta o nexo de causalidade entre o dano e a conduta que o causou²¹⁸ — e a *força maior* — evento intransponível, inevitável e imprevisível, que exclui a responsabilidade de ambas as partes contratantes porque afasta o

²¹⁷ Lúcia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Edmir Netto de Araújo são autores que afastam o caso fortuito como causa excludente da responsabilidade estatal.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.652.

nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração ou do particular contratado.

De outro lado, interessante notar que, embora a Lei nº 11.079/04 tenha estendido a possibilidade de serem repartidos entre os parceiros os riscos decorrentes da álea administrativa extraordinária denominada *fato do príncipe*, da *álea econômica extraordinária* que onera excessivamente o contrato e que implica na aplicação da *teoria da imprevisão*, não fez menção nessa regra aos riscos resultantes da *alteração unilateral* contratual e do *fato da Administração*. Porém, embora tal omissão se revele oportuna em face do princípio da justiça social que norteia a celebração dos contratos públicos, a Lei nº 11.079/04 não impede que ao parceiro privado seja atribuído risco proveniente de conduta excepcional e/ou irregular exclusivamente atribuível ao parceiro público.

Tais considerações permitem, em síntese, a conclusão de que o rol do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, não é taxativo quanto às áleas, sendo possível a inclusão no contrato de parceria público-privada de qualquer outra que possa significar risco à execução do objeto do contrato.

3.2.1. Riscos atribuíveis ao parceiro privado.

É dever das empresas particulares a adoção de todas as cautelas necessárias para evitar a ocorrência de danos, especialmente quanto aos danos possíveis e previsíveis. É esse dever de diligência que obriga o parceiro privado a encomendar estudos técnicos acerca de todos os dados envolvidos no empreendimento que pretende executar, especialmente porque a contratação feita sob o regime de parceria público-privada objetiva há de ter em vista a eficiência da iniciativa privada. É o parceiro privado que deve assumir o risco da execução, decorrente do surgimento de obstáculos não indicados nos dados técnicos preliminares à contratação.

“No contrato empresarial, o quesito da expertise incompatibiliza-se com uma postura de pretensões interventivas do Poder Judiciário, com o propósito de reformulação

*das condições de contratação, simplesmente pelo fato de o negócio ter se mostrado suficientemente rentável*²¹⁹. O princípio da boa-fé nos contratos deve restringir a possibilidade de intervenção do Estado nas relações empresariais, “*com o propósito de maximização das utilidades de apenas uma das partes, o que, conforme visto, prejudicará a eficiência do sistema de mercado e a ampliação do bem-estar social*”.²²⁰

Se o dano é previsível, sua ocorrência deve ser evitada pelo particular mediante a adoção de medidas de segurança. Se esse risco previsível acaba por se concretizar, lícito concluir-se que o particular não adotou as cautelas exigidas e, dessa forma, assumiu o resultado danoso, devendo responder pelos prejuízos decorrentes.

Vale lembrar que a viabilidade de transferir ao parceiro privado o risco econômico de um empreendimento de interesse público é apontada como pressuposto indispensável para a escolha pelo Poder Público da contratação pelo regime da parceria público-privada, ao lado da inexistência de recursos públicos necessários à implantação dos serviços e obras fundamentais para o país²²¹.

O risco de qualidade do objeto do contrato de parceria público-privada deve ser assumido pelo parceiro privado e, essa assunção acaba lhe acarretando resultados econômicos mais favoráveis mediante a elevação do nível de qualidade ofertado²²² (*vide* item 2.3).

Todos os demais riscos decorrentes de áleas extraordinárias podem ser alocados ao parceiro privado no contrato de parceria público-privada, ante a permissão contida na regra de repartição objetiva de riscos, desde que a ele sejam dadas garantias pelo parceiro

²¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. *Risco e assimetria informacional nas relações empresariais*. **Revista de Direito Público de Economia – RDEP**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.173-200, out./dez 2008, p.178.

²²⁰ *Idem ibidem*, p.200.

²²¹ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, serviços de relevância pública” e serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.485.

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.789.

parceiro público compensatórias dessa alocação.

3.2.2. Controvérsias quanto ao fato do príncipe e ao fato da Administração.

A imprecisão da redação do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, permite o entendimento de que os riscos decorrentes de *fato do príncipe* possam ser atribuídos ao parceiro privado, e que, a *contrario sensu*, o mesmo não ocorre com relação aos riscos advindos de *fato da Administração*. Não obstante ambos sejam áleas causadas pelo Poder Público, o *fato do príncipe* tem natureza extracontratual, pois é medida de caráter geral que ocorre externamente ao contrato, com eficácia econômico-financeira sobre as condições contratuais estabelecidas, enquanto que o *fato da Administração* é “*conduta transgressora do contrato*”²²³ por parte da Administração Pública contratante que deixa de cumprir alguma das obrigações assumidas perante o particular contratado. Ou seja, tem natureza contratual.

Embora provenientes da atuação do Poder Público, suas naturezas são diversas, a autorizar que não recebam o mesmo tratamento jurídico com relação aos riscos que ensejam, nem quanto à responsabilização civil por eventuais danos advindos de sua concretização.

Aplica-se ao *fato do príncipe* a regra da responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, de natureza extracontratual. Todavia, o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, aponta expressamente como possível a transferência ao parceiro privado dos riscos decorrentes de *fato do príncipe*, o que se mostra, não somente inaceitável porque o particular não pode ser responsabilizado pelos riscos e prejuízos provocados pelo Poder Público²²⁴, como impossível já que este, que responderá direta e

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.648.

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.156.

responderá direta e objetivamente pelos prejuízos causados em decorrência dessa álea extraordinária, não é parte contratante, embora tenha que pertencer a mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato, ante o regime federativo brasileiro²²⁵. Não há como pretender que o parceiro privado assuma no contrato prejuízos extracontratuais perante parte não contratante.

No tocante ao *fato da Administração*, ainda que a responsabilidade civil por eventuais danos seja de natureza subjetiva e contratual, não há como transferir ao parceiro privado riscos e prejuízos causados por inegável conduta inadimplente do parceiro público.

Assim, conquanto o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, não tenha feito referência expressa ao *fato da Administração*, sua fórmula não clausulada permite, de forma abusiva, que também seja objeto de previsão contratual a transferência ao parceiro privado de prejuízos causados pelo inadimplemento de obrigação assumida pelo parceiro público.

3.2.3. Competência para a atribuição de riscos ao parceiro privado.

Nos contratos de parceria público-privada a repartição de riscos, por força legal, é questão consensual, pois ambas as partes decidem, no momento da celebração do ajuste, quais os riscos que irão assumir, de acordo com a maior ou menor capacidade de absorção dos prejuízos decorrentes.

A Lei nº 11.079/04, em seu artigo 5º, determina que dentre as previsões obrigatoriamente constantes das cláusulas dos contratos de parceria público-privada devem estar: (i) a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a *caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária* (inciso III); e (ii) a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.280.

de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (inciso VIII).

Ou seja, a Lei nº 11.079/04 delega ao contrato a competência para a atribuição de riscos aos parceiros. Na realidade, tais riscos já deverão constar do respectivo ato convocatório do certame [edital], tendo em vista que toda a contratação de parceria público-privada deve ser precedida de licitação, com procedimento fundado em estudo técnico (Lei n. 11.079/04, art.10, inc.I)²²⁶, para que o parceiro público avalie a assunção de eventual risco ante os limites de despesas e metas fiscais a que deve atentar, e, para que o parceiro privado possa estimar sua lucratividade. Isso porque, aludido estudo técnico que deve basear a autorização da autoridade competente para a contratação, dentre outros aspectos essenciais, deve avaliar os efeitos financeiros das obrigações que serão contraídas pelo parceiro público, relativas ao objeto do contrato. Além desse estudo, será elaborada uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro com projeção para os exercícios de

²²⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir. § 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo. § 3º 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.

vigência do contrato, e outras análises fiscais, tudo a dar cumprimento à legislação pertinente.

Em suma, enquanto a competência para a atribuição dos riscos nos contratos administrativos e nas concessões comuns, respectivamente submetidos à Lei nº 8.666/93 e Lei nº 8.987/95, é legal, já que estabelecida nas respectivas leis de regência, nos contratos de parceria público-privada a competência é consensual, reservada ao contrato e previamente submetida a consulta pública e à análise da compatibilidade das despesas que as obrigações assumidas pela Administração Pública com a lei de diretrizes orçamentárias (Lei n. 11.079/04, art.10, § 1º). O que significa que os riscos que o parceiro público se propõe a assumir no contrato devem ser cautelosamente avaliados, especialmente em face da Lei da Responsabilidade Fiscal (LC n. 101, de 4 de maio de 2000).

3.3. Mecanismos de mitigação de riscos.

Os mecanismos de mitigação de riscos previstos na Lei nº 11.079/04 têm o escopo de atrair a iniciativa privada na medida em que conferem maior credibilidade ao Poder Público. Na realidade, são de natureza econômico-financeira porque dizem respeito à disponibilidade de recursos públicos e à complementação da receita nos contratos de parceria público-privada. A falta de confiança e de credibilidade do Poder Público, extraída de experiências negativas anteriores relativas à quebra de regras contratuais, especialmente em projetos de longo prazo, foi o mais relevante aspecto considerado para a implantação desse modelo de contratação no Brasil devido ²²⁷.

A comprovação do respeito a um limite geral de comprometimento de 1% da receita líquida corrente da União, o impedimento ao recebimento de transferências voluntárias da União, imposto aos Estados e Municípios que não respeitarem limitação ainda superior (de 3% da receita líquida corrente) à prevista para a União, a existência de

²²⁷ BORGES, Luiz Ferreira Xavier e NEVES, Cesar das. *Parceria público-privada: riscos e mitigações em operações estruturadas de infraestrutura*. **Revista do BNDES**, v.12, n.23, p.73-118, jun.2005.

um Fundo Garantidor de PPP – FGP em que a União está autorizada a subscrever seis bilhões de reais e que, certamente, serve como garantia de liquidez para cobrir impedimentos ocasionais da contrapartida do Poder Público, bem como a exigência de realização de licitações que atenderão às disposições da lei e, supletivamente, as leis de licitações e de concessões, são, todas, garantias contidas na lei de regência que têm o papel de incentivar a participação da iniciativa privada em contratos dessa natureza.

A criação de entes de natureza privada para evitar a submissão do parceiro privado ao moroso regime de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal²²⁸, a repartição objetiva de riscos entre os parceiros e outras inovações introduzidas pela Lei nº 11.079/04, são verdadeiros mecanismos de mitigação de riscos que revestem de maior celeridade e segurança as contratações estruturadas sob esse novo modelo e, por isso, atraem investimentos da iniciativa privada, antes acostumada ao descumprimento dos contratos celebrados com o Estado.

O risco operacional, por exemplo, pode ser mitigado se houver clareza na definição das metas governamentais e da forma da respectiva avaliação, não somente no instrumento do contrato de parceria público-privada, mas também no instrumento de empréstimo, servindo tal providência de mecanismo deflagrador (i) da suspensão do cumprimento de obrigações, com possibilidade de prazo para saneamento, ou (ii) da resolução de obrigações, com atribuição de responsabilidades²²⁹.

Além da mencionada repartição objetiva de riscos, a Lei nº 11.079/04 prevê outro importante mecanismo que atua como mitigador de riscos e como fator de atratividade do setor privado para esse tipo de ajuste: a solução de disputas advindas das contratações de parceria público-privada por meio da arbitragem, com observância das regras contidas na lei própria (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996).

²²⁸ Estratégia a que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina *fuga dos precatórios* e aponta como inconstitucional.

²²⁹ BORGES, Luiz. *Riscos e sua mitigação em financiamento de investimentos de infraestrutura em PPPs – parceria público privada* – Cap.IX da Parte 2 - Financiamento dos projetos de PPPs e disciplina legal. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.156-167.

A celebração de contrato de seguro com cobertura própria para o período de duração do contrato que envolve projetos é também meio de atenuação de alguns riscos de construção²³⁰.

Outro meio atenuante do risco da construção consiste na celebração pelas sociedades financiadas de um contrato padronizado de empreitada global conhecido na prática comercial como Contrato EPC (*Engineering, Procurement and Construction Contract*), em regime de “chave-na-mão” (*turn key*)²³¹, em que a empresa contratada assume a obrigação de executar o projeto de engenharia mediante fornecimento de fontes próprias ou de terceiros, bem como todos os materiais e equipamentos, com entrega da obra à sociedade financiada em condições de dar início à operação desejada²³².

Há, portanto, mecanismos de mitigação de riscos de caráter geral, constantes da Lei nº 11.079/04 para toda e qualquer contratação de parceria público-privada, e outros específicos, contratuais, que poderão ser adotados de acordo com o objeto contratado.

Para uma eficiente mitigação dos riscos nas contratações de parcerias público-privadas, cada projeto deverá identificar, da forma mais ampla possível, quais os riscos mais frequentes e prováveis para aquele determinado objeto, decidir quais os mecanismos de mitigação desses riscos, alocar entre as partes contratantes os riscos identificados e traçar as soluções para o restabelecimento das condições originariamente ajustadas na hipótese de suas ocorrências.

3.3.1. Limite de comprometimento de despesas vs. receita.

²³⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas. Leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2007, p.199.

²³¹ Para a construção da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo houve celebração de um contrato dessa natureza entre o Metrô, concessionário, e o Consórcio Via Amarela, empreiteira, liderado pela Construtora Norberto Odebrecht e integrado pela Construtora OAS, pelo Grupo Queiroz Galvão, além das empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Alstom.

²³² *Idem ibidem*, p.198.

O artigo 22 da Lei nº 11.079/04 condiciona a contratação sob o regime das parcerias público-privadas, pela União, a limite de despesas com base em percentuais da receita corrente líquida. Isso porque, a previsão de assunção de obrigações pecuniárias pelo Poder Público e a longa duração dos contratos dessa natureza, exigem a estrita obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal — Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 — que dispõe sobre regras de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Na realidade, referido dispositivo legal estabelece duas limitações orçamentárias adicionais de observação obrigatória e simultânea: (i) o condicionamento de uma nova contratação de parceria público-privada ao fato de, no exercício anterior, a soma de despesas de caráter continuado, realizadas em contratos já celebrados, não poder superar o percentual de 1% da receita corrente líquida no exercício em que se pretende celebrar a nova contratação; e (ii) a realização, pela União, de projeção de receitas vs despesas por dez exercícios financeiros futuros.

3.3.2. Proibição de recebimento de transferências voluntárias.

O artigo 28 da Lei nº 11.079/04²³³ veda à União realizar transferências voluntárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios até determinado limite estabelecido entre despesas e receitas. O objetivo deste dispositivo é o de controlar o gasto público,

²³³ Lei nº 11.079/04 - Art. 28. *A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 3% (três por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 3% (três por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009). § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo. § 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente, excluídas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009).*

impedindo um excessivo comprometimento das receitas da União com transferências voluntárias ou concessão de garantia aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tal vedação estabelece que, se, no ano que antecede a contratação que se pretende realizar, a despesa total continuada com contratações sob o regime das parcerias público-privadas for superior a 3% da receita, e, a previsão das despesas com as parcerias público-privadas já contratadas, nos 10 anos seguintes, não seja superior a 3% da receita líquida prevista para esses anos, não pode o ente federado realizar nova contratação dessa natureza.

A definição de transferência voluntária é dada pela Lei de Responsabilidade Fiscal — Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 —, que indica exigências que devem ser atendidas para a sua realização ao lado daquelas contidas na lei de diretrizes orçamentárias (art.25 e §§)²³⁴.

Para verificação da observância aos limites impostos pelo artigo 28, os Estados, Distrito Federal e os Municípios que forem contratar sob o regime de parceria público-privada têm que previamente informar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional acerca do recebimento de transferências voluntárias eventualmente feitas pela União.

A contratação de parceria público-privada pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, em razão da vedação imposta à União, fica impossibilitada de receber transferências voluntárias.

²³⁴ Lei Complementar nº 101, de 04.04.2000 - Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. § 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: I - existência de dotação específica; II - (VETADO). III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição. IV - comprovação, por parte do beneficiário, de: a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos; b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal; d) previsão orçamentária de contrapartida. § 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada. § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

A disponibilidade de receita corrente líquida é que limita sejam celebrados, pelos entes federados, novos contratos de parceria público-privada.

3.3.3. Garantias ao parceiro privado.

Além da garantia à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, a todos aqueles que contratam com o Poder Público, a Lei nº 11.079/04 introduziu garantias a serem dadas pelo Estado ao parceiro privado que, por força do artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 11.079/04, devem constar do edital de licitação. Tais garantias específicas aos contratos de parceria público-privada são tidas como mecanismo de mitigação de riscos²³⁵. É o artigo 8º da lei de regência, conforme já mencionado no item 3.3.2 *supra*, que aponta a vinculação limitada de receitas, a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, bem como outros mecanismos admitidos em lei, como garantias que asseguram o cumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública.

O sistema de prestação de garantias de execução em contratos dessa natureza é, de acordo com o inciso VIII do artigo 5º, da citada lei, condicionado aos riscos envolvidos.

²³⁵ Lei nº 11.079/04 - Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

3.3.4. Garantias ao financiador.

As garantias dadas aos financiadores do empreendimento, característica das parcerias público-privadas, atuam como mecanismo de mitigação de riscos. A concessão de crédito pelo financiador externo depende da mitigação dos possíveis riscos envolvidos no contrato, mediante sua transferência à parte que maior aptidão tem para assumi-los. E a lei prevê, em seu artigo 5º, inciso VIII, que as garantias de execução do objeto do contrato, a serem prestadas pelo parceiro privado, devem ser “*suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos*”, desde que obedecidos os limites impostos aos contratos administrativos em geral (Lei n. 8.666/93, art.56, §§ 3º e 5º), e às concessões patrocinadas (Lei n. 8.987/95, art.18, inc.XV)²³⁶.

A não incidência das garantias do empréstimo feito ao concessionário sobre direitos e bens do Estado ou de seu fundo ou empresa garantidora, mas sim sobre direitos do próprio concessionário, oriundos da relação contratual mantida com o Estado, é outra forma de garantir o financiador do empreendimento. Com efeito, a lei das parcerias público-privadas, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, e incisos, prevê a sub-rogação do financiador em direitos do concessionário, bem como a possibilidade de empenhos e pagamentos de indenizações serem realizados diretamente em seu nome, e a própria assunção da concessão pelo financiador, como uma intervenção na concessão pela financiadora.

3.3.5. Solução de conflitos mediante arbitragem

²³⁶ Lei nº 11.079/04 - Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A nova concepção da Administração Pública, resultante do Estado contratual, defendido por Gaspar Arino Ortiz, ou do Estado negociador, a que se referem Eduardo Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernández, denota evidente tendência na adoção de instrumentos ou mecanismos hodiernos, que melhor se adequam às necessidades administrativas negociais²³⁷. A arbitragem, prevista na Lei nº 9.307, de 23.9.1996 (Lei de Arbitragem), inegavelmente é um desses instrumentos que, antes reservado para a solução de conflitos contratuais de natureza privada, passou, na atualidade, a ser útil e hábil à solução de disputas oriundas dos contratos de parceria público-privadas, por força da Lei nº 11.079/04.

Tal inovação jurídica atua como mecanismo de mitigação de risco nas parcerias público-privadas, pois a possibilidade dos parceiros contratantes não serem obrigados a submeter à apreciação do Poder Judiciário, eventuais disputas oriundas da relação contratual, por questões óbvias de morosidade nos trâmites dos processos judiciais, é, sem sombra de dúvida, fator de minimização de riscos que, certamente, serve como atrativo da iniciativa privada.

Importante instrumento de pacificação social, a arbitragem adota um procedimento significativamente mais célere, de formas simplificadas, com vantagens sobre o processo judicial²³⁸.

Controvérsias sobre a interpretação ou execução do contrato de parceria público-privada, inclusive a relacionada à modificação das condições contratuais e à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podem ser solucionadas por meio de arbitragem.

A previsão da Lei nº 11.079/04 a que a busca da solução dos conflitos relacionados com os contratos de parceria público-privada possa vir a ser feita por meio da arbitragem, denota que esse novo tipo de contrato tende a enfatizar o consenso entre as

²³⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.568-569.

²³⁸ FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p.5.

partes como meio que melhor se adapta às suas características peculiares. A atuação conjunta e coordenada dos parceiros [público e privado] implica na redução das prerrogativas estatais e dos riscos advindos do exercício unilateral dessas prerrogativas²³⁹.

A principal crítica contrária à possibilidade do emprego da arbitragem nas parcerias público-privadas concerne à questão da indisponibilidade dos direitos envolvidos nos conflitos, já que a Administração Pública é parte contratante. Autores sustentam que a indisponibilidade do interesse público atua como óbice à utilização da arbitragem na medida em que interesses relacionados a serviços públicos são coisas *extra commercium*, indisponíveis, e, como tal, refogem ao âmbito decisório de particulares²⁴⁰.

Aqueles que defendem a arbitragem como instrumento de solução de contendas havidas em contratos estruturados sob o regime de parceria público-privada sustentam que o respeito e o cumprimento de um direito alheio pela Administração não significa renúncia ou disponibilidade de um interesse público. Se ela não tem direito, não há de se falar em interesse público. A matriz desse entendimento é o princípio constitucional da legalidade (CF, art.37, *caput*) que norteia toda a atuação da Administração Pública. “*É dever da Administração — cumprir direitos alheios ou abdicar de pretensões infundadas quando constata que não tem razão.*”²⁴¹ Ou seja, a sentença arbitral desfavorável ao parceiro público implica no reconhecimento tácito da ausência de interesse público e, em contrapartida, da desnecessidade da intervenção jurisdicional, devendo ser respeitado o direito assim reconhecido após regular trâmite do processo de arbitragem.

Também a mediação vem sendo utilizada como instrumento de solução de conflitos entre os parceiros nesse tipo de contratação. Em regra, o resultado da mediação

²³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada (PPP)*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.334.

²⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros E., 2010, p.789.

²⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada (PPP)*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.342.

não vincula as partes, ou seja, não as impede de que busquem socorro no Judiciário; já as decisões do painel de arbitragem serão definitivas e vinculantes, obstando sua apreciação jurisdicional.

4. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1. A teoria do equilíbrio econômico-financeiro. 4.1.1. Fundamentos e natureza jurídica. 4.1.2. Necessidade e relevância de sua manutenção. 4.1.3. Equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro. 4.1.4. Desbalanceamento da equação econômico-financeira. 4.2. Equilíbrio econômico-financeiro diante da repartição de riscos.

4.1. A teoria do equilíbrio econômico-financeiro

A reciprocidade de interesses e de obrigações, inerente a todo contrato sinalagmático ou bilateral e comutativo, nos contratos celebrados com a Administração Pública está a merecer especial atenção na medida em que o interesse público é o objeto intrínseco do negócio jurídico realizado entre os contratantes.

A assunção de obrigações e de prestações recíprocas, todavia, não pode deixar de considerar a necessidade de permanente manutenção das condições contratuais originariamente estabelecidas entre as partes do contrato, especialmente as de cunho econômico-financeiro, sob pena de dificultar a execução do objeto do contrato ou até mesmo de obstar seu prosseguimento. A importância da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi erigida a regra constitucional, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal²⁴².

²⁴² Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,

A equação ou relação de equilíbrio que se estabelece, no momento da celebração de um contrato sinalagmático e comutativo, entre as obrigações recíprocas assumidas pelos contratantes — encargo *versus* contraprestação — é o que a doutrina entendeu denominar *equilíbrio econômico-financeiro* ou equação econômico-financeira do contrato.

Públicos ou privados, todos os contratos têm sua equação econômico-financeira inicialmente estabelecida no momento do ajuste, considerando-se a valoração econômica das contraprestações e o valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra²⁴³.

Essa relação de igualdade que se forma com o ajuste entre as partes, de um lado, pelos encargos assumidos e, de outro, pela compensação econômica correspondente²⁴⁴, nos contratos celebrados com a Administração Pública mostra-se de suma relevância em razão de suas prerrogativas públicas e da finalidade pública que há de ser buscada no ajuste.

Ambos os contratantes devem ser resguardados dos eventuais prejuízos decorrentes de fatos ou eventos imprevisíveis e inesperados, ou ainda que previsíveis de efeitos incalculáveis e inevitáveis, que, de alguma forma, possam afetar o equilíbrio dos encargos e interesses envolvidos no contrato.

Conquanto detenha a Administração Pública o poder de alterar unilateralmente as condições originariamente estabelecidas no momento da contratação, se assim o exigir o interesse público, em contrapartida, detém o particular o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que com ela celebrou. O poder de alteração unilateral do

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE**, Porto Alegre, 22(50): 17-31, 1994, p.18.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p. 642.

contrato conferido à Administração Pública faz com que esta tenha o dever de reparar o dano que o uso desse poder tenha causado ao particular, mediante pagamento de uma indenização.

Já na Constituição Federal de 1946, era prevista a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão para manter o equilíbrio da equação lucro dos concessionários vs justa remuneração do capital, sem deixar de lado a necessidade de melhoria e de expansão desses serviços (art.151, par.único)²⁴⁵.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos também foi objeto de dispositivo específico na Carta Federal de 1967, sob a redação da Emenda Constitucional n.1/69, mediante a previsão da fixação de tarifas reais e suficientes para a justa remuneração do capital e da expansão dos serviços (art.167, incs.II e III)²⁴⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro foi prevista para os contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras e alienações, com a possibilidade de retroação às condições estabelecidas na proposta ofertada no certame licitatório (CF, art. 37, inc. XXI)²⁴⁷.

²⁴⁵ Constituição Federal de 18 de setembro de 1946: “Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

²⁴⁶ Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969: Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I – obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

²⁴⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Certo é que a teoria do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos regidos pelo direito público, quer enquanto limitada aos contratos de concessão de serviços públicos, quer após sua extensão aos contratos administrativos, reveste-se de uma função dinâmica de garantir a continuidade, a qualidade e a melhoria dos serviços públicos, mediante a adoção de um justo regime de tarifas razoáveis ou de outra forma compensatória, observados os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade, bem como dos demais norteadores da atuação administrativa.

A equação econômico-financeira merece proteção legal em diversas situações que podem acarretar sua alteração e desestabilização da justa proporção das obrigações recíprocas assumidas originariamente pelas partes contratantes. Agravos econômicos²⁴⁸ ou áleas administrativas ou econômica extraordinárias²⁴⁹, caracterizados pela imprevisibilidade de sua ocorrência ou de suas consequências — a que a Lei nº 8.666/93 trata como imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis —, são acontecimentos que alteram o vínculo obrigatório estabelecido no estado vigente ao tempo da estipulação. Para autorizar a revisão contratual, tais alterações devem ser significativas de modo a provocar uma alteração radical da equação econômico-financeira originariamente estabelecida.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA refere-se à “*força incoercível das circunstâncias externas, a situações de extrema injustiça (...)*” que conduz o rigoroso cumprimento do avençado ao sacrifício de uma das partes e ao enriquecimento da outra²⁵⁰.

²⁴⁸ Tais situações são consideradas por Celso Antônio Bandeira de Mello como: (a) agravos econômicos oriundos de sobrecargas decididas pelo contratante no *uso de seu poder de alteração unilateral do contrato*, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas prestações a cambiantes exigências do interesse público; (b) agravos econômicos resultantes de *medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual*, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado fato do príncipe...; (c) agravos econômicos sofridos em razão de *fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes* e que convulsionam gravemente a economia do contrato; (d) agravos econômicos provenientes das chamadas “*sujeições imprevistas*”; e (e) agravos econômicos *resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual* (In *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010; p.644-649).

²⁴⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexandre Santos de Aragão utilizam essa classificação didática.

²⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 161-162.

A superveniência de evento extraordinário e imprevisível que altera a equação econômico-financeira de um contrato, a ponto de torná-lo excessivamente oneroso para uma das partes, obriga a sua recomposição, “*gerando a impossibilidade subjetiva de sua execução, e acarretam, de outro, lucro desarrazoado para a outra parte*”²⁵¹.

No caso dos contratos administrativos, a recomposição da equação deve ser assumida, em regra, pela Administração Pública em observância ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro do particular contratado que poderá pedir a respectiva rescisão.

Conquanto a atualização monetária do preço contratado, em tese, não acarrete reflexo nas condições estabelecidas no momento da celebração do contrato, o certo é que, não sendo procedido o oportuno e devido reajuste monetário, a defasagem do preço estimado acabará por afetar o equilíbrio econômico-financeiro, de forma negativa, trazendo prejuízos ao particular, e dando ensejo, conseqüentemente, à necessidade de sua recomposição; e, dependendo do montante dos índices oficiais de correção da moeda incidentes no preço, poderá até mesmo ocasionar a inexecução do contrato.

Entretanto, os princípios de direito, boa-fé, comum intenção das partes e interesse coletivo determinam a revisão dos contratos, para restabelecer seu equilíbrio afetado por álea econômica, aplicando-se a *teoria da imprevisão*²⁵². Por meio desta teoria embora o particular não fique liberado da obrigação de continuar a cumprir o contrato, não assume sozinho os prejuízos decorrentes da álea econômica excepcional, que são divididos com a Administração Pública.

A revisão ou recomposição dos contratos de direito privado também deve ser realizada para impedir a respectiva resolução diante de áleas extraordinárias e imprevisíveis. ORLANDO GOMES afirma que “*verificados, portanto, os quatro requisitos exigidos pela lei (presença de um contrato de execução diferida, continuada ou periódica; excessiva onerosidade da prestação de uma parte; extrema vantagem de outra parte; e*

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p.163.

²⁵² Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, sua origem e sua renovação através da *teoria da imprevisão* (*In Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 283).

*acontecimentos supervenientes extraordinários e imprevisíveis), pode o devedor demandar a resolução do contrato. O credor a seu turno tem a faculdade de realizar oferta de modificação equitativa do acordo, evitando a resolução. Haverá, nesse caso, revisão ou reajuste de contrato*²⁵³.

A Lei nº 8.987/95, no Capítulo IV, quando trata da política tarifária, em três oportunidades faz expressa referência à necessidade de ser garantido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público mediante a possibilidade de previsão de mecanismos de revisão das tarifas e o dever de recomposição da equação estabelecida no momento do ajuste do poder concedente na hipótese de alteração unilateral do contrato que a afete (Lei n. 8.987/95, arts. 9º, §§ 2º e 4º²⁵⁴, 10²⁵⁵ e 11, par.un.²⁵⁶).

Também a Lei nº 9.074/95²⁵⁷, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, em seu artigo 35, refere-se à garantia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

²⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216.

²⁵⁴ Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Art. 9º *A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.*

²⁵⁵ Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Art. 10 *Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.*

²⁵⁶ Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Art. 11 *No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

²⁵⁷ Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995 (Conversão da MP nº 1.017, de 1995) - Art. 35. *A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

4.1.1. Fundamentos e natureza jurídica

A equação econômico-financeira é informada pela reciprocidade de interesses e de obrigações inerente a todo contrato sinalagmático e comutativo. No caso dos contratos em que a Administração Pública é parte, o interesse público se contrapõe ao interesse da lucratividade e o cumprimento da obrigação pecuniária está condicionado à execução do objeto do contrato.

No ordenamento jurídico nacional, essa equação tem natureza de direito fundamental e é informada pelos princípios gerais de justiça e de equidade.

Toda a vez que um contrato administrativo for atingido por acontecimentos imprevisíveis ou por acontecimentos previsíveis, mas de efeitos incalculáveis, e sua estrutura econômico-financeira for abalada de forma substancial, surge para o particular contratado “*a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato*”²⁵⁸, como providência imprescindível a que o particular continue a perceber a justa remuneração, nas mesmas condições estabelecidas no momento do ajuste, e a que não haja interrupção da prestação do serviço contratado.

Na realidade, embora o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja reconhecido como direito do particular contratado, também é direito da Administração Pública na medida em que sua manutenção garante a continuidade da execução do objeto contratado que sempre deve visar o atendimento de interesses e necessidades da coletividade.

Exigência de todo tipo de contrato, o equilíbrio econômico-financeiro tem seu principal fundamento no ideal de justiça comutativa²⁵⁹.

²⁵⁸ TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Rio de Janeiro, 1960; p.3.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE**, Porto Alegre, 22(50): 17-31, 1994, p.18.

Nessa esteira, a lição de MIGUEL S. MARIENHOFF:

*“(...) o direito à manutenção do equilíbrio financeiro do contrato — equação financeira do mesmo — existe com relação a qualquer tipo de contrato, seja de concessão de serviços ou de obra, seja de um contrato de construção de obra pública, de um contrato de fornecimento, de transporte, etc. A razão que justifica essa exigência é essencialmente a mesma para todos os contratos administrativos. O ideal imanente de justiça que fundamenta tal solução alcança toda a espécie de contratação.”*²⁶⁰

ANDRÉ DE LAUBADÈRE salienta o direito do particular ao equilíbrio financeiro do contrato como fator compensatório do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos:

*“A remuneração contratual aproxima o regime dos contratos administrativos daqueles contratos de direito privado. Mas, os contratos administrativos apresentam a relevante particularidade de expor o cocontratante ao poder de modificação unilateral, tornando sua situação gravosa sem que tenha contribuído para tanto. É para compensar esse risco que todo o contrato administrativo prevê, expressa ou implicitamente, o direito do cocontratante ao equilíbrio financeiro do contrato.”*²⁶¹

²⁶⁰ “(...) el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato – ecuación financiera del mismo – existe con relación a cualquier tipo de contrato, ya se trate de una concesión de servicio o de obra, de un contrato de construcción de obra pública, de un contrato de suministro, de un contrato de transporte, etc. La razón que justifica esa exigencia es esencialmente igual para todos los contratos administrativos. El respectivo principio immanente de justicia que justifica tal solución, es de vigencia para toda especie de contratación.” (MARIENHOFF, Miguel S.. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III – A – Contratos Administrativos – Teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.473).

²⁶¹ “La rémunération contractuelle rapproche le regime des contrats administratifs de celui des contrats du droit privé. Mais les contrats administratifs présentent, on l’a vu, cette particularité remarquable que le cocontractant s’y trouve exposé, notamment du fait du pouvoir de modification unilatérale, à voir sa situation aggravée sans qu’il y soit pour rien. C’est pour compenser ce risque que dans tout contrat administratif existe, exprimé ou implicite, un droit du cocontractant à un certain équilibre financier du contrat.” (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1953, p.445).

A justa indenização também é apontada por MIGUEL S. MARIENHOFF como fundamento da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

*“(...) o fundamento do dever ético-jurídico do Estado de manter incólume o equilíbrio financeiro, a equação financeira, do contrato em benefício do cocontratante — indenizando-o adequadamente — ainda mais quando a alteração decorra de razões de “oportunidade” ou de “interesse público”, não é outra senão o princípio constitucional disposto no artigo 17 da Lei Suprema, que dispõe que não se pode impor a ninguém o sacrifício de seus interesses particulares em benefício público, sem o respectivo ressarcimento.”*²⁶²

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) como a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste, e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.²⁶³

A intangibilidade da equação é destacada por diversos doutrinadores²⁶⁴.

Para HELY LOPES MEIRELLES, o equilíbrio financeiro, expressão sinônima de “equilíbrio econômico”, de “equação econômica”, ou de “equação financeira” do contrato administrativo, “é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do

²⁶² “(...) el fundamento del deber éticojurídico del Estado de mantener incólume el equilibrio financiero, la ecuación-financiera, del contrato em beneficio del cocontratante — indemnizando adecuadamente a éste —, tanto más cuando tal alteración responda a razones de “oportunidad” o de “interés público”, no es outro que el “principio” constitucional emergente del artículo 17 de la Ley Suprema, em cuyo mérito a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares em beneficio público sin el respectivo resarcimiento.” (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III – A – Contratos Administrativos – Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp.472-473).

²⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.635.

²⁶⁴ Assim entendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Lúcia Valle Figueiredo, dentre outros.

*contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.”*²⁶⁵

Segundo a lição de JEAN RIVERO, o princípio do equilíbrio financeiro do contrato administrativo é uma de suas características essenciais e “*a contrapartida das prerrogativas da Administração.*”²⁶⁶

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA salienta que “o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é direito subjetivo e disponível do particular”²⁶⁷.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, em suma, tem natureza jurídica de princípio na medida em que se encontra assegurado na Constituição Federal indistintamente aos contratantes, já que a determinação constitucional é de que devam ser mantidas as condições que as partes efetivamente ajustaram no momento da celebração do contrato ou da oferta da proposta.

Nesse mesmo sentido o entendimento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO quando afirma que o equilíbrio econômico-financeiro é “garantia de mão-dupla”, a beneficiar tanto o particular como a Administração Pública. Sustenta que a ocorrência de áleas extraordinárias que venham a desonerar o concessionário há de implicar na revisão do contrato em benefício do poder concedente ou dos usuários, assim como ocorreria no caso inverso de oneração do concessionário, sempre tendo em vista a manutenção das condições originariamente estabelecidas entre as partes²⁶⁸.

4.1.2. Necessidade e relevância de sua manutenção

²⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p.221.

²⁶⁶ “(...) le principe de l’équilibre financier du contrat, que est l’une des caractéristiques essentielles du contrat administratif, et la contra-partie des prérogatives de l’administration.” (RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 5ª ed., 1971, p.118).

²⁶⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen. *Parceria público-privada: Aspectos de Direito Público Econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2007.

²⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p.637.

*“A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou intangibilidade da equação financeira, apresenta-se como o mais lido dos direitos do contratado.”*²⁶⁹

Ao celebrar um contrato, o empresário particular tem como principal objetivo a obtenção de lucro, vez que exerce atividade caracterizada pelo risco. O próprio termo *empresa* exprime noção de atividade com risco: *“onde há empresa, há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante.”*²⁷⁰

O risco a que se sujeita a atividade empresarial surge como consequência do próprio desenvolvimento mercantil, podendo ser definido pela possibilidade de perda de todo ou parte do capital empregado. O *“empresário opera necessariamente no âmbito das atividades que proporcionam alguma vantagem material ou econômica; melhor dizendo que a atividade empresarial, admite, tão-somente, finalidade lucrativa.”*²⁷¹

Assim, o lucro é a vantagem econômica decorrente do exercício da atividade empresarial e para sua obtenção a empresa deve exercer sua atividade em conformidade com a dinâmica do mercado atual, especialmente no plano dos contratos. Independentemente do regime jurídico a que se submete, a parte contratante sempre estará sujeita à lógica do lucro²⁷².

No momento em que o empresário enfrenta uma situação injusta advinda da mudança inesperada das condições e circunstâncias originais do contrato que celebrou, necessita lançar mão de instrumento que lhe garanta a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

²⁶⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p.508.

²⁷⁰ CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição* – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 94.

²⁷¹ *Idem ibidem*, p. 124.

²⁷² FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado* – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 175.

Segundo MIGUEL S. MARIENHOFF, *“As vantagens acordadas ao concessionário e os encargos que lhe são impostos, devem balancear-se de maneira que formem a contrapartida dos benefícios prováveis e as perdas previstas. Em todo o contrato de concessão há também implícita, como um cálculo, a equivalência honrada (“equivalência honesta”) entre o que se outorga ao concessionário e o que se lhe exige. E este cálculo de equivalência é essencial ao contrato (...)”*.²⁷³

4.1.3. Equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro.

Alguns autores distinguem equilíbrio econômico de equilíbrio financeiro: o primeiro, o econômico, é o que se refere ao preço estimado do objeto contratado, bem como ao lucro pretendido, considerados os riscos envolvidos que, se previstos contratualmente, poderão evitar prejuízos, muitas vezes, desastrosos.

O termo econômico diz respeito a lucro ou prejuízo. O lucro aumenta o patrimônio líquido, mas não a disponibilidade de dinheiro. Uma empresa pode estar em excelente situação econômica, com móveis, imóveis, equipamentos, investimentos em outras empresas, mas sem dinheiro para pagar suas dívidas. Ou seja, a situação financeira não se apresenta boa.

O termo financeiro, portanto, refere-se a dinheiro, a reajustes monetários decorrentes da inflação e da elevação do custo dos insumos. Representa a variação do caixa. É o movimento de caixa que mostra se a empresa consegue ou não aumentar a sua disponibilidade de recursos financeiros (fluxo de caixa).

²⁷³ *“Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las perdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como um cálculo, la equivalencia honrada (“equivalence honnête”) entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Y este cálculo de equivalencia es esencial al contrat (...).”* (MARIENHOFF, Miguel S.. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III – A – *Contratos Administrativos – Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 472).

Segundo ALICE MARIA GONZALEZ BORGES e ARNOLD WALD, equilíbrio financeiro é a garantia do cumprimento do *cash flow* (entrada firme de fundos financeiros), decorrente da obrigação, de origem constitucional, de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação, atendendo à variação do custo do dinheiro no mercado.

O equilíbrio financeiro diz respeito aos custos que devem sempre ser mantidos atualizados mediante a aplicação dos índices oficiais legalmente previstos, para que o contratado não sofra prejuízos em razão da respectiva defasagem.

Já, a equação econômica concerne à rentabilidade do contrato em seu aspecto global, garantindo que o particular que contrata com a Administração obtenha o lucro previsto na equação inicialmente pactuada, mantidos os preços originariamente estimados. A necessidade de revisão desses preços em decorrência de fatos supervenientes, imprevisíveis e imprevidos, exigirá que lhes seja acrescentado um valor adicional, gerando novas obrigações financeiras, a fim de restabelecer o equilíbrio inicial do contrato.

A expressão *equilíbrio econômico-financeiro*, portanto, abrange a equação lucro + dinheiro, cujo equilíbrio é mantido com a revisão contratual decorrente de circunstância imprevisível ou previsível de resultados incalculáveis, somada ao reajuste da moeda em face da inflação incidente no custo dos insumos.

4.1.4. Desbalanceamento da equação econômico-financeira

ANDRÉ DE LAUBADÉRE ensina que a idéia de equilíbrio do contrato administrativo advém do reconhecimento de sua integralidade, ou seja, de considerá-lo como um todo, no qual os interesses das partes se condicionam. Se esse equilíbrio, em razão de alguma circunstância vier a se romper de forma desfavorável ao particular, este

tem o direito ao respectivo restabelecimento pela Administração, que deverá compensá-lo pecuniariamente²⁷⁴.

O desbalanceamento da equação econômico-financeira do contrato consiste na variação entre as projeções inicialmente estimadas pelas partes e a realidade verificada no curso da execução do contrato²⁷⁵. Essa alteração no equilíbrio das condições ajustadas no momento da celebração do contrato tem eficácia econômico-financeira por gerar efeitos tanto na quantificação do objeto contratado, quanto na expectativa de lucratividade do particular, podendo causar prejuízos substanciais deflagradores da necessidade de recomposição ao estado original, ou até mesmo da rescisão contratual.

Uma vez alterado o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, cabe à Administração Pública o dever de recompô-lo, se possível, ou de rescindir o ajuste a pedido do particular contratado²⁷⁶.

A equação econômico-financeira dos contratos sofre alteração quando da ocorrência de áleas como o *fato da Administração*, o *fato do príncipe*, a *sujeição a fatos imprevistos* e a *imprevisão* ou *álea econômica extraordinária*, e uma vez alterada deve ser objeto de recomposição pela Administração ou de rescisão a pedido do contratado.

A revisão dos contratos administrativos é prevista no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, por acordo das partes “*para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou*

²⁷⁴ “*Cette idée d’équilibre ou, comme l’on dit encore, d’équation financière du contrat, consiste à envisager le contrat administrative comme formant un tout dans lequel les intérêts des parties se conditionnent; lorsque, dans certaines conditions que l’on précisera, l’équilibre initialement envisagé est rompu au détriment du particulier cocontractant, celui-ci a droit, à ce que l’équilibre soit rétabli par l’administration sous la forme d’une compensation pécuniaire.*”(LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1953, p.445-446).

²⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003, p.398.

²⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Malheiros Ed., 2003, p.509.

fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária extracontratual.”

4.2. Equilíbrio econômico-financeiro diante da repartição de riscos

A execução de todo e qualquer contrato administrativo envolve riscos, especialmente porque é a Administração Pública a contratante, que age em busca dos interesses da coletividade. Em contratos administrativos de longa duração, tais como as concessões, além dos riscos inerentes ao próprio objeto, há aqueles decorrentes do longo lapso temporal em que se desenvolve o relacionamento das partes contratantes.

A equação econômico-financeira que se forma no momento da celebração do contrato é passível de maiores riscos quanto maior sua duração [do contrato] porque fica sujeita a uma maior quantidade de eventos que poderão afetá-la.

A garantia ao equilíbrio econômico-financeiro serve como instrumento de justiça ao particular contratado porque impede que a modificação das condições originariamente estabelecidas no momento do ajuste, determinada pela Administração Pública ou decorrente de fatos que afetam a execução contratual, venha a lhe causar prejuízo.

Daí porque o sistema de distribuição de riscos e o mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro têm que ser considerados quando da definição da modelagem contratual²⁷⁷, em especial em contratos longevos tais como as concessões comuns e as parcerias público-privadas.

²⁷⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.118.

Nos termos da Lei nº 11.079/04, o parceiro privado pode assumir os riscos decorrentes de qualquer álea extraordinária se detiver maior aptidão de absorver os prejuízos eventualmente decorrentes; porém, não obstante essa assunção, no momento em que a alteração contratual, decorrente de álea extraordinária, imprevista e imprevisível, implicar em sua oneração excessiva, a ponto de refletir, de forma significativa, na execução do objeto contratado, colocando em risco o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada, o parceiro público deve intervir no sentido de recompor a equação originalmente acordada para evitar a rescisão do contrato. Se, todavia, ainda que mediante oportuna intervenção, o parceiro público não consiga impedir a rescisão contratual, deverão ser analisadas as causas, concausas e condutas, a fim de definir a responsabilização pelos danos resultantes.

O parceiro público é também titular do direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria público-privada na medida em que, eventual desbalanceamento, poderá prejudicar a eficiência e qualidade na execução do objeto contratado e, assim, frustrar a finalidade pública visada pela utilização desse tipo de contratação. No momento em que alguma alteração, de qualquer natureza, trazer dificuldade exacerbada para a continuidade da execução do contrato, é o interesse público que restará ameaçado, fazendo exsurgir o direito do parceiro público ao restabelecimento daquele equilíbrio inicial, o dever de restabelecê-lo e o direito de buscar o ressarcimento dos prejuízos a que não deu causa.

O parceiro privado tem o direito de invocar seu direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que, contratualmente, tenha assumido o risco pela álea que o gerou. Em contrapartida, o parceiro público tem o dever de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato de parceria público-privada, em defesa dos interesses da coletividade, a fim de, por exemplo, evitar a descontinuidade na prestação de um serviço público essencial.

Se o risco pela álea que causou o desbalanceamento da equação econômico-financeira do contrato foi assumido pelo parceiro privado no momento da celebração do ajuste, o parceiro público terá o direito de ser indenizado pelos prejuízos de sua necessária intervenção.

5. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1. A teoria da responsabilidade objetiva no direito brasileiro: o artigo 37, § 6º da Constituição da República. 5.2. Responsabilidade objetiva do Estado nos contratos administrativos. 5.3. A repartição objetiva de riscos da Lei nº 11.079/04 e a responsabilidade civil objetiva do Estado.

5.1. A teoria da responsabilidade objetiva no direito brasileiro: o artigo 37, § 6º, da Constituição da República

A submissão do Estado ao Direito, o reconhecimento dos direitos dos cidadãos e a necessidade social de reparação dos danos imputáveis à Administração Pública, foram fatores determinantes à superação da teoria da irresponsabilidade estatal, adotada à época dos governos absolutos.

Na segunda metade do século XIX, as primeiras soluções para a responsabilização do Estado perante os cidadãos foram encontradas no direito civil, com o surgimento da teoria civilista que, inicialmente, distinguia danos resultantes da prática de atos de império, daqueles decorrentes de atos de gestão. Apenas estes, de gestão, davam ensejo à indenização ao particular lesado, já que praticados pela Administração Pública despida de sua soberania, em igualdade de condições com os particulares, em contraposição com os atos de império praticados como manifestação do Estado soberano, com natureza exorbitante e derogatória do direito comum.

Essa distinção de atos foi, num segundo momento histórico, substituída pela culpa do direito civil, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia, pois não se admitia que uma lesão oriunda de atos praticados pela Administração Pública ficasse impune e que recaíssem ao particular seus resultados danosos. Surgiu, então, a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, por meio da qual, uma vez demonstrada a culpa do agente administrativo pelo dano causado ao particular, ao Estado caberia indenizar.

Todavia, a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para atender a todos os casos de reparação que passaram a surgir como resultado da multiplicação das atividades exercidas pelo Estado e da consequente ampliação das causas de danos. Nem sempre o lesado conseguia demonstrar o nexo causal entre o dano sofrido e a ilicitude da conduta do agente lesivo, precipuamente em razão da inferioridade de sua capacidade econômica em face do Estado. O que muitas vezes ocorria era a frustração da vítima pela não reparação do dano suportado e a consequente impunidade do responsável.

A necessidade de ampliar a cobertura para a reparação do dano, diante da inadequação evidenciada pela teoria da responsabilidade subjetiva, fez nascer a *teoria do risco*. A probabilidade de ocorrência de danos como resultado de alguma atividade administrativa é o seu fundamento.

Eventos danosos decorrentes do desempenho das atividades do Estado devem ser diretamente indenizados por este à vítima, sem a necessidade de que esta comprove falha ou culpa do serviço, pois suficiente que demonstre a ocorrência do dano e o nexo causal entre ele e a atividade estatal. É a idéia de risco que fundamenta a responsabilidade do Estado.

O direito positivo brasileiro adota a *teoria do risco integral* ou do *risco administrativo*. Elaborada originariamente por LEÓN DUGUIT²⁷⁸, funda-se no só fato da existência de um dano sofrido em decorrência do funcionamento do serviço público, sem se cogitar da culpa do agente ou da culpa do próprio serviço. Se o funcionamento do serviço

²⁷⁸ DUGUIT, León. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing et Cie. Editeurs, 1911.

serviço público causou um dano, a Administração Pública está obrigada a repará-lo, independentemente de ter ele decorrido de culpa²⁷⁹. A melhor doutrina objetivista²⁸⁰ aponta esse dever do Estado de assumir as consequências danosas do funcionamento do serviço público como mecanismo democrático de repartição de ônus e encargos sociais por toda a coletividade, de forma indireta e distributiva.

No cenário jurídico brasileiro, a *teoria do risco*, também denominada teoria da responsabilidade objetiva resultou de elaboração doutrinária e teve em ALVINO LIMA, seu precursor²⁸¹ e em JOSÉ DE AGUIAR DIAS seu principal defensor²⁸².

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal,²⁸³ consagra o princípio da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a particulares por seus servidores e estende a sua aplicação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, ou seja a todas as entidades estatais e a seus desmembramentos administrativos.

Independentemente da prova da culpa no cometimento da lesão, o Estado e todas as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou concessionárias e/ou permissionárias de serviços públicos, têm a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por seus agentes.

Os danos podem ser causados tanto pela prática de atos lícitos, como ilícitos. A doutrina italiana, a exemplo de Renato Alessi, diferencia *responsabilidade e ressarcimento*

²⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.132-133.

²⁸⁰ Vide entendimento de José de Aguiar Dias e seus comentários sobre os votos dos Ministros Orozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo (*Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.787-800); também Caio Mário da Silva Pereira adota a teoria objetiva e se reporta ao voto do Ministro Orozimbo Nonato, à obra de Amaro Cavalcanti (*in Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.132).

²⁸¹ Alvino Lima defendeu a doutrina objetivista em tese intitulada “Da culpa ao risco”, em 1938, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²⁸² Caio Mário Pereira da Silva refere-se a José de Aguiar Dias como o “campeão da doutrina objetiva em nosso direito” (*Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p.269).

²⁸³ *Constituição Federal - Art.37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

do dano resultante de ato ilícito do *dever de indenização*, este como decorrência da prática de ato lícito, em que, na realidade, estar-se-ia diante de uma lesão, e não de uma violação, a direito.²⁸⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, embora não acolha tal distinção terminológica adotada pelos doutrinadores italianos, distingue *sacrifício de direito* e *responsabilidade do Estado*, pois entende que não se pode falar em responsabilidade “quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder (...) cujo conteúdo reside especificamente em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial.”²⁸⁵ E, continua: “Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.”²⁸⁶

A responsabilidade do Estado é direta e objetiva com relação aos danos que seus agentes causarem a terceiros, e, indireta e subjetiva, quando se volta, em reverso, contra o agente responsável.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua importante obra *Responsabilidade Civil*, também preleciona:

“O art. 37, § 6º, da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causem a terceiros. A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (Revista dos Tribunais, vol. 484, p.68). Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de in rem verso, da

²⁸⁴ ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939, c.1, p.244.

²⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.995.

²⁸⁶ *Idem ibidem*, p.994.

*da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente*²⁸⁷.

Assim, a individualização da culpa ou dolo do agente público interessa apenas para fins de regresso, sem que afete a responsabilidade objetiva do Estado perante o terceiro prejudicado, caracterizada pela só demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano²⁸⁸.

5.2. Responsabilidade objetiva do Estado nos contratos administrativos

A limitação da atividade estatal em face dos direitos e liberdades individuais, decorrente da submissão do Estado ao império da lei — Estado de Direito —, ensejou a elaboração da teoria da responsabilidade estatal como garantia do direito dos administrados de obter ressarcimento dos prejuízos eventualmente suportados como decorrência da atuação da Administração Pública. Mesmo que essa atuação seja regular, lícita, em benefício de toda a coletividade, pode ela acarretar danos a direitos individuais que devem ser repartidos entre todos com base no “princípio da solidariedade patrimonial coletiva”, fundamento da teoria da responsabilidade objetiva, também denominada teoria do risco²⁸⁹.

Vale observar que, o dano advindo da execução de um contrato administrativo pode ter como sujeito passivo o próprio particular contratado pela Administração Pública ou um particular estranho ao ajuste. Tal significa que a Administração Pública, ao celebrar contratos, assume responsabilidade de duas naturezas: contratual e extracontratual, razão pela qual deve absorver os riscos deflagradores dessa ampla responsabilização.

²⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.133.

²⁸⁸ TJMG, 2ª C., Ap. 89.284-2, 29.9.92, Minas Gerais II 4.3.93, p.1 e Repert. IOB de Jurispr. 1/6076.

Todavia, embora os contratos administrativos, na medida em que sinalagmáticos e comutativos, não envolvam apenas riscos atribuíveis à Administração Pública — mesmo porque, também o particular contratado pode causar danos de ordem contratual e extracontratual como resultado das atividades relacionadas à execução do objeto do contrato, tendo como sujeito passivo a Administração Pública e particulares estranhos ao ajuste —, a *teoria do risco* é reservada para eventos danosos decorrentes de determinados riscos excepcionais advindos do desempenho de atividades pela Administração Pública, direta ou indireta, com reflexos contratuais internos e/ou externos.

A *teoria do risco*, aplicável no âmbito dos contratos administrativos, diz respeito a uma situação de potencial prejuízo resultante da atuação administrativa que pode acarretar alguma alteração das condições originariamente ajustadas entre as partes.

Dependendo do objeto do contrato, há riscos normalmente esperados ou previsíveis, de resultados calculáveis, e outros inesperados, imprevisíveis ou previsíveis de resultados incalculáveis. Os primeiros — normalmente esperados ou previsíveis, de resultados calculáveis — decorrem de eventos denominados *áreas ordinárias*. Os inesperados, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, são os resultantes das chamadas *áreas extraordinárias*.

Nos contratos administrativos, os riscos estão sempre ligados às alterações das condições originariamente ajustadas, ou seja, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecido no momento do ajuste. Sua maior ou menor intensidade implicará na revisão ou na rescisão do contrato.

Não há como entender-se que a extensão da responsabilidade objetiva estatal para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, concessionárias ou permissionárias, prevista no artigo 36, § 7º, da Constituição Federal, alcance também as demais pessoas jurídicas de direito privado que, de alguma forma, prestem serviço ou executem alguma obra mediante a celebração de contrato administrativo. Essas pessoas jurídicas de direito privado — empresas particulares — têm

²⁸⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 737.

seus contratos celebrados com observância da Lei nº 8.666/93 e não se sujeitam à Lei nº 8.986/95 que dispõe sobre concessões e permissões. Eventual dano causado por tais pessoas jurídicas de direito privado, não concessionárias ou permissionárias, deverá ser da responsabilidade direta e objetiva do Estado — Administração direta e indireta —, perante o terceiro lesado. As pessoas jurídicas de direito privado que não são delegatárias do Poder Público responderão ao Estado de forma subjetiva e indireta, em ação regressiva, equiparadas a agentes, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Por isso, não podem ser responsabilizadas objetivamente.

De igual entendimento, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem *“Perante terceiros, a responsabilidade é do Estado e se rege pelo artigo 37, § 6º, da Constituição; o Estado responde objetivamente, mas tem direito de regresso contra aquele a quem transferiu a execução da obra ou serviço, desde que este tenha agido com culpa”*²⁹⁰.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO vai além para afirmar que *“Ao se tratar de construção de obra pública, a doutrina é absolutamente coesa no afirmar ser do Estado a responsabilidade decorrente de danos causados por essas obras, pouco importando, até mesmo, terem o edital e o contrato transpassado tal obrigação ao construtor”*²⁹¹.

Nos contratos administrativos de empreitada, celebrados entre particular e Administração Pública, é o Estado, na condição de gestor, o primeiro responsável pelos danos suportados por terceiros, exercendo a atividade por meio da chamada execução indireta prevista no art. 6º, inc. VIII c/c art. 10, inc. II da lei n. 8.666/93.

O Estado, por força de sua concepção organicista, tem responsabilidade direta perante o administrado, o que implica imputar o dano causado ao particular diretamente à pessoa jurídica da Administração Pública, direta e indireta, à qual o agente causador do prejuízo exerce atividade.

²⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.331.

²⁹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p.279.

O reconhecimento da responsabilidade direta da pessoa jurídica de direito público respalda-se na teoria orgânica sustentada por HENRI MAZEAUD e LEON MAZEAUD:

*“O agente da administração é um órgão da pessoa jurídica pública. Toda pessoa jurídica deve responder pelos atos de seus órgãos porque são seus próprios atos, assim como toda pessoa física responde por sua própria conduta. Quando o órgão age como tal, é a pessoa jurídica que age. Quando o agente da administração age no exercício de suas funções de agente, é a pessoa jurídica pública que age. A regra decorre do conceito da própria personalidade jurídica; a pessoa jurídica age por seus órgãos; os atos destes são os seus; ela responde a esse título”*²⁹².

No mesmo sentido, FRANCESCO GARRI ensina que a Administração Pública tem responsabilidade direta pelos atos praticados por seus agentes, na qualidade de órgão da administração e no exercício das funções que lhe são inerentes, como consequência da relação orgânica que o liga ao ente público²⁹³.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao analisar a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes, assinala não haver uma bipartição, como se fossem representante e representado. Ao contrário, é uma relação orgânica, “*de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado*”, porque considerados uma unidade, uma única atuação²⁹⁴.

²⁹² “L’agent de l’administration est l’organe de la personne morale publique. Or, toute personne morale doit répondre des actes de ses organes parce que ce sont ses propres actes, comme toute personne physique répond des mouvements de ses mains. Quand l’organe agit en tant qu’organe, c’est la personne morale qui agit. Quand l’agent de l’administration agit en tant qu’agent, c’est la personne morale publique qui agit. La règle résulte de la conception même de la personnalité morale; la personne morale agit par ses organes; leurs actes sont les siens; elle en répond à ce titre” (MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*, Tomo III, 4^a ed., Paris: Sirey).

²⁹³ “Responsabilità diretta la quale significa che alla pubblica amministrazione va riferito ogni atto del dipendente se compiuto nella veste di organo dell’amministrazione medesima, nell’esplicazione delle funzioni a lui demandate, quale conseguenza del rapporto organico che lega il funzionario all’ente”. (GARRI, Francesco. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Turim: UTET, 1975, p.8).

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010, p.1008.

Interessado direto pela execução de alguma obra ou serviço público, é o Estado, na medida de seu dever de buscar o bem-estar comum.

Ao celebrar um contrato de concessão, o Estado transfere, com a autorização dada pelo artigo 175 da Constituição Federal, a exploração desse serviço público a uma pessoa jurídica de direito privado, por meio de contrato administrativo de concessão em que o concessionário o substitui na prestação daquele serviço. Ambos, porém, Estado e concessionário, detêm responsabilidade civil objetiva por danos que a atividade porventura venha a causar a terceiros. O concessionário age em nome próprio, uma vez que lhe foram delegados pela Administração Pública os poderes necessários indispensáveis ao exercício do serviço público; é, portanto, o responsável direto pela adequada prestação do serviço público.

Oportunos os ensinamentos de RENÉ SAVATIER:

*“Para os danos que não resultam necessariamente do planejamento da Administração, é o concessionário que, se os trabalhos são concedidos, responde perante terceiros, sem poder, com relação àquele, transferir sua responsabilidade aos empreiteiros que utiliza”*²⁹⁵.

O poder concedente, a seu turno, por força de seu dever de zelar pela boa qualidade do serviço ou da execução da obra pública, e de exercer fiscalização permanente sobre as atividades do concessionário, também deve responder objetivamente, ao lado deste, pelos danos que terceiros venham a suportar em decorrência dessas atividades.

Em suma, Estado e concessionário têm responsabilidade civil objetiva, perante terceiros prejudicados por conduta dolosa ou culposa (imprudência, negligência ou imperícia) de seus agentes, entendidos estes como todas as pessoas incumbidas, em caráter permanente ou transitório, da realização de algum serviço ou obra determinada pela

²⁹⁵ “Pour les dommages que ne résultent point nécessairement du plan de l'Administration, c'est le concessionnaire que, si les travaux sont concédés, en répond envers les tiers, sans pouvoir, à l'égard de ceux-ci, se décharger sur les entrepreneurs qu'il utilise” (SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tomo I, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1951).

Administração Pública direta ou indireta, assegurado a ambos o direito de regresso contra o eventual responsável pelos prejuízos.

Perante terceiros, tratando-se de concessão de serviço público, o Estado responde direta e solidariamente desde que a causa do evento danoso tenha decorrido de falha na escolha ou na fiscalização do serviço prestado pelo concessionário²⁹⁶; se os danos, todavia, decorrem de condutas estranhas à prestação do serviço público concedido, o Estado responderá de forma subsidiária ou complementar, apenas se o concessionário não possuir bens suficientes a suportar os prejuízos e desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e o fato omissivo do Poder concedente.

A respeito da responsabilidade da Administração por danos a terceiros aduz HELY LOPES MEIRELLES que:

“Até mesmo nas obras públicas empreitadas com empresas particulares prevalece a regra constitucional da responsabilidade objetiva da Administração pelo só fato da obra, porque, ainda aqui, o dano provém de uma atividade administrativa ordenada pelo Poder Público, no interesse da comunidade, colocando-se o executor da obra na posição de preposto da Administração, equiparável, portanto aos seus agentes. Essa responsabilidade é inafastável da Administração e intransferível ao construtor particular de obra pública, por resultante de mandamento constitucional intransacionável e, além disso, se liberada a Fazenda Pública, ficaria a vítima, em muitos casos, prejudicada em seu direito indenizatório, pela falta de recursos da empresa executora das construções lesivas”. (...) “Não se nega à Administração o direito regressivo de responsabilizar o construtor que, culposamente, causar danos a vizinhos ou terceiros na execução da obra pública, mas tal responsabilização só pode ser feita depois

²⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p.151.

de indenizado o particular lesado, nos precisos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”²⁹⁷.

Como antes mencionado, a regra da responsabilidade estatal objetiva, disposta no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, estende-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e não às demais que celebram contratos com a Administração Pública que não têm como objeto essa prestação, por força do disposto no artigo 70 da Lei nº 8.666/93²⁹⁸, que lhes atribui expressa natureza subjetiva à respectiva responsabilidade civil.

YUSSEF SAID CAHALI²⁹⁹ defende a natureza objetiva da responsabilidade civil do particular que executa uma obra pública frente a terceiros porque entende que aquele substitui o Estado ao realizar uma obra de interesse da coletividade, ainda que contratada sob a forma de empreitada. Daí porque, para o autor, a responsabilidade dos empreiteiros também se inclui na regra do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, como acima mencionado, sustenta a necessidade de comprovação de dolo ou culpa na conduta do empreiteiro causador do dano, ou seja, a subjetividade da respectiva responsabilidade civil. O Estado é que deve responder, perante terceiros, de forma objetiva, porque é o gestor da obra ou serviço empreitado, mas tem o direito de regresso contra o empreiteiro, a quem transferiu a execução da obra ou serviço³⁰⁰.

Segundo EDMIR NETTO DE ARAÚJO, o Estado tem: (i) o dever de indenizar diretamente o particular pelo prejuízo causado por conduta dolosa ou culposa de agente público, desde que presente o nexo de causalidade entre o dano e o serviço público ou coisa sob a guarda e responsabilidade estatal; e (ii) o poder-dever de ressarcir o erário público das

²⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p.299.

²⁹⁸ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Art. 70. *O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.*

²⁹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p.169.

³⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.332.

das despesas que assumiu ao indenizar o terceiro prejudicado, intentando ação regressiva contra o agente causador do dano³⁰¹. Salienta que essa é a regra prevista em nosso sistema constitucional de responsabilidade objetiva do Estado, contida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, também garantida pelo disposto no artigo 934 do Código Civil³⁰².

MARÇAL JUSTEN FILHO distingue dois regimes jurídicos para a responsabilidade civil afeta à atividade administrativa: (i) o regime próprio da responsabilidade civil das pessoas de direito público, sujeito à incidência de princípios e regras do direito público, que, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, alcança as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos; e (ii) o regime jurídico de responsabilidade civil privada das pessoas de direito privado, não prestadoras de serviço público (exploradoras de atividade econômica)³⁰³. Sob esse segundo regime estariam enquadradas as empreiteiras.

Em suma, o Estado deve responder, de maneira objetiva e direta, por danos causados a terceiros, resultantes de atividades desempenhadas por pessoas jurídicas de direito privado não prestadoras de serviço público, contratadas sob o regime da Lei nº 8.666/93. E, diante de seu dever de ressarcir o erário público das despesas havidas com a indenização que pagou ao terceiro prejudicado em decorrência de ato ou fato danoso a que não tenha dado causa ou contribuído, há de se voltar, o Estado, contra a pessoa jurídica de direito privado causadora do dano.

5.3. A repartição objetiva de riscos da Lei nº 11.079/04 e a responsabilidade civil objetiva do Estado

³⁰¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.800.

³⁰² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) - Art. 934. *Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.*

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.1246.

A isenção da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público somente se verifica se inexistente o nexo de causalidade entre a respectiva atuação e o dano causado³⁰⁴. Se a causa do dano tiver origem em álea a que o Estado ou o concessionário não deu causa, ou que ainda não tenha tido qualquer contribuição para sua ocorrência, não há considerar-se essa atuação, quer do Estado, quer do concessionário, causa eficiente do resultado danoso.

Se no contrato de parceria público-privada, em qualquer de suas modalidades, em razão da regra da repartição objetiva dos riscos, o parceiro público assumir determinado risco, ainda que não decorrente de álea de sua responsabilidade (v.g. risco da construção causado pela incorreta elaboração de estudos técnicos do solo), tal assunção em nada alterará a regra da responsabilidade civil de natureza objetiva perante terceiros eventualmente prejudicados, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal: o parceiro privado responderá diretamente pelo prejuízo causado a terceiros na medida em que é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. O parceiro público, a seu turno, responderá solidariamente, ao lado do parceiro privado, caso tenha deixado de realizar o necessário controle da prestação do serviço concedido (responsabilidade por omissão) ou tenha incorrido em falha na escolha do parceiro privado. Responderá o parceiro público de forma subsidiária à responsabilidade civil do parceiro privado, na hipótese deste não possuir patrimônio suficiente para arcar com o prejuízo verificado.

Na hipótese de um empreiteiro, contratado pelo parceiro privado, ser o agente causador do dano a terceiro, o parceiro privado responderá de forma direta e objetiva perante o terceiro prejudicado e, em ação de regresso, mediante comprovação de comportamento doloso ou culposos daquele [empreiteiro], buscará o respectivo ressarcimento.

Na mesma linha de considerações, se no contrato estruturado sob o regime da parceria público-privada, em razão da regra da repartição objetiva dos riscos, o parceiro privado assumir determinado risco, ainda que não oriundo de álea de sua responsabilidade (v.g. risco decorrente de álea econômica extraordinária que o leve a reduzir a segurança da

³⁰⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2004, p.975

obra), tal assunção também em nada alterará a regra da responsabilidade civil de natureza objetiva perante terceiros eventualmente prejudicados, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal: o parceiro privado, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, ficará obrigado a responder diretamente pelo prejuízo causado a terceiros, respondendo o parceiro público (i) de forma solidaria, se deixou de realizar o necessário controle da prestação do serviço concedido (responsabilidade por omissão) ou se falhou na escolha do parceiro privado, ou (ii) de forma subsidiária diante da insuficiência patrimonial do parceiro privado.

A consequência da regra sob análise é meramente contratual, entre os parceiros, consistente em permitir venham a ser indenizados, reciprocamente, caso o risco decorrente do evento danoso tenha sido contratualmente assumido pelo outro que não arcou com a indenização do terceiro prejudicado.

Em suma, a regra da repartição objetiva de riscos, prevista no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 11.079/04, não traz qualquer consequência à responsabilidade civil objetiva do Estado e das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

6. CONCLUSÕES

6.1. Finalidade e utilidade do estudo. 6.2. Conclusões finais.

6.1. Finalidade e utilidade do estudo.

Após a realização de um estudo analítico sobre os riscos associados aos contratos de parceria público-privada, sua repartição objetiva entre os parceiros e possíveis consequências jurídicas dessa repartição no equilíbrio econômico-financeiro de contratos dessa natureza, bem como na regra da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, algumas reflexões e considerações mostraram-se relevantes para o alcance da finalidade e utilidade almejadas neste trabalho, mediante as conclusões finais apontadas no item 6.2.

A origem do instituto de parceria público-privada em país que se submete ao sistema da *common law* teve influência marcante na construção da regra de repartição objetiva de riscos contida na Lei nº 11.079/04, uma vez que, sob tal sistema, vigora o princípio da inviolabilidade do contrato, que impõe seja prevista no instrumento contratual toda e qualquer circunstância apta a acarretar modificação nas condições originalmente estabelecidas.

A regra da repartição objetiva dos riscos, contida nos artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, não é taxativa quanto às áleas extraordinárias que menciona,

o que permite sejam, tanto as referidas quanto qualquer outra, alocadas a qualquer dos parceiros contratantes. A inovação da Lei nº 11.079/04 está em permitir a transferência ao parceiro privado de riscos advindos de áleas extraordinárias sempre então assumidas pela Administração Pública contratante nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e nas concessões comuns tratadas pela Lei nº 8.987/95.

Relevante assinalar que o instituto das parcerias público-privadas foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o principal objetivo de suprir a insuficiência de recursos públicos para a realização de grandes e vultosas obras de infraestrutura, imprescindíveis à viabilização da prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade.

Para alcançar esse objetivo, o Estado precisa, além de modificar sua imagem negativa perante o setor privado quanto ao cumprimento das variadas obrigações que assume nesse tipo de contratação, atrair referido setor oferecendo-lhe garantias e outros mecanismos de mitigação de riscos que, de alguma forma, façam com que o particular anteveja a obtenção de lucro — e não apenas de prejuízos — e desperte seu interesse em contratar com a Administração Pública.

Daí porque foi instituído, pela Lei nº 11.079/04, um sistema especial de garantias e de mecanismos de mitigação de riscos, dirigido a seduzir a iniciativa privada à contratação sob o regime da parceria público-privada. Tal sistema, no entanto, não pode ser utilizado pelo Poder Público como instrumento de sedução do particular, em detrimento de princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

A possibilidade de transferência ao parceiro privado de riscos e prejuízos da exclusiva responsabilidade do Poder Público, a exemplo dos decorrentes de *fato do príncipe* e do *fato da Administração*, inserta no artigo 5º, inciso III da Lei nº 11.079/04, fere frontalmente ao princípio geral de direito que dispõe que *aquele que causar dano terá que indenizar* (CC, art.186)³⁰⁵, bem como a princípios fundamentais dos contratos (da

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p.156.

relatividade dos efeitos do contrato³⁰⁶, da supremacia da ordem pública³⁰⁷ da boa fé objetiva (CC, art.422) e da função social do contrato (CC, art.421)³⁰⁸, além de contrariar alguns dos princípios norteadores de toda a atuação administrativa (da legalidade, da razoabilidade, da moralidade administrativa e da finalidade pública).

Dispõe o artigo 5º, inciso III da Lei nº 11.079/04 que, além das cláusulas essenciais das concessões comuns, os contratos de parceria público-privada devem prever a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a *caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*.

Tal dispositivo legal, embora não faça referência expressa ao *fato da Administração*, apresenta fórmula exemplificativa, não clausulada, que permite que qualquer risco e prejuízo, decorrentes de todo o tipo de álea extraordinária, seja transferido ao parceiro privado no instrumento do contrato.

Ou seja, de nada adianta a previsão da Lei nº 11.079/04 quanto a penalidades pela prática de crimes e de irregularidades administrativas, se em seu próprio texto permite a violação a princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico.

Ao lado dessas considerações, o estudo do tema relativo ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos possibilitou concluir-se que também o parceiro público é titular do direito à manutenção das condições originariamente avençadas, na medida em que eventual desbalanceamento da equação inicial do ajuste frustra a eficiência e qualidade na prestação do serviço ou na execução da obra visadas por esse tipo de contratação.

³⁰⁶ Por meio desse princípio, os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes contratantes, que manifestaram a sua vontade e se vincularam ao seu conteúdo, não alcançando terceiros nem seu patrimônio.

³⁰⁷ O princípio da supremacia da ordem pública limita a liberdade de contratar diante do conjunto de interesses jurídicos e morais que não podem ser ofendidos pela manifestação das partes ou pelo conteúdo do contrato.

³⁰⁸ *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato* (CC, Art.421), e os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (CC, art.422), que têm por finalidade impor aos contratantes uma conduta baseada nos ideais de honestidade e lealdade.

Foi possível inferir-se, outrossim, que o parceiro público tem o dever de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada em qualquer hipótese de desbalanceamento causado pela ocorrência de áleas extraordinárias, e caso venha a suportar prejuízos decorrentes de determinada álea cujo risco não lhe foi alocado, terá o direito de se ver ressarcido perante o parceiro privado que se responsabilizou contratualmente.

Por fim, chegou-se à conclusão de que a responsabilidade civil do Estado e de suas prestadoras de serviços públicos, de natureza objetiva, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, de âmbito extracontratual, não sofre qualquer reflexo como resultado da aplicação da regra contratual de repartição objetiva de riscos da Lei nº 11.079/04. Perante terceiros, o parceiro privado responde civil e objetivamente pelos danos causados pela obra pública e pela prestação de serviços públicos, independentemente de culpa ou dolo. O parceiro público responderá, de maneira subsidiária, perante terceiros, na hipótese de insuficiência patrimonial do parceiro privado para suportar o ônus, situação, aliás, bastante remota em face do amplo sistema de garantias previsto na lei sob comento. Ou responderá, de maneira solidária, na hipótese de omissão no controle da prestação do serviço concedido ou de falha na escolha do parceiro privado.

6.2. Conclusões finais

Estas, por fim, as conclusões sintetizadas, extraídas do estudo analítico realizado neste trabalho:

1. A regra da repartição objetiva de riscos, contida nos artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, decorre da importação do instituto da parceria público-privada do Reino Unido, sujeito ao sistema da *common law*, que exige a prévia e adequada alocação de riscos no bojo do instrumento contratual em razão do princípio da imutabilidade dos contratos (*vide* itens 1.3 e 1.3.9).

2. A previsão de compartilhamento de ganhos econômicos, contida no inciso IX, do artigo 5º, da Lei nº 11.079/04, é questão sem eficácia imediata porque ainda depende da modificação do cenário nacional no que tange ao mercado de crédito e à adoção de operações de refinanciamento pelo BNDES (*vide* item 1.3.2).

3. O rol constante do artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/04, é meramente exemplificativo quanto às áleas, podendo ser incluída, no instrumento do contrato de parceria público-privada, qualquer outra que possa significar risco à execução de seu objeto (*vide* itens 1.3.9 e 3.2).

4. Ampla é a liberdade contratual conferida à Administração Pública pela Lei nº 11.079/04 para repartir riscos com o parceiro privado, alcançando todos aqueles que decorrem de áleas extraordinárias, sem exceção (*vide* itens 1.3.9 e 3.2).

5. A transferência de riscos decorrentes de *fato do príncipe* e de *fato da Administração* ao parceiro privado fere frontalmente princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro (*vide* itens 2.4.3.2, 2.4.3.3, 3.2.2 e 6.1).

6. O sistema especial de garantias do artigo 8º da Lei nº 11.079/04, foi criado para, dentre outras finalidades: (i) permitir a ampla transferência pelo parceiro público ao parceiro privado de riscos decorrentes das mais diversas áleas extraordinárias; e (ii) assegurar o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias envolvidas nas contratações de parceria público-privada, inclusive daquelas advindas de revisões contratuais que visem a recomposição das condições econômico-financeiras originariamente ajustadas entre os parceiros (*vide* itens 1.3.3, 4.1.2 e 4.1.4).

7. A determinação do inciso II, artigo 5º, da Lei nº 11.079/04, a que haja previsão no instrumento de contrato de parceria público-privada de penalidades aplicáveis ao parceiro público por prejuízos oriundos de *fato da Administração*, bem como o sistema de penalidades previsto no artigo 29, da lei sob comento, mostram-se absolutamente inócuos diante da possibilidade da transferência dos riscos decorrente dessa álea ao parceiro privado que se extrai do rol não taxativo do inciso III do mesmo dispositivo legal (*vide* itens 1.3.8, 2.4.3.3, 3.2 e 3.2.2).

8. A natureza objetiva da repartição de riscos, a que se refere o artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/04, tem conotação de adequação, eficiência e razoabilidade, porque, embora os riscos devam ser alocados ao parceiro mais apto a absorvê-los com a finalidade de reduzir danos subjacentes, essa alocação há de ser adequada, eficiente e razoável, para não acarretar reflexos significativos às obrigações reciprocamente assumidas no momento da contratação e inviabilizar o cumprimento de seu objeto (*vide* itens 1.3.9 e 4.1).

9. A assunção de riscos pelo parceiro público nas parcerias público-privadas tem caráter subsidiário, pois, em regra, é o parceiro privado que apresenta maior aptidão econômica e melhor capacidade técnica para assumir riscos e prejuízos (*vide* item 1.3.9).

10. Tendo em vista que a forma de remuneração, em especial o acréscimo (*plus*) referente à contraprestação pecuniária que o parceiro público se obriga a pagar ao parceiro privado, é a característica diferenciadora entre as concessões comuns e as parcerias público-privadas, no momento em que alguma alteração, decorrente de fato imprevisível ou previsível de resultados imprevistos e incalculáveis, cause o desbalanceamento na fórmula inicialmente ajustada, afetando de forma substancial a equação econômico-financeira do contrato de parceria público-privada, o parceiro público tem o dever de recompor o equilíbrio afetado, independentemente de ter ou não assumido o risco contratualmente (*vide* itens 1.3.1, 4.1.4 e 4.2).

11. O parceiro privado tem o direito de invocar seu direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que no instrumento contratual tenha assumido o risco pela álea que gerou a modificação das condições originariamente estabelecidas, desde que a alteração nas condições originariamente ajustadas implique em sua oneração excessiva, colocar em significativo risco a execução do contrato. Nesse caso, o parceiro público deve intervir para recompor a equação econômico-financeira inicial, evitando, assim, a rescisão do contrato (*vide* itens 3.2.1, 4.1.2 e 4.2).

12. O parceiro público tem o direito de buscar perante o parceiro privado o ressarcimento das despesas havidas com a recomposição da equação econômico-financeira

do contrato se o risco pela álea que gerou a modificação das condições originariamente estabelecidas foi a ele, parceiro privado, alocado contratualmente (*vide* item 4.2).

13. O parceiro público é, assim como o parceiro privado, titular do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada, porque eventual alteração nesse equilíbrio poderá implicar na ineficiente execução do objeto contratado, ou seja, na perda da finalidade pública visada por esse tipo de contratação (*vide* item 4.2).

14. No momento em que alguma alteração, resultante de determinada álea extraordinária, trazer dificuldade exacerbada para a continuidade da execução do contrato, é o interesse público que restará ameaçado, fazendo exsurgir o direito de ambos os parceiros, público e privado, ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado, o dever do parceiro público de restabelecê-lo e o direito de se ver ressarcido dos prejuízos causados pela álea cujo risco tenha sido assumido pelo parceiro privado (*vide* itens 4.1.2 e 4.2).

15. A regra da repartição objetiva de riscos, prevista nos artigos 4º, inciso VI, e 5º, inciso II, ambos da Lei nº 11.079/04, não traz reflexo ou consequência jurídica à regra da responsabilidade civil objetiva do Estado e das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (*vide* itens 2.6.1 e 5.3).

16. A alocação contratual de determinado risco ao parceiro privado não afasta a responsabilidade solidária do parceiro público na hipótese de falha no controle da execução da obra ou de má escolha do parceiro privado, nem exclui a responsabilidade subsidiária do parceiro público no caso de insuficiência patrimonial do parceiro privado com relação aos prejuízos resultantes (*vide* item 5.3).

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, RENATO. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939, c.1.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *As parcerias público-privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Parcerias público-privadas**. São Paulo, Malheiros Ed., 2005, p.524-543.

_____. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2008, p.335-349.

ALVARENGA, José Eduardo. *Parcerias público-privadas: comentários à lei brasileira*. São Paulo: M.A. Pontes, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

_____. *As parcerias público-privadas — PPPS — no direito positivo brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, maio/ junho/ julho de 2005, Salvador, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; acesso em: 15 de abril de 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010.

_____. *A nova lei federal de concessões e permissões de serviços públicos e obras públicas*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 43. p.89-116, jun. 1995.

_____. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Reajustamento de preços contratuais. Prorrogação de prazo, além dos 360 dias originariamente contratados. Aplicabilidade da Lei nº 10.192, de 14.02.01*. In: **Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 611-616.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier e NEVES, Cesar das. *Parceria Público-Privada: riscos e mitigações em operações estruturadas de infraestrutura*. **Revista do BNDES**, v.12, n.23, p.73-118, jun.2005.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo. Malheiros, 1995.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *A experiência brasileira nas concessões de serviço-público e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros Ed.; p. 159-181.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1958.

CASTRO MENDES, João de. *Direito processual civil: apontamentos das lições*. Vol. II. A.A.F.D.U.L (Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, 1978-79.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA (Diretoria-Geral de Política Regional. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem sucedidas*. Documento traduzido e revisado pela KPMG Structured Finance S.A., março de 2003, extraído do site <http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guidesPPPguide.htm> acesso em: 23.06.2007.

COSSALTER, Philippe. *A “Private Finance Initiative”*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias Público-Privadas, um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed. , 2005, p.45-79.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

CRETELLA NETTO, José. *Comentários à Lei de Licitações e contratos da Administração Pública – PPPs*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição* – São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

_____. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____ et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

_____. *Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre, 22(5), 1994, p.17-31.

_____. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In _____; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.398-411.

DUGUIT, León. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing et Cie. Editeurs, 1911.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de et al. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n.67/68: 63-126, jan./dez. 2008.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007 (Coleção Atlas de Processo Civil/Coord.Carlos Alberto Carmona).

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

_____. *Apontamentos sobre aspectos controversos das Parcerias Público-Privadas*. In: *Contratos com o Poder Público*. Revista do Advogado, ano XXIX, n. 107 – Dezembro de 2009; AASP, p.113-121.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Malheiros Ed., 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1981.

GARRI, Francesco. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Turim: UTET, 1975.

GASPARINI, Diógenes. *Visão geral das parcerias público-privadas*. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol e ANDRADE, Rogério Emílio de. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: MP Editora, 2006, p.33-59.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2011.

GORDILLO, Agustín. *La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión: aspectos comunes*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.98, p.144, abr./jun. 1991.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. (Coleção Temas de Direito Administrativo, vol.6). São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A repartição de riscos na parceria público-privada*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.157-171, out./dez. 2008.

GUIMARÃES, Leonardo. *A SPE — Sociedade de propósito específico*. **RDM**, v.125, p.129-138.

JÈZE, Gastón. *Les principes généraux du Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010.

LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1953.

_____. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo. Tomo III – A: Contratos administrativos: teoria general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), **Parcerias público-privadas**, São Paulo, Malheiros, 2005, p.287-288.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile:délictuelle et contractuelle*, Tomo III, 4^a ed., Paris: Recueil Sirey.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

_____. *Reajustamento e recomposição de preços em contratos administrativos*. **Revista de Direito Administrativo**, v.139, p.11-21.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. *Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público*. **Revista de Direito Administrativo**. Seleção histórica. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1945-1995, p.205-220.

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

MOREAU, Jacques. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1989.

MOREIRA, Egon Bockmann. *A experiência das licitações para obras de infraestrutura*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. *Riscos, incertezas e concessões de serviço público*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p.35-50, out./dez./ 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Forense, 2009.

MUKAI, Toshio *et. al.* *Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. *O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.174-192.

Revista dos Tribunais, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010 (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.2).

OLIVEIRA, Fernão Justen. *Parceria público-privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2007.

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

_____. *Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária*. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo. n.49/50, 2005, p.166-188.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Administração Pública e direito do consumidor*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p.351-402.

_____. *O processo licitatório das parcerias público-privadas (PPP) na Lei 11.079/2004*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). Parte III - Licitações e Lei de Responsabilidade Fiscal. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.198-239.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de riscos nas parcerias público-privadas*. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v.13, n.25, p.155-182, 2006.

POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para contratação de parceria público-privada*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.141-158.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. *Risco e assimetria informacional nas relações empresariais*. **Revista de Direito Público de Economia – RDEP**, Belo Horizonte, ano 6, n.24, p.173-200, out./dez 2008.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários às leis das PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*, Paris: Dalloz, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Vol.3 – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

RUIZ, Matilde Carlón. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n.28, p.65-100, out./dez. 2009.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Tomo I, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1951.

SHINOHARA, Daniel Yoshio e SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias público-privadas no Brasil*. São Paulo: Ed. Manole, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. In: _____(Coord.). **Parcerias Público-Privadas**, São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p.15-44.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1917.

_____. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.63, p.1, jan./mar. 1961.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil (doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 2003.

VEDEL, Georges *et al* . *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

WALD, Arnoldo *et al* . *O direito de parceria e a lei de concessões*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Os serviços públicos no Estado moderno*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 23, v.89, p.199, jan./mar. 1986.

WALINE, Marcel. *Droit administratif*. Paris: Sirey, 1959.