

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOÃO GUILHERME CASTELAN PÓVOAS

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INCONSTITUCIONALIDADE DAS
GARANTIAS OFERECIDAS PELO PODER PÚBLICO À INICIATIVA PRIVADA

FLORIANÓPOLIS

2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Parceria público-privada: inconstitucionalidade das garantias oferecidas pelo poder público à iniciativa privada.**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **João Guilherme Castelan Póvoas**, defendida em **03/12/2009** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (100), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de Dezembro de 2009

Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)

Fábio Barcelos da Silva
Membro de Banca

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro de Banca

JOÃO GUILHERME CASTELAN PÓVOAS

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INCONSTITUCIONALIDADE DAS
GARANTIAS OFERECIDAS PELO PODER PÚBLICO À INICIATIVA PRIVADA

Monografia submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luis Carlos Cancellier
de Olivo

FLORIANÓPOLIS

2009

RESUMO

O presente estudo visa analisar, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, a vinculação de receita oferecida como garantia pelo Poder Público ao concessionário dos contratos administrativos de parcerias público-privadas. Para tanto, far-se-á uma abordagem sobre os princípios que regem a Administração Pública, bem como se discorrerá sobre os contratos administrativos, suas características e algumas modalidades disponíveis em nosso ordenamento jurídico. Ainda, será conduzida uma breve exposição do contexto histórico e das razões que impulsionaram a importação das parcerias público-privadas ao universo jurídico nacional. Por fim, será feita a contraposição de opiniões que analisam a constitucionalidade da vinculação de receita como forma de garantia nos contratos de parcerias público-privadas

Palavras-chave: Poder Público, Contratos Administrativos, Concessão, Parceria Público-Privada, Concedente, Concessionário, Vinculação de Receita, Garantia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	8
1. A Administração Pública e Seus Fundamentos	8
1.1 Conceitos e Princípios da Administração Pública	8
1.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública	9
1.2.1 <u>Princípio da Legalidade</u>	10
1.2.2 <u>Princípio da Impessoalidade</u>	12
1.2.3 <u>Princípio da Moralidade Administrativa</u>	14
1.2.4 <u>Princípio da Publicidade</u>	15
1.2.5 <u>Princípio da Eficiência</u>	17
1.3 Princípios Gerais do Direito Administrativo	19
1.3.1 <u>Princípio da supremacia do interesse público</u>	20
1.3.2 <u>Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade</u>	21
1.3.3 <u>Princípio da Continuidade do Serviço Público</u>	24
1.3.4 <u>Princípio da Motivação</u>	25
1.3.5 <u>Princípio da Segurança Jurídica</u>	28
CAPÍTULO 2	30
2. Os Contratos Administrativos – Características e Modalidades	30
2.1 Contratos da Administração e os Contratos Administrativos	30
2.2 Características dos Contratos Administrativos	32
2.3 Modalidades de Contratos Administrativos	36
2.3.1 <u>Concessão – Conceito e Natureza Jurídica</u>	37
2.3.2 <u>Concessão de Serviço Público</u>	38
2.3.3 <u>Concessão de Obra Pública</u>	39
2.3.4 <u>As Parceria Público-Privadas-Histórico e Considerações Preliminares</u>	40

2.3.4.1	Conceito e Modalidades.....	42
2.3.4.2	Concessão Patrocinada.....	43
2.3.4.3	Traços Comuns as Concessões patrocinadas e a Concessão de Serviço Público.....	44
2.3.4.4	Pontos Divergentes Entre a Concessão de Serviço Público e a Concessão Patrocinada.....	46
2.3.4.5	Concessão Administrativa.....	47
2.3.4.6	Pontos Comuns à Concessão Administrativa e à Concessão Patrocinada.....	49
2.3.4.6.1	Contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.....	49
2.3.4.6.2	Equilíbrio econômico-financeiro – a repartição de riscos.....	49
2.3.4.6.3	Compartilhamento de ganhos.....	49
2.3.4.6.4	Financiamento por terceiros. Garantias e Contragarantias.....	50
2.3.4.6.5	Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP).....	51
2.3.4.6.6	Sociedade de Propósitos Específicos.....	52
CAPÍTULO 3	53
3.	A Vinculação de Receita nas Parcerias Público Privadas a Luz da Constituição Federal – Art. 8º, I da Lei da lei n. 11.079/2004.....	53
3.1	Justificativas de um Sistema de Garantias Inovador.....	53
3.2	Apontamentos Gerais sobre o Sistema de Garantias das Parcerias Público-Privadas – Art. 8 da Lei 11.076/04.....	55
3.3	Vinculação de Receita como Garantia – art. 8, I, da Lei n. 11.079/2004.....	56
3.4	Constitucionalidade da Vinculação de Receita Como Garantia nas Parcerias Público-Privadas.....	57
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O Brasil, país rico em recursos naturais, sempre foi considerado uma nação de grande potencial e com futuro promissor. Todavia, o Estado brasileiro, lapidado a partir da concepção intervencionista adotada pelo modelo constitucional brasileiro, tem se demonstrado incapaz de fomentar o desenvolvimento nacional em níveis condizentes às expectativas.

Muitas são as justificativas apontadas para o insucesso do Estado no atendimento ao papel que a Constituição lhe confere. Com a estabilidade econômica conquistada pelo Brasil em 1994 após a implantação do Plano Real e, mais recentemente, com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, os Governantes tiveram a real noção do montante de recursos público disponíveis para investimento.

A partir de então, a idéia da escassez de recursos públicos, principal motivo para a falta de investimento nas obras e serviços públicos necessários ao desenvolvimento nacional, impulsionou a tese dos que urgiam pela revisão do papel do Estado na atuação e controle das funções econômicas imprescindíveis ao fomento a economia.

A resposta legislativa veio em 31 de dezembro de 2004, com a publicação da Lei n. 11.079. Instituiu-se no Brasil a parceria público-privada (PPP) como alternativa para atrair o capital privado para participar, junto à Administração, do esforço nacional de estímulo ao desenvolvimento econômico, seja através da execução de obras públicas, seja por meio da prestação dos serviços públicos.

No afã de tornar as parcerias público-privadas contratos administrativos mais atraentes para a iniciativa privada, o legislador conferiu à nova modalidade contratual um sistema de garantias um tanto controverso. Entre as tantas peculiaridades identificadas, conforme o texto apresentado pelo art. 8º, I, da Lei, estabeleceu-se a possibilidade de garantir os contratos administrativos de parcerias público-privadas através da vinculação de receita. Como se verá, dito dispositivo é de constitucionalidade questionada.

Para desenvolver um debate sobre a constitucionalidade da vinculação de receita como garantia nos contratos de parcerias público-privadas, no primeiro capítulo do presente estudo é apresentado o conceito de Administração Pública e uma abordagem sobre os princípios que regem todas as suas funções.

No segundo capítulo são discutidos conceitos, características e algumas modalidades de contrato administrativo. Na sequência, com mais ênfase, são apresentadas os dois novos tipos de contrato administrativo trazidos pela Lei das parcerias público-privadas, a concessão patrocinada e concessão administrativa, suas diferenças para com as concessões tradicionais e algumas das várias peculiaridades nelas contidas.

Por fim, no terceiro capítulo encontram-se desenvolvidos os motivos que proporcionaram a criação do peculiar sistema de garantias trazido pela Lei n. 11.079/04 e uma exposição das formas de garantias que a lei autoriza. Ao final, são apresentadas indagações doutrinárias sobre a constitucionalidade da vinculação de receita como garantia nos contratos de parceria público-privada.

CAPÍTULO 1

A Administração Pública e Seus Fundamentos

1.1 Conceitos e Princípios da Administração Pública

O Estado brasileiro, conforme lhe define o art. 1º da Constituição Federal¹, é formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, ou seja, é uno, indivisível e indelegável. O art. 2º o texto constitucional² determina que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o *Legislativo*, o *Executivo* e o *Judiciário*. Dessa separação decorrem as três funções da Administração Pública em sentido amplo; a legislativa, a executiva e a judiciária.

Para o presente estudo, interessa o conceito de Administração Pública em sentido estrito que, conforme os ensinamentos de Di Pietro (2007, p. 54), tem sua classificação subdividida em sentido subjetivo e objetivo. No sentido subjetivo temos as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa. No sentido objetivo, a atividade administrativa exercida por aqueles entes.

¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...].

² Art. 2. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

Entre as atividades exercidas pelos entes da Administração, podemos destacar o fomento, a polícia administrativa e, com mais ênfase, o serviço público.

O fomento ocorre na atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, seja através de subvenções, financiamentos, favores fiscais ou desapropriações. A polícia administrativa, por sua vez, manifesta-se nas restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Já o serviço público consiste nas atividades administrativas executadas para satisfazerem os interesses coletivos e ocorrem, predominantemente, sob regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2007, p. 54).

Ditos serviços públicos são assim considerados, justamente pelo caráter de imprescindibilidade que lhes são designados pelas necessidades coletivas. Motivos estes que acabam por deixarem essas atividades sob a tutela do Estado em níveis diferentes da genérica fiscalização que o poder de polícia estatal tem para com as atividades privadas em geral. Neste norte, Celso Antônio Bandeira de Mello assim disserta:

“Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera *de seu dever* assumi-las *como pertinentes a si próprio* (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, *as coloca sob uma disciplina peculiar* instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, *uma disciplina de Direito Público*”. (Mello, 2007, p. 658).

Em todas as funções exercidas pelas diversas esferas da Administração Pública, aquele que as opera deverá sempre respeitar máximas inderrogáveis. É, portanto, dentro desta lógica que os princípios do Direito Administrativo existem como corolário do equilíbrio almejado pelo Estado de Direito e a este propósito sempre servirão.

1.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública

O art. 37 da Constituição Federal³ define os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, quais sejam, os princípios da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *Eficiência*.

Todavia, não se pode imaginar que a Administração Pública seja regulada apenas pelos princípios explicitados no art. 37, *caput*, da Carta Política. Como bem se discorrerá, outros princípios que também fiscalizam a atuação da Administração aparecem em legislações exparsas, ou até mesmo, noutros artigos da Constituição.

1.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade é manifestação clara do Estado Democrático de Direito. “Nasceu junto com o controle do Judiciário e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”. (DI PIETRO, 2007, p.62). Neste mesmo sentido, José Afonso da Silva⁴ diz:

“O *princípio da legalidade* é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, [...]porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, enendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva

³ 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 [...].

⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Editora Malheiros, 2006,p. 420;

de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.”

Assim sendo, pode-se compreender que a Administração Pública, atada aos freios legais que garantem aos indivíduos respeito à seus direitos fundamentais, não pode perseguir indiscriminadamente os objetivos que lhes são determinados. Por esta razão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

“[...] administração é atividade subalterna à lei; que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro”. (MELLO, 2007, p.103).

Portanto, quando de um lado os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe, de outro a Administração Pública pode apenas fazer o que a lei autoriza. Em importante elucidação, Celso Antônio Bandeira de Mello cita Michel Stassinopoulos e Alessi:

“[...] Além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*”. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza”. (MELLO, 2007 p. 101)

Ainda, consoante o entendimento dos outros autores, citamos Hely Lopes Meirelles:

[...] a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2008, p. 89).

Por fim, as palavras de Alexandre de Moraes⁵ parecem esclarecedoras, assim transcritas:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo a incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. (MORAES, 2007, p.82).

1.2.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade atuante na Administração Pública enaltece a noção de que os atos emanados pelos servidores em suas atribuições definidas por suas funções públicas, não serão considerados atos próprios do servidor, mas atos e manifestações de vontade dos entes públicos aos quais representa. Este é o entendimento do professor José Afonso da Silva (2006, p. 667), que baseado nas lições de Gordillo ainda completa:

“O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do atos. ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal [...]”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 114) discerta sobre o princípio da impessoalidade numa abordagem diferenciada. Prega a máxima anunciada no art. 5º da Constituição Federal, conquanto reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁶. Desta máxima

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 399.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 839.

temos que não pode a Administração beneficiar alguns em detrimento de outros sem que haja critério determinado em lei para tanto.

Mello assim explica este princípio:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidade pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.
[...]não é senão o próprio principio da igualdade ou da isonomia. (MELLO, 2007, p. 175).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda ambas as acepções do princípio da impessoalidade e vai mais longe:

Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público. (DI PIETRO, 2007, p.247)

Em complemento aos ensinamentos apresentados, parece-nos interessante as considerações do professor Hely Lopes Meirelles⁷, que assim explica:

O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impões ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*. (MEIRELLES, 2008, p. 93).

Por fim, conclui-se afirmando que o princípio da impessoalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública. Caso não

⁷ desvio de finalidade

respeitada essa máxima estaríamos diante de um *desvio de finalidade*⁸ que, por sua vez, nada mais seria do que uma das modalidades de *abuso de poder*⁹.

1.2.3 Princípio da Moralidade Administrativa

Poder-se-ia afirmar que muitos doutrinadores não entendem a moralidade administrativa como um princípio¹⁰, mas como conceito absorvido pelo princípio da legalidade, entretanto, opta-se pela corrente de onde se extrai que a compreensão do instituto é de suma importância para garantir o bom uso dos meios que a Administração Pública utiliza para garantir os interesses coletivos.

A dificuldade em conceituar a Moralidade Administrativa decorre da distinção entre moral e direito. Abstratamente, se considerássemos que se ambos os conceitos fossem representados por dois círculos, a circunferência do Direito estaria dentro do campo da Moral. (DI PIETRO, 2007, p. 72).

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello assim disserta:

“[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé* [...]” (MELLO, 2007. P. 118).

No mesmo sentido, Silva (2006, p. 668) diz que a moralidade administrativa não deve ser confundida com a moralidade comum, pois aquela é uma moralidade jurídica e esta a moral de todas as coisas. Dessa forma, um ato administrativo pode estar investido de legalidade e ao mesmo tempo, faltar-

⁸ Op. cit. p.

⁹ O *abuso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas. (MEIRELLES, 2008, p. 112).

¹⁰ Op. cit. p.

lhe honestidade, moralidade e sensatez. Como Maurice Hauriou levanta, a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração¹¹.

Ainda, em complemento ao conceito de Hauriou, Maria Sylvia Zanela Di Pietro complementa:

“[...] implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”. (DI PIETRO, 2007, p. 73).

Em síntese deste princípio, Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka¹², assim apresenta:

Devemos entender este princípio como fundante da probidade administrativa, porquanto a Administração há de ser não apenas formalmente lícita, mas substancialmente lícita – o que significa dizer o exercício da discricionariedade com moderação, eficiência e sabedoria. Significa o zelo e a atenção nas escolhas e na execução em concreto destas escolhas. (TANAKA et al., 2008, p. 70).

Dessa forma, a cadeia de responsabilidades decorrentes de um entender moral, criterioso e honesto do uso das funções atribuídas à Administração Pública, confere ao Princípio da Moralidade Administrativa a sua importância. Tem-se mais uma garantia da correta atuação do Poder Público.

1.2.4 Princípio da Publicidade

Este princípio é a garantia constitucional da transparência nos atos praticados pela Administração Pública. A Administração deverá publicar seus

¹¹ Cf. HAURIUO, apud. SILVA, 2006, p. 668.

¹² TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro et. al. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 504.

atos para que os administrados possam ter consciência sobre as consequências que sobre eles recairão.

A Constituição Federal relembra este princípio de forma indireta em diversas inserções. No art. 37, *caput*, da Carta Magna, no art. 5º, XXXIII (direito a informação)¹³, XXXIV, “b” (no que concerne a apresentação de certidões)¹⁴, LXXII (*habeas data*)¹⁵. (MELLO, 2007, p. 114-115).

Para Hely Lopes Meirelles:

“A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários, e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais”¹⁶ (MEIRELLES, 2008, p. 97).

No mesmo sentido e com acréscido de outros elementos, Tanaka assim resume:

Finalmente, considere-se que também este princípio funciona vitalizando a legitimação política da ação administrativa, pelo acompanhamento, aceitação ou rejeição da sociedade. Afinal, a democracia implica na sua essência a responsabilidade política dos detentores do poder e dos que o exercem pela sociedade como um todo, porquanto, ao fim e ao cabo, a finalidade e o

¹³ Art. 5, XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, públicas informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo será imprescindível à segurança da sociedade e do estado;

¹⁴ Art. 5, XXXIV, “b” – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

¹⁵ Art. 5, LXXII – Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

¹⁶ SILVA, 2006, p. 670, apud. MEIRELLES.

escopo maiores de todo o sistema é servir, existir para a sociedade. (TANAKA et al., 2008, p. 70).

Assim sendo, não diferente do que ocorre com a violação de qualquer outro princípio regulador do Direito Administrativo, os atos ou contratos administrativos que desrespeitarem a publicidade, poderão deixar de produzir efeitos e estarão sujeitos a invalidação por falta do requisito de eficácia e moralidade. (MEIRELLES, 2008, p. 98).

Todavia, como expressão patente da poderação que os princípios exercem uns nos outros, não diferente dos demais, o princípio da publicidade também sobre exceções. A publicação dos atos da Administração pode não ocorrer, p. ex., quando o sigilo é “impressindível à segurança da Sociedade e do Estado”¹⁷. Protege-se, assim, o interesse da coletividade em detrimento do particular.

1.2.5 Princípio da Eficiência

Foi introduzido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, para orientar o exercício das atividades da Administração Pública. Também é conhecido como princípio da “boa administração” (MELLO, 2007, p. 122), pois, seria como a tradução do exercício das funções da Administração da maneira mais congruente, mais oportuna e mais adequada aos fins a serem alcançados, como consequência da escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como mais idôneos para tanto (FALCONE, apud. MELLO, 2007, p. 122).

Mello (2007, p. 122) vai mais longe com o conceito de Falcone, ao dispor que “tal dever não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico”.

¹⁷ Cf. Constituição Federal, art. 5, LXXII.

Por outro lado, para José Afonso da Silva não se trata de conceito jurídico, mas econômico, pois:

“[...] não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”. (Silva, 2006, p. 671).

Ainda nas palavras de Silva, o emprego deste princípio nada mais seria do que a busca pelos melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e ao menor custo; a consecução do maior benefício com o menor custo possível. Tem como conteúdo a relação meios e resultado. Assim se justifica:

[...] a *eficiência administrativa*, se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004)¹⁸ e em condições econômicas de igualdade dos consumidores. O princípio inverte as regras de competência, pois o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental. (SILVA, 2006, p. 671).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz dois aspectos do princípio da eficiência, a saber:

pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também como o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2007, p. 78).

Por fim, Di Pietro cita lúcida intervenção de Jesus Leguina Villa sobre o princípio da eficiência:

¹⁸ Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

“Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de que a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação de pura eficiência”. (VILLA apud. DI PIETRO, 2007, p. 79-80).

Nesta lógica posta pelo princípio da eficiência, a Administração Pública estará sempre impelida a perseguir seus objetivos da maneira mais econômica, benéfica e proveitosa possível.

1.3 Princípios Gerais do Direito Administrativo

São princípios gerais da aqueles não expressamente anunciados pelo art. 37 da Carta Política. Mesmo que alguns não sejam determinados pela constitucional, muitos destes princípios aparecem em legislação exparsa, como p. ex. na Lei nº 9.784 de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), onde o art. 2º da referida lei menciona os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público. Outro princípios nem sequer aparecem em legislação alguma, contudo, decorrem do própria existência da concepção moderna de Estado.

Cabe ao estudo uma abordagem sobre estes institutos, tão imprescindíveis às práticas da Administração quanto os dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

1.3.1 Princípio da supremacia do interesse público

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. (MELLO, 2007, p. 96).

No mesmo norte, Marçal Justen Filho¹⁹, traz:

"a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia".

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que esse princípio também pode ser chamado de princípio da *finalidade pública*, e portanto, "[...] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade em toda a sua atuação". (DI PIETRO, 2007, p. 62)

Ainda, para MELLO:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou

¹⁹ JUSTEN, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 2, 35, 36, 37, 39

tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional alguma aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (MELLO, 2008, p. 96).

Importante atentar, a invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não pode ocorrer sem critério ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “[...]jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*[...]”. (MELLO, 2007, p. 97).

Neste norte, o doutrinador ainda afirma

as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são “deveres-poderes”. Isto proque a atividade administrativa é desempenho de “função. (MELLO, 2007, p. 98).

Por todo o exposto, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado decorre do pressuposto máximo de que o Estado representa a coletividade, o interesse público. Uma vez sendo o Estado representado em sua esfera executiva pela Administração Pública, esta sempre representará o interesse geral, razão pela qual, respeitados os direitos fundamentais nas suas condições constitucionais, o interesse público será sempre preponderante quando contraposto ao interesse privado.

1.3.2 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

Cabe ao administrador agir de forma equilibrada. Não pode ele, a sabor da discricionariedade que lhe é conferida, tomar decisões incompatíveis com os objetivos da Administração Pública.

A respeito do tema, Di Pietro (2007, p. 75) traz os ensinamentos de Gordillo, de onde se extrai que “[...]a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar”.

A concepção do princípio da Razoabilidade concebida por Maria Silvia Zanella Di Pietro não é consenso na doutrina nacional e internacional, eis que, segundo os Virgílio Afonso da Silva²⁰, haveria uma errônea interpretação dos conceitos *princípio*²¹ e *regra*²², sendo que para alguns o que se interpreta como princípio da proporcionalidade, em verdade, deveria ser entendido regra da proporcionalidade. Atemo-nos a esta breve indagação, vez que não é objetivo principal do presente estudo.

Alexandre de Moraes afirma que o princípio da razoabilidade:

Pode ser aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas -,

20 SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais. n. 798 , p. 23-50, 2002.

21 Princípios expressam deveres prima facie, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas" (ALEXY, apud. SILVA, 23-50, 2002).

22 Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. (ALEXY, apud. SILVA, 23-50, 2002).

e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. (MORAES, 2007, p. 97).

Moraes ainda atenta para o perigo de se confundir o princípio da razoabilidade com os critérios utilizados para a sua aplicação, que a seu ver, seria a proporcionalidade. Tal preocupação tem fundamento nos critérios de Paulo Bonavides, que assim apontam as ambigüidades terminológicas:

[...] os termos mais utilizados na Alemanha para esse princípio são 'proporcionalidade' (*Verhältnismässigkeit*) e 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*, i. e., *Sinn*), que compõem o sobredito princípio". (BONAVIDES, apud. MORAES, 2007, p. 97-98).

Assim, a proporcionalidade seria, como ainda explica Moraes (2007, p. 98, utilizada como "parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos, inadequados, buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível, como corolário ao princípio da igualdade".

Em suma, conforme apresenta o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] A administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidade da lei atributiva da discricção manejada. (MELLO, 2008, p. 108).

Assim, portanto, a Administração Pública deverá sempre ter observância ao critério de "adequação entre os meios e fins", núcleo da razoabilidade, o que, conseqüentemente, veda a "imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao

atendimento do interesse público”, apresentando-se o alicerce da noção de proporcionalidade. (MEIRELLES, 2007. p. 95).

1.3.3 Princípio da Continuidade do Serviço Público

Este princípio decorre da máxima em que “cumprir ao estado garantir os serviços essenciais à coletividade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Maria Sylvia Di Pietro, trás as seguintes conclusões acerca dos serviços públicos:

1. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social;
2. é o estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não assumir como própria;
3. daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;
4. não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço do poder de polícia, fomes e intervenção; o que preferem restringir

mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2007, 69).

TANAKA assim traz:

Sendo o Estado uma instituição permanente, permanente também deverá ser o que lhe corresponda. Assim, as atividades e funções do Estado – onde se inclui a Administração, com o enfoque que vimos dando – também são permanentes, ininterruptas. Isto porque as necessidades e demandas da sociedade o são. (TANAKA, 2008, p.74).

É justamente desta última citação que podemos assim concluir: uma vez sendo a Administração guardiã dos interesses coletivos, e tendo por certo que os serviços públicos são justamente os meios pelos quais se busca alcançar tais interesses, todo o esforço necessário para se atingir esses objetivos jamais poderá ser mitigado pela inércia da Administração Pública.

1.3.4 Princípio da Motivação

A doutrina moderna considera superada a escola que tratava de forma distinta a obrigatoriedade de motivação nos atos vinculados e nos discricionários. Hoje, sua obrigatoriedade se justifica a qualquer tipo de ato, pois que se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos. (Di Pietro. 2007, p. 76).

Celso Antônio Bandeira de Mello assim afirma ser a origem do princípio da motivação:

“O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1^a, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5^o, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem

titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”. (Mello, 2007, p. 112).

e complementa:

“Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada”. (Ibid., loc. Cit.)

Assim sendo, os atos da administração deverão estar sempre investidos da motivação. O respeito a este princípio pode ser considerado como materialização do princípio da publicidade e também como mecanismo de controle da legalidade, moralidade e razoabilidade. (TANAKA ad Al., 2008, p. 75, 76).

Em ressalva, destarte ser implícito que todo ato administrativo deva ser motivado, Di Pietro (2007, p. 77-78), faz menção direta ao art. 2º, *caput*, par. ún., VII, da Lei n. 9.784/99²³ onde há exigência de “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”. Na mesma lei, o art. 50 define situações específicas em que a motivação é obrigatória, quais sejam quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direito ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de exame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

²³ Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Por outro lado, o que se apresenta no art. 50 da Lei 9.784/99 não são critérios absolutos de aplicação obrigatória. Alexandre de Moraes (2008, p. 103), apresenta três casos em que a motivação poderia ser excluída:

- atos administrativos não escritos (verbais ou gestuais). Por exemplo, a Constituição Federal prevê no inciso XXV, do art. 5º, o direito de requisição do Poder Público, ao estabelecer que em caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano. Nessa hipótese, haverá a possibilidade de o ato administrativo ser gestual ou verbal; (MORAES, 2008, p. 103).
- atos administrativos cujos motivos de fato e de direito sejam notórios e indubitáveis. José Eduardo Martins Cardoso corrobora esse posicionamento, afirmando não haver necessidade de motivação “nos atos em que se possa saber por sua mera prática, de forma indubitável pelas circunstâncias que marcaram sua realização, qual o fato possível de ser qualificado como seu motivo, e a razão de ser jurídica de sua prática”. (CARDOSO, apud. MORAES, 2008, p. 104).
- atos administrativos decorrentes de vontade tácita da Administração, ou seja, quando o silêncio, por expressa previsão do ordenamento jurídico, for considerado como ato administrativo. como ensina Roberto Dromi, “a vontade pode ser expressa ou tácita. A vontade é expressa quando a conduta administrativa se exterioriza através de uma palavra oral ou escrita, ou por símbolos ou signos. A vontade é tácita quando o silêncio administrativo, por expressa previsão do

ordenamento jurídico, é considerado ato administrativo”.
(DROMI, apud., MORAES, 2008, p. 104)

Por fim, essas exceções apresentadas em nada prejudicam o sentido como o princípio da Motivação deve ser recepcionado, pois a regra geral diz que “a motivação é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, vinculado ou discricionário, como corolário dos demais princípios que regem a Administração”. (MORAES, 2009, p. 102).

1.3.5 Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica, na acepção de José Afonso da Silva (2006, p. 433), consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

É decorrente deste conceito que Hely Lopes Meirelles, resume as palavras de Canotilho e Almiro do Couto e Silva:

O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho, um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para Almiro do Couto e Silva, um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio de boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquela que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito”. (2008, p. 99-100).

Não diferente da importância que Meirelles empresta a este princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello não faz por menos:

[...] o princípio da segurança jurídica, o qual, se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito, como

acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles. Por força do sobredito princípio cuida-se de evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso. A prescrição, o direito adquirido, são exemplos de institutos prestigiadores da segurança jurídica.

Maria Sylvia (2007, p. 80) disserta que este princípio teria como objetivo impedir que a Administração indiscriminadamente alterasse a sua forma de interpretar os textos jurídicos, vendando a interpretação retroativa. Se assim ocorresse, as situações já reconhecidas e consolidadas seriam afetadas a ponto de afetar a segurança jurídica. Contudo, a mesma autora faz ressalva ao emprego deste princípio, pois se não aplicado com cautela, poderia levar ao absurdo de impedir a Administração anular atos praticados com inobservância da Lei, o que não é o objeto.

Em suma:

A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo” (DI PIETRO, 2007, p. 80).

Assim, o princípio da segurança jurídica enseja o que seu próprio nome cogita; a segurança. Tanto os administrados como a Administração poderão sempre, dentro do escopo regulamentar vigente, analisar, elaborar ou meramente ter previsão ou expectativa de quais serão as consequências de qualquer ato, sejam seus ou da outra parte. Tudo ocorre de forma a lhes conferir segurança, pois não há espaço para “grandes surpresas”.

CAPITULO 2

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES

2.1 Contratos da Administração e os Contratos Administrativos

A expressão “Contratos da Administração”, empregado em sentido amplo, sinaliza para todas as formas de contratação celebradas pela Administração Pública, seja sob o regime jurídico publicístico, ou sob o regime de direito privado. Já a expressão “contrato administrativo” conforme ensina Maria Silvia Zanella di Pietro:

[...] é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO, 2007, p. 237).

A mesma autora, ainda ressalta que nos contratos de direito privado, a Administração se nivela à outra parte do contrato, numa relação de horizontalidade. Por outro lado, nos contratos administrativos, ocorre uma relação com traço vertical, haja vista a posição de supremacia que Administração mantém perante o particular. (Ibid., 237).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela

Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos –, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. (MELLO, 2007, p. 605)

No que tange ao uso termo Contrato Administrativo, amplamente utilizado pela maior parte da doutrina, Mello (2007, p. 610) tem posição divergente. Afirma contundentemente que o emprego da palavra “contrato” para intitular as avenças entabuladas pela Administração Pública com a iniciativa privada – estabelecidas para consecução de um determinado interesse público –, não é apropriada, pois:

Em Suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele. (MELLO, 2007, p. 609).

Ainda, uma segunda corrente acredita que todo contrato celebrado pela administração é contrato administrativo, “porque em todos os casos os acordos de que participa a Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo”, aplicando-se sempre o direito público e não o direito privado. (DROMI, apud., DI PIETRO, 2007, p. 238).

Noutra vertente, Di Pietro opta pela corrente que entende os contratos administrativos como espécie do gênero contrato, pois que:

O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Ele existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie contrato de direito público, que, por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo. (DI PIETRO, 2007, o. 239).

E fundamenta tal posicionamento, pois entende que os contratos administrativos possuem características básicas a qualquer tipo de contrato, público ou privado, a saber:

a) um acordo voluntário de vontades, indissolavelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistente no tempo, formando uma vontade contratual unitária; b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros; c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes. (TEIXEIRA, apud. DI PIETRO, 2007, p. 241).

Contudo, em que pese as divergências doutrinária, é pacífico que os ditos Contratos Administrativos são regidos pelos princípios que protegem os interesses da coletividade. Dessa máxima, surgem características ausentes nos contratos firmados entre particulares ou nos contratos de direito privado que a Administração celebra com o particular.

Analisemos, agora, as características mais importantes dos contratos administrativos, conforme a abordagem dada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e, subsidiariamente, apresentando contribuições de outros autores.

2.2 Características dos Contratos Administrativos

Os contratos em que a Administração Pública é parte, regidos pelo direito público, apresentam as seguintes características²⁴.

- presença da Administração Pública como Poder Público;
- finalidade pública;
- obediência à forma prescrita em lei;

²⁴ DI PIETRO, p. 247

- procedimento legal;
- natureza de contrato de adesão;
- natureza *intuitu personae*;
- presença de cláusulas exorbitantes;
- mutabilidade.

A finalidade pública será sempre característica intrínseca aos contratos administrativos, vez que sua ausência configuraria desvio de poder. Esta prerrogativa ocorre porque a Administração, como um dos pólos do contrato administrativo, representa o poder público, razão pela qual garante a sua posição dominante.

Contudo, não se pode construir uma concepção de contrato administrativo em que a Administração tudo pode indiscriminadamente e, no outro lado da avença, a iniciativa privada seria apenas o “usada” como meio para a consecução dos objetivos da Administração. A finalidade pública que investe os contratos administrativos não significa que do outro lado da avença inexistam interesse privado, ocorre apenas a obrigação da finalidade pública estar sempre presente. Assim sendo, quando de um lado os contratados se submetem à uma série de prerrogativas que demonstram uma sujeição aos interesses do Poder Público, como alude o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, de outro:

A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado. (MELLO, 2007, p. 613)

Por isso, Mello ainda afirma:

O regime de contrato de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos participantes contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência ilustra este fato de maneira marcante. (MELLO, 2007, p. 613).

Outra característica dos contratos administrativos é obediência da forma prescrita em lei – manifestação explícita do princípio da legalidade²⁵. Dessa máxima temos que nos contratos administrativos nada ocorrerá senão como o prescrito em lei.

A consequência prática da obediência a forma prescrita em Lei é a certeza de que os contratos administrativos estarão sempre vinculados a um procedimento legal.

Para Di Pietro (2007, p. 252) A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos, que poderão variar de uma modalidade para outra, englobando medidas como avaliação, motivação, autorização legislativa, autorização pela autoridade competente, licitação e indicação de recursos orçamentários.

A natureza dos contratos administrativos será sempre de contrato de adesão, ou seja, a cláusulas serão impostas pela administração. Esta característica é corolário do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Constitui distinção marcante entre os contratos administrativos daqueles regidos pelo direito privado.

Não diferente, a “natureza *intuito personae*” também se manifesta nos contratos administrativos, pois que os contratos que exigem licitação são firmados em razão das condições pessoais do contratado.

Outra característica importante dos contratos administrativos é a presença das cláusulas exorbitantes. Para Di Pietro (2007, p. 253), “elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”. Fato que ocorre em decorrência dos vários princípios que sinalizam a Administração Pública de “representante” do interesse público.

²⁵ item 1.2.1

Várias são as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos. segundo Di Pietro as clausulas exorbitantes mais importantes são:

- Exigência de garantia: A administração pode exigir uma garantia do contratado;
- Alteração unilateral do contrato: A administração poderá alterar o contrato;
- Rescisão Unilateral: O contrato pode ser rescindido pela Administração;
- Fiscalização: O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato;
- Aplicação de Penalidade: A inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções;
- Anulação: A Administração pode anular seus atos e dessa prerrogativa um contrato vigente pode ser prejudicado;
- Retomada do Objeto: Aplicação do princípio da continuidade do serviço público;
- Restrição ao uso da *Exceptio non adimplenti contractus*: Mesmo que inadimplente, o contratado não poderá cessar sua atividade.

Faz-se necessário ressaltar que mesmo as cláusulas exorbitantes tem condições e limites de aplicação, cada qual conforme a legislação que lhes autoriza.

Por fim, como característica do contrato administrativo temos a mutabilidade que, por sua vez, confere a Administração “o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público” (DI PIETRO, 2007, p. 260).

2.3 Modalidades de Contratos Administrativos

Dentre as várias formas que a Administração Pública pode contratar com a iniciativa privada, considerados apenas os contratos regidos pelo regime jurídico de direito público, elencamos as seguintes modalidades²⁶:

contrato:

- 1) de locação de serviços;
- 2) de fornecimento;
- 3) de obra pública;
- 4) de empréstimo público;
- 5) de função pública;
- 6) de concessão:
 - a) de uso de bem público;
 - b) de obra pública;
 - c) de serviço público;
 - d) Parcerias Público-Privadas:
 - I) concessão patrocinada
 - II) concessão administrativa.

Em que pese todas as modalidades contratuais aqui elencadas para fins exemplificativos, interessa ao presente estudo analisar as modalidades de concessão de serviço público, de obra pública e, por óbvio, com mais ênfase as parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa).

2.3.1 Concessão – Conceito e Natureza Jurídica

²⁶ cf. DI PIETRO, 2007, p. 271-330

A doutrina não é pacífica sobre a definição do instituto da concessão. Di Pietro, de forma sucinta, apresenta as três grupos:

1) Os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão* de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direito ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês; 2) os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público; 3) os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos. (DI PIETRO, 2007, p. 271, 272).

Analisadas as observações, Di Pietro conceitua concessão em sentido amplo como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. (DI PIETRO, 2007, p. 274).

No que se refere a natureza jurídica das concessões, Di Pietro (2007, p. 275) coloca-se entre “os que atribuem à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público”²⁷.

Em suma, as concessões nada mais são do que os meios em que a Administração passa à terceiros (administração indireta ou iniciativa privada) o dever de atender determinado interesse da geral.

2.3.2 Concessão de Serviço Público

²⁷ cf. item 2.1

A concessão de serviço público, precedida ou não de realização de obra pública, está assim definida na Lei n. 8.987/1995, art. 2º, incisos II e III:

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

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

II I – 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 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;

Do que se extrai do texto normativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define esta modalidade de concessão:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (DI PIETRO, 2007, p. 278).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (MELLO, 2008, p. 690).

No que tange as características da concessão de serviços público, as regras são as mesmas dos demais contratos administrativos. Dessa forma, as cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente poderes excepcionais,

a possibilidade de aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão, entre outras, são características que acompanham as concessões de serviço público. Todas essas condições impostas pelo universo de princípios que regem o Direito Administrativo, sempre no objetivo maior de resguardar os interesses da coletividade.

2.3.3 Concessão de Obra Pública

O art. 2º, III da Lei n. 8.987/95 assim dispõe:

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

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

A primeira vista, a leitura do texto normativo não apresenta menção direta a concessão de obra, contudo, em que pese em princípio transparecer que não exista concessão de obra pública, para Di Pietro uma análise conjugada da prática diária com o próprio corpo da lei remonta à existência dessa modalidade de concessão, pois assim fundamenta:

O conceito contido no art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987, embora fale em “concessão de serviços públicos precedida de obra pública”, na realidade admite que, após o término da obra, o concessionário apenas explore comercialmente a própria obra, sem prestar necessariamente um serviço público. Com efeito, na parte final do dispositivo, há referência ao fato de que o investimento da concessionária pode ser “remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”. (DI PIETRO, 2009, p. 131).

Admitida a existência da concessão de obra pública, é importante atentar que nesta modalidade de concessão a contraprestação recebida pelo concessionário não poderá ser feita pelo concedente, sob pena de configurar contrato de empreitada.

A partir dessas considerações se pode chegar ao conceito de concessão de obra pública, conferido por Di Pietro:

[...] é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. (DI PIETRO, 2009, p. 130).

Por fim, ressalta-se que esta modalidade de concessão submete-se às mesmas normas estabelecidas para a concessão de serviço público.

2.3.4 As Parceria Público-Privadas – Histórico e Considerações Preliminares

As parcerias público-privadas surgiram na Inglaterra faz aproximadamente 20 anos. No Brasil, a idéia inicial apareceu no cenário político nacional através do projeto de Lei n. 2.546/03 apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Na Câmara, o projeto inicial foi convertido no Projeto de Lei n. 10/2004 que, após chegar ao Senado em 21 de dezembro de 2004 e ser substancialmente alterado, retornou à Câmara e foi convertido na Lei n. 11.079 de 31 de dezembro de 2004.

Dentre as tantas justificativas utilizadas para a importação da inovação legislativa, pode-se citar com mais ênfase a sempre aclamada necessidade de realização de obras de infra-estrutura, para as quais o governo não dispunha de recursos suficiente. Contudo, *contrariu sensu*, para atrair a iniciativa privada o legislador estabeleceu um sistema de contraprestações e garantias prestadas pela Administração ao concessionário extremamente vantajoso. Isto foi, senão, um tanto contraditório, pois “se o poder público não

dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado da forma adequada”. (DI PIETRO, 2009, p. 144).

Destarte o exemplo singular, muitas foram as justificativas apresentadas no anteprojeto de lei, algumas elencadas com propriedade, outras, como a apresentada, regradas de contradições. (DI PIETRO, 2007, p. 143-145).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, crítico assíduo desta inovação legislativa, as parcerias público-privadas não passam de um:

[...] instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da Sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A “parceria público-privada”, que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista – outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros –, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo anterior, em despeito de sua ála cre submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro. (MELLO, em nota, 2008, p. 761).

Abordadas algumas críticas existentes a esse modelo de contrato administrativo, alguns são os autores que preferem enaltecer o que seriam os objetivos positivos. Neste sentido, Celso Spitzcovsky²⁸ relembra:

[...] cada vez menos a Administração apresenta condições de atender sozinha às demandas que se multiplicam nos mais diversos setores, exigindo fortes investimentos para a realização de projetos de enorme envergadura, como a construção de hidroelétricas, a melhoria da malha rodoviária, a construção de novas penitenciárias, estações de metrô, hospitais e escolas. (SPITZCOVSKY, 2008, p. 246)

E por assim entender, o Spitzcovsky finaliza:

Nesse contexto, a solução encontrada foi procurar atrair recursos privados em condições mais favoráveis para fazer

²⁸ SPITZCOVSKY, Celso. Direito administrativo. 10ª ed., São Paulo: Método. 2008, p. 587

frente a esses projetos, garantindo, também, a credibilidade necessária para os compromissos contraídos pela Administração com terceiros. (SPITZCOVSKY, op. cit.)

Portanto, em que pese existirem correntes, técnicas ou ideológicas, com opiniões diferentes sobre as condições em que as parcerias público-privadas foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, este novo instituto é realidade e já produz seus efeitos em algumas unidades da Federação²⁹. Indubitável: o sucesso dessas experiências poderá ser avaliado apenas com o decorrer do tempo.

2.3.4.1 Conceito e Modalidades

Conforme lhe define o artigo 2º da Lei 11.079/2004, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Por sua vez, como melhor se desenvolverá noutros tópicos, as modalidades de PPP são definidas nos §§ 1º e 2º:

§ 1º 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.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Ocorre aqui uma definição sucinta, senão inapropriada, tanto do conceito de parceria público-privada, como de suas modalidades. Assim sendo,

²⁹ A Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo é o primeiro empreendimento do país a contar com uma Parceria Público-Privada - PPP. Em

<http://www.metro.sp.gov.br/expansao/sumario/ppp/ppp.shtml>

no objetivo de melhor definir o que seria parceria público-privada, Di Pietro diz que:

[...] a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2009, p. 146).

2.3.4.2 Concessão Patrocinada

Conforme o disposto pelo art. 2º, § 1º, a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Tal definição pode ser considerada um tanto imprecisa, pois, a tradicional concessão de serviço público regida pela Lei n. 8.987/95 já trazia a possibilidade da Administração Pública garantir ao concessionário, além da natural remuneração obtida através das tarifas cobradas dos particulares, o incremento de um subsídio³⁰.

A análise mais coerente desta categoria contratual traz mais clareza. Os traços mais marcantes na distinção da concessão patrocinada e da concessão de serviço público aparecem em três características das parcerias público-privadas, quais sejam:

- Os riscos são divididos entre o parceiro público e o privado³¹.

³⁰ Art. 17, da Lei n. 8.987/95.

³¹ Art. 4, VI da Lei n. 11.079/04.

- As garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto³²;
- O compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado³³.

O art. 3, § 1º da Lei n. 11.079, diz que “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”.

Em breve crítica, Di Pietro (2009, p. 146) afirma que “a semelhança entre os dois institutos quase que permitiria afirmar o contrário: a concessão patrocinada rege-se pela Lei n. 8.987/95 em tudo o que não for derogado pela Lei n. 11.079”.

2.3.4.3 Traços Comuns as Concessões patrocinadas e a Concessão de Serviço Público

As concessões patrocinada e as de serviço público apresentam algumas características comuns³⁴:

- a existência de cláusulas regulamentares no contrato, resultantes da atividade hoje chamada de regulação;
- a outorga de prerrogativas públicas ao parceiro privado;
- sujeição do parceiro privado aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários, além dos mencionados no art. 6º da Lei n. 8.987/95;

³² Art. 8 da Lei n. 11.079/04.

³³ Art. 5, IX da Lei n. 11.079/04.

³⁴ DI PIETRO, 2009, p. 146.

- reconhecimento de poderes ao parceiro público, como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório e poder de decretar a caducidade;
- reversão, ao término do contrato, de bens do parceiro privado afetados à prestação do serviço;
- natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço;
- responsabilidade civil, por danos causados a terceiros, regida por normas publicísticas, mais especificamente o art. 37, § 6º, da Constituição;
- efeitos trilaterais da concessão: sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários.

E ainda, as concessões patrocinadas respondem à Lei n. 8.917/95, nos seguintes pontos³⁵:

- direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);
- política tarifária (arts. 9º a 13), no que couber;
- cláusulas essenciais do contrato (art. 23), no que não contrariarem os incisos do art. 5º da Lei n. 11.079;
- encargos do poder concedente (art. 29);
- encargos do concessionário (art. 31);
- intervenção (arts. 32 a 34);
- responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25, *caput*);
- subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º)
- subconcessão (art. 26);

³⁵ DI PIETRO, 2009, p. 147-148.

- transferência da concessão (art. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei nº 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
- formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação (arts. 35 a 39);
- refersão (art. 36);
- licitação (arts. 15, §§ 3º e 4º, 18, 19, 21), no que não contrariar as normas dos artigos 11 a 13 da Lei n. 11.079;
- controle da concessionária (art. 30 da Lei n. 8.987/95, e arts. 31 a 36 da Lei n. 9.074/95).

Todos estes são aspectos normais às concessões de serviço público regidas pela Lei n. 8.987 e, na forma como determinado pela Lei n. 11.079, são também empregados na concessão patrocinada.

2.3.4.4 Pontos Divergentes Entre a Concessão de Serviço Público e a Concessão Patrocinada

Não obstante a própria lei equiparar a concessão patrocinada à concessão de serviço público, os regimes jurídicos são distintos em alguns pontos, à citar³⁶:

- a forma de remuneração, que deve estar prevista no contrato entre as cláusulas essenciais (art. 5º, IV) e que abrange, além da tarifa e outras fontes de receita previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95, a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado;
- a obrigatoriedade de constituição da Sociedade de Prósitos específicos para implantar e gerir o objeto da parceria
- a possibilidade de serem prestadas, pela Administração Pública, garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias;

³⁶ cf. DI PIETRO, 2009, p. 149.

- o compartilhamento de riscos (art. 4º, VI, e art. 5º, III) e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do Risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX);
- normas específicas sobre licitação, derogando parcialmente as normas das Leis n. 8.987/95 e 8.666/93;
- possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual;
- normas limitadoras do prazo mínimo e máximo do contrato (art. 5º, I);
- imposição de limite de despesas com contratos de parcerias público-privadas (arts. 22 e 28).

Portanto, essas são as distinções que se apresentam no âmbito do regime jurídico de ambas as modalidades de concessão. Destaca-se, algumas dessas características serão analisadas com maior propriedade no transcorrer desta monografia.

2.3.4.5 Concessão Administrativa

O art. 2º, § 2º da Lei 11.079/04 assim dispõe que a “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Conforme entende Di Pietro, este conceito é impreciso. Para se entender com maior clareza o real objetivo do legislador, mostra-se necessário remontar a outros dispositivos da lei.

Em suma, a concessão administrativa pode transparecer uma semelhança contratual com o contrato de serviço de que trata a Lei n. 8.666/93, sob a sua forma de empreitada³⁷.

³⁷ Arts. 6º, VIII e 10.

Diante da confusão conceitual a que pôs o legislador ordinário, apresenta-se certa dúvida quanto ao real propósito desta suposta modalidade de concessão, ao posto que estar-se-ia, na verdade, diante de um mero contrato de prestação de serviço investido das vantagens ofertadas pelo regime das concessões. (MELLO, 2008, p. 764).

Celso Antônio ainda continua:

Assim, percebe-se que o que a lei visa, na verdade, por meio transversos, não confessados, *é a de realizar um simples contrato de prestação de serviços* – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Ou seja: que ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas “concessões” administrativas tanto como nas patrocinadas, vantagens e garantias capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado. Pretendeu atribuir-lhes os benefícios a seguir indicados, e que existem *tanto na concessão administrativa quanto na concessão patrocinada*, assim como também ofertou aos seus financiadores beneficiários surpreendentes. (MELLO, 2008, p. 764).

Para Di Pietro, a interpretação sistemática da lei aponta que a concessão administrativa seria:

[...]um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários, está sujeito a algumas normas da Lei n. 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário). (DI PIETRO, 2009, p. 152).

Das opiniões apresentadas pelos doutrinadores, pode-se concluir que o instituto da concessão administrativa deveras necessita passar por uma reavaliação de seus termos, vez que nos moldes atualmente definidos, as suas disposição regulamentares se mostram um tanto imprecisas. Poder-se-ia afirmar configurada a violação dos princípios da segurança jurídica e da finalidade pública, p. ex.

2.3.4.6 Pontos Comuns à Concessão Administrativa e à Concessão Patrocinada

Os contratos de parcerias público-privadas apresentam características únicas não comuns às outras modalidades de concessão. Entre as várias que serão levantadas, algumas merecem maior destaque e serão abordadas noutros tópicos do estudo.

Fundamentando-se na doutrina de Maria Sylvia Di Pietro, trazemos apontamentos gerais sobre alguns traços comuns às parcerias público-privadas, a saber:

2.3.4.6.1 Contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado

Di Pietro assim resume:

Em ambas as modalidades de parcerias público-privadas ocorre a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sob pena de se configurar a concessão comum, regida pela Lei n. 8.987/95. É o que estabelece o art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.079. (DI PIETRO, 2009, p. 155).

2.3.4.6.2 Equilíbrio econômico-financeiro – a repartição de riscos

O riscos dos negócios celebrados com a administração sempre foi fator determinante para o distanciamento da iniciativa privada. Na tentativa de diminuir a evasão de interessados nesses negócios, a lei das parcerias público-privadas apresentam um novo sistema de repartição riscos, com fundamentos e objetivos conforme se discorrerá no item 3.1;

2.3.4.6.3 Compartilhamento de ganhos

O art. 5, IX assim prevê:

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:
IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

Para Di Pietro:

A regra se justifica porque, para as parcerias público-privadas, ao contrário do que ocorre na concessão de serviços públicos, o poder público poderá oferecer garantias ao financiador do projeto (art. 5, § 2º), reduzindo, dessa forma, os riscos do empreendimento e possibilitando maiores ganhos econômicos pelo parceiro privado, os quais deverão ser compartilhados com o poder público. (DI PIETRO, 2009, p. 157).

2.3.4.6.4 Financiamento por terceiros: Garantias e Contragarantias

A garantias são apresentadas no art. 8º da lei, com o seguinte texto:

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

- I – vinculação de receita, observados o disposto no inc. 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

As formas de garantias apresentadas no art. 8º nada mais são do que a manifestação prática da tentativa de diminuir os riscos comuns aos

contratos administrativos. Contudo, muitas das modalidades elencadas são por muitos doutrinadores consideradas inconstitucionais e acusadas de desvirtuadoras do regime jurídico de direito público.

Entre as inúmeras impropriedades que podem ser levantadas sobre os incisos deste artigo, o Capítulo 3 desta monografia discorrerá com maior propriedade sobre o inciso I (vinculação de receita).

2.3.4.6.5 Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP)

O art. 16 da lei assim transcreve:

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas 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.

Para Maria Bernadete Chaves:

[...]com o objetivo de dar essa segurança almejada pelo investidor privado, o legislador autorizou, mediante o art. 16 da Lei 11.079/2004, a União, suas fundações públicas a criarem o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, cujo único objetivo é o de prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais. (CHAVES, 2007, p. 61).

Assim sendo, como reflexo dos mesmos objetivos que fundamentam o art. 8 da lei, com a criação do Fundo Garantidor das Parcerias a Administração, seja através de regras um tanto discutíveis ou não, oferta à iniciativa privada mais uma garantia contra os riscos normais aos contratos administrativos.

2.3.4.6.6 Sociedade de Propósitos Específicos

As Sociedades de Propósitos específicos são essenciais à sistemática implementada nas parcerias público-privadas.

Conforme Celso Spitzcovsky contribui, foi:

Com o intuito de oferecer credibilidade a essas parcerias, o legislador houve por bem condicionar a sua celebração à constituição de uma sociedade com a finalidade única de implantar e gerir o objeto do ajuste, a teor do disposto no art. 9º. Essa sociedade, por indicação do legislador, poderá assumir a forma de companhia aberta (art. 9º, § 2º), ficando, por expressa determinação legal, o parceiro público impedido de ter a titularidade da maioria do capital votante, de acordo com a redação estabelecida no § 4º, aspecto que, sem dúvida, também contribuirá para atrair o investidor privado. (SPITZCOVSKY, 2008, p. 259).

Ainda, para Maria Bernadete Souza:

A obrigatoriedade da constituição de sociedade de propósito específico no regime das parcerias público-privadas é um dos pontos que o distingue do regime das concessões comuns. Embora seu regramento seja por vezes lacunoso e controverso, conformou soluções vantajosas não só para o Poder Público, como para seu parceiro privado e investidores. Resta esperar que também o seja para o interesse público. (SOUZA, 2008, p. 176).

Maria Sylvia Di Pietro (2009, p. 165-166) se apresenta como forte crítica a determinadas disposições que a Lei apresenta sobre a sistemática das “SPE”. Para ela, a possibilidade de transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico ao financiador, contraria as determinações do art. 27 da Lei n. 8.987/95³⁸. Por esta razão atenta contra o interesse público e, logo, igualmente vai de encontro a vários princípios que controlam os concessionários de serviços públicos, entre eles o princípio da continuidade do serviço público, da eficiência, da moralidade administrativa, entre outros.

³⁸ O concessionário deverá “(I) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e (II) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”.

CAPÍTULO 3

A Vinculação de Receita nas Parcerias Público Privadas à Luz da Constituição Federal – Art. 8º, I, da Lei n. 11.079/2004.

3.1 Justificativas de um Inovador Sistema de Garantias

Pode-se afirmar que, se comparadas as concessões tradicionais às concessões patrocinadas e administrativas, a Lei n. 11.079/04 apresenta um sistema de repartição de riscos³⁹ inovador. Esta novidade é, sem dúvidas, uma das razões que fazem os contratos de parcerias público-privadas mais atraentes para a iniciativa privada.

Como é notório, todos os contratos celebrados apresentam riscos, sejam eles concebidos sob qualquer prisma. Para o concessionário, os riscos existentes nos contratos administrativos são ainda piores, vide as consequências que se apresentam na manifestação de determinadas cláusulas exorbitantes. Se diferente fosse, não faltariam concessionários para contratar. Por isso, a realidade demonstra que antes de contratar com a Administração, a iniciativa privada sempre contabiliza os riscos que entender existir.

Na tentativa de diminuir os riscos presentes nos contratos administrativos e, conseqüentemente, atrair a iniciativa privada para contratar

³⁹ Sobre os riscos existentes nas parcerias público-privadas, interessante analisar as obras: JUSTEN; TALAMINI, Parceria público-privadas: um enfoque multidisciplinar, São Paulo: Malheiros, 2005;

com a Administração Pública, Pedro de Menezes Niebuhr⁴⁰ (2007, p. 82) aponta que o art. 4º da Lei n. 11.079/04 “contemplou a repartição objetiva dos riscos entre as partes como um dos valores a serem observados e perseguidos no curso da implantação e execução de uma parceria”. Assim sendo, as diretrizes dessa repartição objetiva de riscos se apresentam nos incisos do citado artigo com o seguinte texto:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – a eficiência do Estado no cumprimento de suas funções e no emprego dos recursos públicos;
- II – o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados incumbidos de sua execução;
- III – a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia, e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – a responsabilidades fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – a transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Não diferente, Talamini e Justen (2005, p. 191) reafirmam que a lei das parcerias público-privadas inova ao trazer uma distribuição de riscos nas concessões administrativas e patrocinadas sem igual nas concessões comuns, pois transfere o risco normal⁴¹ para o parceiro público e parte do risco extraordinário⁴² para o parceiro privado. Já para Maurício Ribeiro e Lucas Prado (2007, p. 210), a legislação das parcerias público-privadas, através do que apresenta no art. 8º, pode reduzir o risco político⁴³ inerente a qualquer

⁴⁰ DE MENEZES NIEBUHR, P. As parcerias público-privadas na perspectiva constitucional brasileira. 2007. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Escola de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

⁴¹ TALAMINI; SPEZIA, 2005, p. 182. É o risco econômico. De acordo com o regime da Lei 8.987/95, os serviços públicos cuja prestação é delegada por meio de contrato de concessão devem ser executados *por conta e risco* do concessionário (artigo 2º, incs. II e III).

⁴² *Ibid.*, p. 182, 183. O risco extraordinário, como o próprio nome indica, coincide com o risco imprevisível e extracontratual, que não poderia ser contemplado (ao menos no que diz respeito às suas consequências) no momento em que o empreendimento foi projetado.

⁴³ RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 208, 209. Segundo o autor, o risco político pode ser dividido em 10 sub-riscos: (i) risco de não haver previsão orçamentária para o pagamento das contraprestações públicas; (ii) risco de o órgão contratante, apesar da previsão orçamentária, não realizar o empenho em face do decreto de contingenciamento; (iii) risco de órgão contratante, por vontade própria, simplesmente não empenhar o montante destinado ao pagamento das contraprestações públicas, a despeito do adimplemento das obrigações do parceiro privado e da ausência de contingenciamento; (iv) risco de que, uma vez empenhada, o órgão contratante não proceda à liquidação da despesa; (v) risco de, mesmo empenhada e

forma de contratação com a administração. Trata-se, pois, de mais um dispositivo em que Lei n. 11.079/04 busca mitigar os riscos que existem nos contratos administrativos.

É, portanto, através da redução dos riscos presentes nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada, consequência da sistemática das garantias, como posta na lei em discussão, que a Administração busca atrair a iniciativa privada para contratar as obras e os serviços públicos dos quais não lhes seriam interessantes, caso as propostas ocorressem nos moldes convencionais de contratação.

Assim sendo, do que se apresentará nos tópicos subsequentes, por oportunidade da elaboração da lei, o legislador estabeleceu determinadas formas de garantias que podem se apresentar inconstitucionais. Em vista disso, em que pese não faltarem elementos para discorrer sobre os vários artigos da Lei das PPPs que tratam das garantias, este estudo se focalizará no disposto no inciso I do art. 8º da referida lei (vinculação de receita como garantia).

Assim, à luz da Constituição Federal, será analisada a possibilidade de garantir os contratos de concessão patrocinada e concessão administrativa através da vinculação de receita.

3.2 Apontamentos Gerais sobre o Sistema de Garantias das Parcerias Público-Privadas – Art. 8º da Lei 11.076/04

liquidada, a despesa não ser efetivamente paga, por ultrapassar o limite financeiro anual para pagamentos, sendo contabilizada como “Restos a Pagar” para o ano seguinte; (vi) risco de o órgão contratante, por vontade própria, simplesmente não realizarr o pagamento, embora lhe seja possível em face do limite financeiro estabelecido, com a consequente contabilização em “Restos a Pagar” para o exercício seguinte; (vii) risco de se encerrar o exercício financeiro sem o efetivo pagamento, por ausência de tempo hábil para as providências necessárias, sendo contabilizada também como “Restos a Pagar”; (viii) risco de não-pagamento de despesas contabilizadas em “Restos a Pagar” até 31 de dezembro do ano subsequente, com o consequente cancelamento da inscrição; (ix) risco de, em caso de cancelamento da inscrição em “Restos a Pagar”, não-previsão de dotação orçamentária destinada a despesas de exercícios anteriores; e, por fim, (x) mesmo havendo a previsão por último referida, risco de impossibilidade de pagamento em face de sujeição ao limite financeiro de pagamentos.

O art. 8º da lei das parcerias público-privadas tem o seguinte texto:

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.

É a partir das modalidades elencadas no art. 8º que o legislador, a fim de reduzir os riscos e fornecer maior segurança, enumera as várias formas de garantias possíveis nos contratos de parcerias público-privadas.

Entre as tantas formas de garantias apresentadas, cada qual com suas especificidades, como já designado, o presente estudo discorrerá sobre a constitucionalidade da vinculação de receita como garantia para os contratos de parcerias público-privadas (art. 8º, I da Lei n. 11.079/04).

3.3 Vinculação de Receita como Garantia – art. 8º, I, da Lei n. 11.079/2004.

O Art. 8º, I, da lei das parcerias público-privadas define que “as garantias pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante” a “vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal”.

Por sua vez, o art. 167, IV da Carta Política tem o seguinte texto:

Art. 167 - São vedados:

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

À primeira vista, a leitura conjunta de ambos os textos normativos pode conduzir ao entendimento de que, consideradas as exceções destacadas no artigo constitucional, como forma de garantia para os contratos de PPPs, a Administração Pública estaria autorizada vincular qualquer tipo de receita que não fosse oriunda de impostos.

Como se verá, não há consenso na doutrina sobre a forma como o texto constitucional pode ser interpretado. Para alguns, a interpretação que o legislador ordinário emprestou do art. 167, IV, Carta Magna estaria equivocada, para outros, não haveriam maiores problemas.

Assim sendo, através da contraposição das interpretações antagônicas, será analisada a constitucionalidade da vinculação de receita como garantia para contratar com a iniciativa privada.

3.4 Inconstitucionalidade da Vinculação de Receita como Garantia nas Parcerias Público-Privadas

Em parecer elaborado para a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Kiyoshi Harada⁴⁴ apresenta-se como importante crítico das previsões legais do art. 8º, I, da Lei das PPPs.

⁴⁴ HARADA, Kiyoshi. Parecer: Consultante: Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Assunto: Artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que

Em sua análise, Kiyoshi Harada assim disserta:

O legislador ordinário partiu da equivocada premissa de que, respeitada a vedação do art. 167, IV da CF, restrita à vinculação de receita de impostos, todas as demais receitas públicas poderiam ser vinculadas para a garantia de quaisquer obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público. (HARADA, 2005, p.).

Para sustentar tal posicionamento, fundamenta-se em dois argumentos-base⁴⁵, assim transcritos:

(1) As garantias mencionadas no texto constitucional referem-se exclusivamente às operações de crédito por antecipação de receita. Tais operações de crédito, previstas no § 8º do art. 165 da CF, constituem uma modalidade de empréstimo de curto prazo a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro, razão pela qual a Constituição até abre exceção ao princípio da vedação da vinculação do produto de arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas, permitindo a utilização de receitas futuras como instrumento de garantia nas 'operações de crédito por antecipação de receitas' (art. 167, IV.). Por este motivo, estaria o texto constitucional vedando toda prestação de garantias para outros fins, pois que atualmente, as operações de crédito por antecipação de receitas (AROs⁴⁶) só podem ser realizadas nos termos do art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁷. (2) A expressão "prestação de garantia" utilizada no texto constitucional não pode ter o sentido empregado pelo legislador infraconstitucional. Há uma confusão entre noções de direito público e noções de direito privado, vez que nenhum tipo de receita pública⁴⁸ pode ser dada em garantia no sentido regulado pelo Código Civil. (ibid. p.).

Para Harada:

A vedação constitucional do art. 167, IV diz respeito à vinculação da receita de impostos, subespécie do gênero

permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 308-315, mar. 2005.

⁴⁵ Op. cit.

⁴⁶ AROs:

⁴⁷ Lei Complementar n. 101/2000.

⁴⁸ cf. Harada: "O gênero receita pública, desdobra-se em três espécies: (a) receita originária (a patrimonial mobiliária e imobiliária, e, a industrial, comercial e de serviços); (b) receita tributária (as taxas, os impostos, a contribuição de melhoria, as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas; as contribuições sociais de seguridade social e o empréstimo compulsório); (c) receita creditícia (o crédito público ou a dívida pública, interna e externa)".

receita pública, no pressuposto de que o produto da arrecadação de imposto destina-se ao custeio de serviços públicos gerais, assim entendidos, aqueles desenvolvidos pelo Estado debaixo do regime jurídico de direito público. (ibid. p.).

A interpretação do art. 167 da Constituição Federal trazida por Harada, como o próprio publicista se reporta, apresenta-se fundamentada no princípio da não afetação de receitas⁴⁹, razão pela qual fica inviabilizada qualquer vinculação de receita que não ocorra nos moldes da exceção trazida no corpo do texto constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello pactua com a interpretação desenvolvida por Harada, pois reafirma: “receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de crédito particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade”. (MELLO, 2008, p. 774).

Também cautelosa com a possível interpretação dada pelo legislador infraconstitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem sintetiza as palavras de Harada:

Lembra ainda o jurista, com base em ensinamento da doutrina, que a prestação de garantia no sentido utilizado pelo Direito Privado. Para ele, “vinculação tem o sentido de preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada, evitando-se situações de desequilíbrio orçamentário. Por isso, a entidade política mutuante é obrigada a manter, permanentemente, na lei orçamentária anual dotação específica para garantia do pagamento da dívida, enquanto esta perdurar”. Prossegue o autor dizendo que “não há, portanto, possibilidade jurídica de a receita pública em geral garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Público em face deste ou daquele particular. Do contrário violados restariam os princípios da impessoalidade e da moralidade, insertos no art. 37 da CF e que são de observância impositiva, nos precisos termos do art. 100, *caput*, da Carta Política”. (HARADA, apud. DI PIETRO, 2009, p. 159).

Tal posicionamento não é unânime na doutrina. Maurício Ribeiro e Lucas Prado entendem de forma diferente:

⁴⁹ Princípio da não-afetação de receitas públicas: A receita orçamentária não pode ser vinculada a órgãos ou fundos, ressalvados os casos permitidos pela própria Constituição Federal.

Se no Brasil vige o princípio da não-afetação das receitas, com o escopo de oferecer a liberdade necessária ao administrador para atender às despesas conforme as necessidades, também é verdade que o princípio trata das receitas oriundas de impostos, e não de toda e qualquer receita. As taxas, por exemplo, devem ter suas receitas naturalmente vinculadas à execução de determinadas despesas, para cobrir os custos necessários à prestação de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Da mesma forma, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, em regra, têm sua(sic) receitas vinculadas a uma determinada destinação.

[...]

Portanto, não se admite vincular – salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição – tão-somente as receitas oriundas de impostos. O mesmo não se aplica às demais receitas, para as quais não há qualquer restrição constitucional. Pode-se cogitar, por exemplo, da vinculação das receitas oriundas de arrendamentos ou de royalties. (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 219)

Nota-se estar diante de posicionamentos antagônicos. Kiyoshi Harada afirma não haver constitucionalidade na vinculação de receita senão apenas na hipótese trazida por seu primeiro argumento-base. Já Ribeiro e Prado discursam de maneira oposta, porquanto admitem a constitucionalidade da vinculação de receitas, desde que não sejam expressamente vedadas pela Constituição Federal ou tampouco tributos de destinação intrínseca⁵⁰.

No que concerne ao segundo argumento-base levantado por Harada, para ele, o legislador ordinária teria supostamente interpretado o termo “prestação de garantia” de maneira diversa da almejada pelo art. 167, IV, da Constituição Federal, uma vez que as receitas públicas jamais poderiam constituir garantia como na forma prevista pelo Código Civil, pois assim discorre:

[...] toda e qualquer receita pública, não apenas a de impostos, configura bem público indisponível, inegociável e irrenunciável porque existe como instrumento necessário ao cumprimento dos fins do Estado. Receitas públicas, estimadas na lei de meios, não se prestam ao oferecimento de garantias a permitir sua execução pelo credor, na hipótese de inadimplemento. É pacífico na doutrina e na jurisprudência a impenhorabilidade de bens públicos. Assim sendo, as receitas públicas, como bens

⁵⁰ cf. HARADA: Neste tipo de tributo o produto da arrecadação é vinculado à despesa que fundamentou sua instituição.

públicos que são, não se prestam à execução direta, consectário lógico do vínculo de natureza real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético. (HARADA, 2005, p.).

Esta fundamentação tem respaldo nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

“Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real que não contasse com a execução direta na coisa onerada, deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria de modo algum garantia real”. (MEIRELLES, 2008, p. 503.)

Neste ponto, Maurício Ribeiro e Lucas Prado não têm dúvidas, pois reafirmam:

De todo modo, não seria possível penhorar a receita pública, ainda que se tenha oferecido fiança ou aval em paralelo à vinculação de receita. Assim, na garantia por meio de vinculação de receita, inevitavelmente, sujeitar-se-á o parceiro privado ao pagamento por meio de precatório, se tiver que executar seu crédito. (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 220).

Assim sendo, conforme sustentam os autores que fazem oposição à constitucionalidade do art. 8º, I, da Lei n. 11.079, quando a parte final art. 167, IV da CF faz menção ao termo “prestação de garantia”, de maneira alguma autoriza interpretá-lo com conceito emprestado nas relações civis, pois que é impossível a garantia pignoratícia de receitas tributárias previstas na Lei Orçamentária Anual. Nesse sentido, toda dívida da Administração para com o particular – devidamente reconhecida por intermediação judicial –, deverá sempre ser quitada nos moldes do disposto no art. 100 da CF, ou seja, conforme a regra dos precatórios⁵¹.

⁵¹ O Texto Constitucional instituiu o regime jurídico dos precatórios (art. 100) com fundamento no princípio da impenhorabilidade dos bens públicos. Trata-se de uma atividade de natureza administrativa através da qual são consignadas diretamente ao Poder Judiciário as dotações orçamentárias originalmente

Contudo, ao defenderem a vinculação de receita como viável, Prado e Ribeiro não negam “a inviolabilidade da prestação de garantia real por entes da Federação. Por serem inalienáveis (salvo os dominicais) e impenhoráveis os bens públicos”, apenas entendem que o direito do credor, “se restringe tão-somente a exigir que uma determinada receita, se realizada, não poderá ser utilizada para pagar obrigação que não as contraprestações públicas de contrato de PPP”. Assim resumem:

[...] a vinculação de receitas não é propriamente uma garantia do direito civil, tal qual penhor, caução, fiança ou algo do gênero. O sentido desse tipo de garantia é, sobretudo, orçamentária, ao impedir que os montantes arrecadados como receita vinculada sejam utilizados para despesas outras que não as previstas no ato de vinculação. (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 220).

Todavia, deste entendimento decorre outra importante questão levantada por Harada, pois que assim aponta:

O direcionamento do produto de arrecadação tributária, principal e regular fonte de receita pública, dá-se por meio da Lei Orçamentária Anual, aprovada pela casa do povo (art. 165, III e §§ 5º, 6º, 7º e 8º da CF). Por isso, o princípio da legalidade das despesas públicas é corolário do princípio da legalidade tributária. Tanto a receita compulsória, como a despesa pública não de ser previamente aprovadas pelo povo, por meio do Parlamento. Não há como o legislador ordinário, fora da Lei Orçamentária Anual, vincular receitas públicas estimadas à esta ou àquela finalidade, com total esvaziamento das funções, política e econômica do Orçamento Público, verdadeiro instrumento de exercício da cidadania à medida em que o povo decide onde, quando e como gastar. (HARADA, 2005, p.).

Dessa forma, somente seria constitucional a vinculação de receita executada estritamente nos moldes da exceção apresentada no art. 167, IV, da CF. Do contrário, como se vislumbra na vinculação de receita para garantia de contrato de parceria público-privada, por mais que respeitadas fossem as regras dos precatórios, a restrição ao uso das receitas públicas para outros fins senão o adimplemento do crédito garantido configuraria grave violação ao

presentes na lei orçamentária anual (LOA) e os créditos adicionais abertos para esse fim (CF, art. 100, § 2º). "O escopo deste instituto, tipicamente brasileiro", diz Uadi Lammêgo Bulos, "é evitar que o Poder Público se sujeite ao processo ordinário de execução"

sentido da Lei Orçamentária Anual. O problema seria ainda mais grave se considerássemos a possibilidade da Administração, por ventura, contratar várias parcerias público-privadas com garantia estabelecida via vinculação de receita. Isto poderia comprometer em muito o orçamento público, haja vista que os contratos de concessões patrocinadas e concessões administrativas têm como valor atingível a espantosa quantia de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais).

Por fim, conforme os argumentos desenvolvidos, Harada se posta fielmente contrário a constitucionalidade do art. 8º, I, da Lei n. 11.076/2004, pois assim finaliza:

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

Absolutamente inconstitucional o inciso I do art. 8º da Lei n. 11.079/04, que permite a vinculação de receitas públicas, para garantia das obrigações pecuniárias genéricas contraídas pelo Poder Público perante os particulares. Isso é uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no art. 37 da CF, de observância impositiva na forma do seu art. 100, caput. Ironicamente, esse art. 8º atenta, como vimos, contra o art. 167, IV da CF, que ele próprio manda observar em seu inciso I, in fine. (op. cit. 2005, p.)

Assim sendo, a vinculação de receita como instrumento para garantia em contratos de parcerias público-privadas, seja em qualquer de suas acepções, revela-se sobremaneira em conflito com institutos jurídicos consagrados pela Constituição Federal.

Todavia, em que pese já se passarem mais de cinco anos da instituição da Lei n. 11.079/2004, a inconstitucionalidade do art. 8º, I não passa

de discussão doutrinária. Talvez pela escassez de contratos de PPPs vigentes no país, talvez pela força dos interessados em reformar o modelo de gerência estatal vigente no país.

CONCLUSÃO

A constitucionalidade da vinculação de receita como garantia nos contratos de parcerias público-privadas ainda é tema pouco discutido na doutrina brasileira. Conforme indicam as indagações trazidas pelos que atentam sobre esta problemática, existe a tendência de considerar o art. 8º, I, da Lei n. 11.079/04 inconstitucional. Isto porque os argumentos daqueles que pregam a inconstitucionalidade, quando comparados aos que admitem esta forma de garantia para contratos administrativos, apresentam melhor fundamentação.

De fato, a vinculação de receita pública, seja para qualquer fim, *a priori* pode implicar em consequências opostas ao verdadeiro interesse público. Por este simples motivo, contraria alguns dos vários princípios elencados no primeiro capítulo do presente estudo, como por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público.

Do mesmo modo, características naturais aos contratos administrativos, todas decorrentes dos princípios máximos que regem o Direito Administrativo, parecem ludibriadas pelos mecanismos utilizados pela Lei das PPPs, sobretudo nas garantias oferecidas pela Administração ao parceiro privado nos contratos de concessão administrativa e concessão patrocinada.

A justificativa para a implementação das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico brasileiro baseou-se na necessidade de atrair a iniciativa privada para suprir a escassez de recursos públicos. Todavia, para alguns doutrinadores, o discurso vendido ao povo não acompanha o que de fato as parcerias público-privadas podem proporcionar ao Estado, pois, em

verdade, poderiam representar meios transversos de privatização da Administração Pública nas suas funções mais essenciais.

A busca por mecanismos alternativos para atrair a iniciativa privada para colaborar com o desenvolvimento nacional não pode ignorar as conquistas sociais sedimentadas na Constituição Federal. É por este motivo que se torna imprescindível a análise do art. 8º, I, da Lei n. 11.079/04.

Concluindo, a vinculação de receita como garantia para os contratos administrativos, na forma como posta na lei das parcerias público-privadas, deve ainda passar por amplos debates, senão alterações, para que se possa determinar sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Maria Bernardete. **As parcerias público-privadas: Uma abordagem jurídica com destaque ao fundo garantidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 112 p.

DE MENEZES NIEBUHR, P. **As parcerias público-privadas na perspectiva constitucional brasileira**. 2007. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Escola de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. 823 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 449 p.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Ciudad de Argentina, 1997.

GORDILLO, Agustín A. **El acto administrativo**, 2ª ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1969.323 p.

HARADA, Kiyoshi. Parecer: Consulente: Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. **Assunto: Artigo 8º da Lei nº 11.079/04, conhecida como Lei das PPPs, que permite a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei**. Boletim de Dreito Administrativo, São Paulo, p. 308-315, mar. 2005.

JUSTEN, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 2, 35, 36, 37, 39

KINOSHITA, Fernanda Yasue - **O direito administrativo e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/19638/public/19638-19639-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2007. 839 p.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 839.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros: 2008, 1073 p.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. 765 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 399 p.

METRÔ. SP. Expansão. Linha 4-Amarela. Sumário. **Parceria Público-Privada**. Apresenta informações sobre o empreendimento. Disponível em: <<http://www.metro.sp.gov.br/expansao/sumario/ppp/ppp.shtml>>. Acesso em: 24 de outubro de 2009.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007. 477 p.

ROCHA, Olga Oliveira Bandeira da. **O princípio da supremacia do interesse público e a personalização do direito administrativo - parte I**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/20067/public/20067-20068-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 de outubro de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. 924 p.

SILVA, V. F. O proporcional e o razoável. **Revista do Tribunal**, São Paulo, p. 23-50. 2002.

SOUZA, Mariana Campos de (coord.). **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Quarter Latin, 2008. 256 p.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 10^a ed., São Paulo: Método. 2008. 587 p.