

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**SHIVANLEY DOMINGOS ARAUJO**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR**

**NATAL – RN  
2013**

**SHIVANLEY DOMINGOS ARAÚJO**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor David de Medeiros Leite.

**NATAL – RN  
2013**

SHIVANLEY DOMINGOS ARAUJO

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. David de Medeiros Leite**  
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

---

**Prof. ....**  
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

---

**Prof. ....**  
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

## RESUMO

A Administração Pública Brasileira na busca por meios mais efetivos de realização dos serviços públicos, que crescem num ritmo acelerado, abrangendo desde a saúde até a infra-estrutura básica, além das crescentes limitações orçamentárias, experimentadas por todos os níveis administrativos, vem trabalhando com um novo modelo de contrato administrativo as chamadas parcerias público-privadas, nas quais o setor público lança mão de alianças econômicas com o setor privado, em outras palavras, as partes envolvidas trabalham em conjunto na busca por benefícios mútuos, sempre pautados por regras previamente estabelecidas. O presente trabalho, realizado através de pesquisa bibliográfica, se debruça sobre esta nova modalidade de contratação administrativa, as parcerias público-privadas, fazendo um breve relato histórico, desde o seu nascedouro na Inglaterra até a sua criação, através da Lei nº 11.079/04, no Brasil, e para melhor entender a nova modalidade contratual identificamos e traçamos sua natureza jurídica, suas características marcantes, seus princípios norteadores e sua administração, e dando destaque ao objetivo principal do estudo que é esclarecer que o fundo garantidor das parcerias, mecanismo de contrapartida do ente público assegurador de suas obrigações, não está eivado de inconstitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. PPPS. FUNDO GARANTIDOR. INCONSTITUCIONALIDADE.

## ABSTRACT

The Brazilian Public Administration in the search for more effective ways of carrying out public services, growing at an accelerated pace, ranging from health to basic infrastructure, in addition to increasing budgetary constraints experienced by all levels of government, has been working with a new model of administrative contract calls public-private partnerships, in which the public sector makes use of economic alliances with the private sector, in other words, the parties to work together in pursuit of mutual benefits, always guided by previously established rules. This work was accomplished through literature, focuses on this new type of contract management, public-private efforts, a brief historical account, from its birth in England until its creation, through Law nº 11.079/04 in Brazil, and to better understand the new contractual identified and traced its legal status, its salient features, its guiding principles and its management, and highlighting the main objective of the study is to clarify that the guarantee fund partnerships, mechanism consideration of the public entity insurer of its obligations, is not riddled with unconstitutional.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION. PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS. PPPS. GUARANTEE FUND. UNCONSTITUTIONAL.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)</b>	
1.1 – ASPECTOS GERAIS: conceituação, características e objetivos principais.....	11
1.2 - A ORIGEM DAS PPPs: breve relato histórico.....	16
1.3 - AS PPPs NO MUNDO GLOBALIZADO: algumas experiências internacionais.....	20
<b>2 – CONTEXTO BRASILEIRO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS</b>	
2.1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PPPs NO BRASIL.....	27
2.2 - LEI Nº 11.079/04: conceitos, modalidades e inovações das parcerias público-privadas.....	32
2.3 - O SISTEMA DE GARANTIAS DA LEI Nº 11.079/04.....	41
<b>3 - ASPECTOS LEGAIS DO FUNDO GARANTIDOR</b>	
3.1 - O FUNDO GARANTIDOR: conceitos e natureza jurídica .....	44
3.2 – DO PATRIMÔNIO, GESTÃO E DISSOLUÇÃO DO FUNDO GARANTIDOR...48	
3.3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR.....	51
3.4 – DA CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR.....	58
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## INTRODUÇÃO

A prestação dos serviços públicos, essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país, seja direta, sob atuação exclusiva ou indiretamente, de modo supervisionado, mediante concessões ou permissões públicas, é incumbência constitucional do Poder Público, como previsto no art. 175, da Carta Magna, desempenhando papel fundamental em prol do bem comum.

Esses serviços públicos surgem a partir do momento que a população precisa ter satisfeitas suas necessidades básicas, como de alimentação, educação, saúde, segurança e lazer, que são indispensáveis à sua sobrevivência digna, à prosperidade individual de cada cidadão e da coletividade.

O Poder Público brasileiro, ao longo dos tempos, tem visto um aumento significativo da demanda por serviços públicos, principalmente nas áreas metropolitanas do país, que agregam um número maior de cidadãos, por outro lado enfrenta um déficit de recursos públicos para investimentos, fruto da crise econômica que afeta o mundo globalizado atual, aliado a impossibilidade de aumentar a carga tributária, que já é muito elevada, por isso, o Estado brasileiro vê-se com grande dificuldade em atender prontamente as crescentes demandas que se apresentam.

Essa situação crítica instalada no Brasil, por falta de recursos e aumento da demanda é reflexo, também, do modelo de desenvolvimento adotado nos anos 80. Por isso, houve a necessidade de se buscar mecanismos para acelerar o desenvolvimento econômico e social do país, principalmente nas áreas de infraestrutura e serviços públicos, e uma das soluções adotadas pelo governo brasileiro foi a implantação do projeto das parcerias público-privadas, através da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

A referida Lei instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicáveis aos órgãos da Administração Pública, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou

indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme consta no art. 1º, parágrafo único.

Em síntese, a parceria público-privada é um meio, geralmente, de criação de infra-estrutura e serviços públicos, no qual o parceiro privado, do ente estatal, será o responsável pela elaboração do projeto, do financiamento, da construção e da operação de ativos, com vistas a disponibilizar o serviço previsto, que será depois transferido ao estado.

A parceria se estabelece, pois o setor público é o comprador, no todo ou em parte, do serviço e obra realizados. E, no tocante ao pagamento ao parceiro privado, o mesmo só é realizado após as obras e serviços, pactuados em contrato, estiverem prontos. Vale ressaltar que há um controle, que é feito através de uma avaliação periódica, e por meio de indicadores relacionados ao desempenho, na medida em que o serviço é prestado. Ou seja, se cumpridos os padrões pactuados, o governo realiza o pagamento da contraprestação devida.

A realização de uma parceria público-privada está condicionada a existência, de responsabilidade do ente público, de uma garantia, para que o ente privado tenha segurança, de que ao final da realização do serviço, o parceiro público venha a realizar o devido pagamento. A lei nº 11.079/04 no seu art. 8º instituiu um sistema singular de garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública, e uma delas está prevista no inciso V, do referido artigo, o qual indica que as obrigações poderão ser garantidas por fundo garantidor.

Esse fundo garantidor tem a finalidade primordial de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em razão de contratos de parcerias público-privadas por eles celebradas. Em relação à natureza jurídica do fundo, segundo o § 1º do art. 16 da Lei nº 11.079/04, ele tem natureza privada, e seu patrimônio é próprio e separado do dos cotistas, estando sujeito a direitos e obrigações próprias. Ademais, a sua criação, administração, gerência e representação judicial e extrajudicial são de cargo da instituição financeira controlada, direta ou indiretamente pela União.

Tal fundo tem grande importância, no que se diz respeito às parcerias público-privadas, e é sobre o estudo do fundo garantidor que se pautará o presente trabalho, procurando analisá-lo mais profundamente, e buscando a verificação de possíveis irregularidades no seu regramento, ocasionando inconstitucionalidade do mesmo. Portanto, o estudo tem como objetivo geral a análise dos regramentos de instituição do fundo garantidor das parcerias público-privadas, criado pela Lei 11.079/04, verificando se há algum desrespeito aos dispositivos da Constituição Federal Brasileira. Em busca de responder o objetivo geral foram propostos cinco objetivos específicos.

Vale ressaltar, que os objetivos compõem a finalidade do trabalho, o que se pretende alcançar, a meta desejada, destacando que o geral é o propósito principal do estudo e os específicos são a maneira como se chegará ao objetivo geral, são metas secundárias que somadas conduzem ao desfecho do objetivo geral.

Os objetivos específicos serão desenvolvidos ao longo de quatro capítulos, sendo que o primeiro cuidará das parcerias público-privadas, em sentido lato, destacando seus aspectos gerais, traçando sua conceituação, destacando suas características e objetivos, e fazendo um breve relato histórico, informando como ocorreu sua origem e como foram as experiências em outros países.

Feita a incursão sobre os aspectos gerais das parcerias público-privadas, e o breve relato histórico, bem como a exposição das experiências internacionais, o segundo capítulo cuidará de analisar as PPPs sob a ótica da Lei nº 11.079/04 e da Constituição Federal, ou seja, no contexto brasileiro, dando ênfase a conceituação, diretrizes e modalidades, além de produzir a evolução histórica no país e expor a justificativa de sua implantação.

Compreendido o plano geral das parcerias público-privadas, tanto no mundo como no Brasil, desde sua origem até a criação da lei nº 11.079/04, que institui as PPPs no país, o terceiro capítulo cuidará de adentrar nas modalidades de garantias propostas pela legislação, com ênfase no objeto de estudo do trabalho, que é a modalidade intitulada de fundo garantidor, traçando sua previsão legal e princípios norteadores, sua conceituação, determinando sua natureza jurídica, evidenciando suas peculiaridades, bem como investigar quem possui a responsabilidade pela

criação, administração, gestão e representação do fundo. Importa dizer que também será parte fundamental do trabalho expor a origem do patrimônio que constitui o fundo garantidor.

No capítulo quatro pretende-se discutir acerca da inconstitucionalidade ou não do fundo garantidor, modalidade de contrapartida do ente público nas parcerias público-privadas, trazendo à tona os entendimentos dos principais doutrinadores brasileiros sobre a temática, que darão subsídios na construção do pensamento crítico, dando destaque as duas correntes doutrinárias predominantes, os que entendem que há sim desrespeito aos dispositivos constitucionais e os que defendem a constitucionalidade do fundo garantidor.

Vale salientar, que não é o objetivo deste trabalho analisar as modalidades de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento brasileiro, e das suas características, particularidades e funcionamento. O foco será verificar se há e quais são os dispositivos constitucionais que o fundo esteja violando.

No quinto e último capítulo, será formulado um compêndio das conclusões alcançadas, sobre a temática, no decorrer do estudo, notadamente quanto as questões levantadas, o que são parcerias público-privadas, qual sua importância, como se conceituam, como surgiram, quais suas características principais, como se situam no contexto brasileiro, suas modalidades, seus objetivos, sua previsão legal, suas modalidades de garantias, com foco especialmente quanto a constitucionalidade do fundo garantidor, objeto principal do trabalho. Sem nos esquecermos das questões surgidas no decurso do estudo, como quais os meios de controle, social e jurídico, das PPPs e do Fundo garantidor, e qual a eficácia dessa modalidade de contratação pública para o desenvolvimento econômico e social do país.

O presente trabalho será desenvolvido com auxílio de pesquisa e revisão bibliográfica, para isso serão utilizados livros, artigos científicos, a leitura e fichamento de textos, bem como da consulta a periódicos e a internet.

Por fim, espera-se que o presente estudo, que aborda uma das mais recentes transformações ocorridas no Direito Público brasileiro, principalmente em se tratando

de matéria de Direito Administrativo, a instituição das parcerias público-privadas, possa contribuir para a reflexão e análise críticas, a difusão de conhecimentos teóricos e ampliação do debate sobre a temática proposta, haja vista que envolve recursos públicos, propiciando a proteção do interesse público primário e ampliando o controle social no exercício do Poder Público.

## **1 - AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS)**

### **1.1 - ASPECTOS GERAIS: Conceituação, características e objetivos principais**

Na busca por meios mais efetivos de realização dos serviços públicos, cada vez mais a administração pública lança mão de parcerias entre o setor público e o privado, no qual ambas as partes trabalham em conjunto em busca de benefícios mútuos, seguindo regras estabelecidas previamente. Muitas vezes essas parcerias são estabelecidas devido ao conhecimento técnico e expertise das empresas privadas e dos recursos financeiros que o poder público normalmente detém. Por isso, com vistas a realizar melhor suas funções, o poder público vem recorrendo à colaboração dos entes privados, no qual utiliza os serviços e os bens particulares.

Ocorre que o poder público não possui mais esses recursos em abundância como outrora, em todas as esferas, municipais, estaduais e até federais, vêm sofrendo com falta de recursos financeiros, que são necessários para realização dos investimentos que a sociedade precisa, e na outra ponta as demandas são cada vez maiores por obras de infra-estrutura, como portos, aeroportos, saneamento básico, estradas, além de escolas e hospitais, que são indispensáveis para que qualquer país possa ter pleno desenvolvimento.

Vale salientar que as parcerias entre o setor público e o privado existem há muito tempo, no entanto, ao longo do seu desenvolvimento elas foram se modificando e se aperfeiçoando, tanto na sua aplicação como na sua definição. Modernamente, entende-se que uma parceria, se caracteriza por uma colaboração entre agentes, com vistas à realização de uma tarefa em comum, no qual todos eles objetivam um mesmo resultado. Quando essa colaboração envolve, tanto o ente público como o privado, chama-se de parcerias público-privadas, ou PPPs.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1</sup>, assim as define:

[...] como contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou o parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que se execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 158.

usuário, acrescida de contraprestação paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Podemos perceber, na conceituação da Di Pietro, que nessas parcerias os entes envolvidos, público e privado, atuam juntos, mediante contrato administrativo, convergindo esforços, para solucionar os problemas, no tocante aos serviços públicos, como os de infra-estrutura, de segurança, de saúde, de educação, entre outros, com uma maior eficiência e qualidade, obedecendo a um prazo e a um orçamento definidos previamente, atendendo assim as demandas de toda a sociedade. Ou seja, o parceiro público repassa e garante, mediante contraprestação, ao privado a exploração de um serviço, eminentemente público, que ao ser realizado é cobrado do usuário o benefício prestado, tenha ou não o ente privado realizado obra.

Já Marçal Justen Filho<sup>2</sup>, conceitua a parceria público-privada como:

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

No entendimento dele, o contrato é organizacional e de duração longa, no qual o sujeito público outorga ao privado um dever, uma obrigação, seja para realizar obra e ou serviço público, diferentemente da Di Pietro, Justen Filho coloca que pode ou não ter remuneração, quando da exploração da infra-estrutura, mas reforça ele que o poder público tem a obrigação de prestar “uma garantia especial e reforçada”.

Assim as parcerias público-privadas envolvem, de um lado, os recursos privados, que incluem os financeiros e até os humanos, e do outro a necessidade pública em atender as demandas, seus objetivos, e essa situação permite ao setor privado a atuação em atividades cuja natureza sempre foi afeita ao setor público.

A grande inovação das parcerias público-privadas frente às concessões e permissões públicas, até então os mecanismos mais utilizados pelo setor público

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 549.

quando se falava em parcerias com os entes privados, é que o ente público tem a obrigação de prestar garantia com vistas a possibilitar retorno financeiro ao seu parceiro privado.

Confere-se assim uma nova roupagem ao tradicional contrato de concessão de serviço público, visto que vincula a atividade do ente privado, seja executando obra e ou fornecendo, explorando serviço de natureza pública, ao oferecimento de garantia por parte do ente público, que serve como atrativo para os investimentos privados, além de dividir os riscos existentes no desenvolvimento dos empreendimentos.

Não podemos esquecer que as parcerias público-privadas são mecanismos administrativos que o poder público pode utilizar com vistas a atender as crescentes demandas da sociedade, mas que carecem de respaldo jurídico pra existirem. É sobre essa ótica, a jurídica, que Alexandre Santos Aragão<sup>3</sup>, conceitua as PPPs, segundo ele:

São contratos de delegação de contratação, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades corretamente propiciadas pelo parceiro privado à administração pública ou à população.

Verificamos que a conceituação supracitada apresenta um novo ponto importante, que é a fixação de índices de avaliação, que observam ou a quantidade ou a qualidade, das utilidades que o ente privado propicia ao poder público ou à população, índices esses que se atendidos servem de parâmetro para a remuneração total ou parcial feita pelo Estado ao ente privado.

Por fim, o Tribunal de Contas da União<sup>4</sup>, *apud* International Financial Services – IFSL (2003) nos coloca “que de forma geral, as PPP são definidas como uma relação, consensualmente acordada, de compartilhamento de riscos entre o setor público e o privado (incluindo o terceiro setor), visando alcançar um resultado

<sup>3</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. Rio de Janeiro: Revista de direito da APERJ, 2006, p. 67-68.

<sup>4</sup> Tribunal de Contas da União. Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de PPP. Brasília, 2006, p. 18.

desejado de política pública. Normalmente, elas assumem a forma de uma longa e flexível relação, consubstanciada num contrato de provisão de serviço público.”

Verifica-se na definição mencionada acima que o conceito de parceria público-privada, no âmbito internacional, é mais amplo e é caracterizado pela relação negocial entre os setores, o público e o privado, inclusive o terceiro setor, na busca por atender um desejo de política pública.

De modo geral as conceituações postas reforçam o caráter de colaboração, cooperação ou associação, que se estabelece entre os parceiros, o público e o privado, que firmam as parcerias com a finalidade de ofertar diversos serviços ou obras demandadas pela sociedade, realizados num determinado prazo, dentro de um orçamento e com melhor qualidade possível, e suficientes para a promoção do crescimento e do desenvolvimento de um país.

As parcerias público-privadas possuem características bem peculiares, que as distinguem dos demais mecanismos de contratação pública, entre elas podemos destacar: valor alto do empreendimento, suficientes para assegurar que os custos de licitação não se tornem desproporcionais; prazo longo e determinado para realização do empreendimento planejado em função da necessidade e do projeto estatal, ou seja, o negócio tem tempo de vida longo e programado, tempo esse suficiente, em tese, para que o ente privado consiga a obtenção de lucro e o setor público adquira o conhecimento e a expertise do serviço prestado; atender aos interesses da sociedade, do provedor do serviço e dos financiadores; estabelecer uma maior conexão entre os setores públicos e privados, já que atuam mais próximos na busca por um objetivo comum, no qual o agente privado desempenha papel relevante já que participa de importantes fases do projeto, desde a concepção passando pela realização e financiamento e o agente público preocupa-se mais com a definição dos objetivos, das metas, em função do interesse público, cuida também da qualidade, da política de preços e do acompanhamento; servir como alternativa aos governos com recursos, financeiros, tecnológicos e de know-how, limitados, haja vista, que os investimentos iniciais são feitos pelo ente privado; compartilhamento dos riscos entre os setores envolvidos, riscos inerentes ao mau uso da obra ou do serviço, a possíveis danos físicos ao empreendimento, descumprimento de prazos de entrega da obra ou serviço, de imprevisões e de inflação; remuneração variável e vinculada

ao desempenho; existência de garantias à contraprestação obrigatória estatal, que são prestadas pelo setor público ao privado sobre suas possibilidades de retorno, essa sendo uma característica marcante, até então não prevista em legislação de concessões, pois é ela que tem o poder de atração dos investimentos privados, diferentemente de outras modalidades de parcerias no qual não há a obrigatoriedade de contraprestação por parte do estado.

O Tribunal de Contas da União<sup>5</sup>, apud Simões nos informa as características das parcerias público-privadas portuguesas, em especial as da área da saúde, que são:

A contratação pública deve ser precedida de uma avaliação prévia; a contratação pública deve ter um caráter competitivo; a transferência de riscos para o parceiro privado de acordo com a capacidade de sua gestão; associação duradoura com uma entidade privada ou social no âmbito do Sistema Nacional de Saúde; a duração deve ter em conta o período de vida útil dos ativos subjacentes na parceria e os objetivos devem ser definidos pelos seus resultados.

Podemos perceber que o modelo de parceria público-privada de Portugal tem características próprias e destaca-se a questão dos riscos, que são totalmente transferidos ao ente privado, observadas a sua capacidade de gestão, já que em regra os riscos são compartilhados pelos parceiros, o público e o privado.

Quanto aos objetivos, podemos nos valer do pensar de Diógenes Gasparini<sup>6</sup>, o qual coloca que:

O objetivo das parcerias público-privadas é motivar e disciplinar, com regras seguras e melhores atrativos econômicos, inexistente nas atuais parcerias, a participação dos agentes privados e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público, de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública. Visa também o aproveitamento da agilidade da atuação privada na execução do objeto da parceria contratada, pois livre de certas peias burocráticas.

Segundo o doutrinador, as parcerias público-privadas têm como principal objetivo instigar a colaboração dos entes privados, através da contribuição financeira

---

<sup>5</sup> Tribunal de Contas da União. Relatório sobre análise da experiência internacional em matéria de PPP. Brasília, 2006, p. 69.

<sup>6</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 382.

e tecnológica, para com os entes públicos, que geralmente não as possui, pois além de ter regramentos claros possui os “melhores atrativos econômicos”, os quais não estão presentes nas parcerias contemporâneas. Ele também destaca que a atuação privada é mais ágil, já que está livre entraves burocráticos, situação que ocorre com muita freqüência na esfera estatal.

Podemos dizer que, em geral, as parcerias público-privadas, nas suas mais diversas formatações, objetivam atender as demandas, que a sociedade impõe, por serviços públicos de qualidade e pela realização de obras públicas de infra-estrutura, ou seja, nas parcerias público-privadas busca-se o investimento privado com intuito de prestar um serviço público de qualidade e num longo prazo, descentralizando os investimentos financeiros do poder público, que normalmente não os possuem, elas também procuram obter resultados, pelos fins estabelecidos, em outras palavras, alcançar metas planejadas anteriormente, além de melhorar a eficiência no uso dos recursos públicos.

As parcerias público-privadas também objetivam o aperfeiçoamento do setor público, pois com o intercâmbio com as instituições privadas haverá a obtenção de novas tecnologias e inovações, bem como das habilidades de gerenciamento advindas do setor privado, há também no cerne dos objetivos das PPPs produzir benefícios à sociedade, como promoção do crescimento dos negócios e empregos, o fortalecimento da economia, gerando importantes ganhos sociais e uma melhor qualidade de vida.

Portanto, em síntese, as PPPs emergem como uma alternativa viável para o Estado, em busca de responder satisfatoriamente as demandas que surgem numa escala gigantesca, tentando resolver os pontos críticos localizados nas diversas áreas essenciais, promovendo assim um crescimento e um desenvolvimento de um país.

## **1.2 - A ORIGEM DAS PPPs: breve relato histórico**

O Estado já assumiu as mais diversas formas, modelos bem distintos uns dos outros, onde cada um possuía suas particularidades, inclusive quanto ao modo de

ser de suas Administrações Públicas e de prestação de seus serviços, no decurso dessa evolução histórica estatal já se verificou diversos modelos de parcerias entre o poder público e o privado, assim como bem coloca Paulo Bonavides<sup>7</sup>, sobre o modelo de estado absolutista, “com o mercantilismo os monarcas fazem o primeiro intervencionismo estatal dos tempos modernos: subsidiam empresas e companhias de navegação, fomentam o comércio e a indústria, amparam a classe empresarial, robustecem o patronato, conhecem o capital (...)”. E Antônio Augusto Junho Anastasia<sup>8</sup>, “os banqueiros Frugger, de Augsburg na Alemanha (...) financiavam as armadas e tinham participação na exploração do novo Mundo”, ambos os exemplos são modelos de parcerias, no entanto não com a formatação moderna que conhecemos.

As parcerias público-privadas, como se apresentam atualmente e objeto de nosso estudo, foram inicialmente experimentadas no Reino Unido, no início da década de 90, do século XX, como bem ressaltam Jorge Antônio Bozoti Pasin e Luiz Ferreira Xavier Borges<sup>9</sup>, “a PPP teve origem na Europa, diante dos desafios encontrados pela Inglaterra na busca de caminhos para fomentar investimentos sem comprometer os escassos recursos públicos”.

Nesse período havia muita influência do pensamento chamado Neoliberal, que tinha como lema principal a minimização da atuação do Estado, o qual se preocupava com as tarefas básicas de manutenção da ordem e a administração da justiça, pensamento esse antagônico ao de Estado Social de Direito ou Estado-Providência, vigente anteriormente, em meados do século XX, no pós 2ª guerra mundial, e que tinha uma característica assistencialista muito forte, no qual havia intervenção estatal intensa, exercendo inclusive atividades econômicas. Esse modelo experimentado na Inglaterra, nos anos 90, viria a se tornar a moderna modalidade de parceria, entre o setor público e o privado, uma referência, que posteriormente se difundiu para boa parte da Europa e também para outros

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 135.

<sup>8</sup> ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do Estado. Belo Horizonte, 2005, p. 174.

<sup>9</sup> PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Rio de Janeiro: Revista do BNDES, 2003, p. 175.

continentes. Bárbara Moreira Barbosa Brito e Antônio Henrique Pinheiro Silveira<sup>10</sup>, colocam muito bem como era naquele tempo.

Tendo na vanguarda as administrações Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e no Reino Unido, esse processo traduziu-se numa ampla tendência de desregulamentação setorial, particularmente no âmbito financeiro, acompanhada de reversão da progressividade da ordem tributária e indução seletiva à competição internacional. Com variada intensidade, esses movimentos estenderam-se a praticamente todos os países do globo, refletindo-se no padrão das relações entre os setores público e privado.

Vale ressaltar que o modelo experimentado no Reino Unido é resultado de várias outras experiências, que, ao longo dos anos anteriores, foram sendo aperfeiçoadas, e principalmente de exemplos que surgiram na sua maioria após a crise do petróleo, na década de 70, do século XX, e tinham a finalidade, principal, de servirem como um instrumento de fomento ao desenvolvimento de projetos sociais e de infra-estrutura, elas eram uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infra-estrutura, tendo como foco as privatizações, as terceirizações, as concessões e o Private Finance Initiative – PFI ou iniciativa para o investimento privado, forma genérica de contratação, no qual o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços contratados.

Foi a partir dessa política inglesa de privatizações, ou seja, desse processo de desestatização, que ocorreu uma maior abertura de espaço para atuação das forças de mercado, forças privadas, inclusive na realização de obras e prestação de serviços públicos, e que inicialmente ocasionou uma reorganização do patrimônio estatal, interferindo decisivamente no modo de fornecimento de bens e serviços públicos. Esse processo de desestatização muitas vezes ocorreu com o repasse, a transferência, de empresas do Estado, seja através de venda ou através de uma concessão, passando-as para a gestão e controle da iniciativa privada.

Ocorre que com a adoção desse modelo de gestão pública, de privatização, surgiram alguns problemas, que demonstravam a necessidade de

---

<sup>10</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro*, Brasília, 2005, p. 7.

aperfeiçoamentos, como por exemplo, o surgimento de monopólios, conforme ressaltam Brito e Silveira<sup>11</sup>:

Na medida em que algumas experiências objetivas mostraram que o **modelo puro de privatização era problemático em setores de utilidade pública com forte predominância de monopólios naturais**, inovações no âmbito da estruturação dos empreendimentos foram introduzidas, ao lado de aprimoramentos no aparato regulatório.” (grifos nossos)

Então a partir de 1997 o modelo inglês de PFI, que também apresentou problemas como a falta de coordenação inicial, priorização insuficiente, ocasionando o início de vários projetos ao mesmo tempo, foi aperfeiçoado e renomeado de Public-Private Partnerships – PPP ou parcerias público-privadas, objetivando superar a falta de recursos, melhorar os serviços públicos, racionalizar o uso dos recursos públicos em prol da sociedade, compartilhar com a iniciativa privada os riscos e a experiência de gestão e incentivar a participação da sociedade na fiscalização dos serviços ofertados, transformando a Inglaterra num exemplo, num modelo, a ser copiado pelos demais países interessados em adotar tal modelo de gestão, haja vista, que lá as PPPs já foram bastante experimentadas, porém, a própria experiência inglesa nós demonstra que o aprimoramento e o desenvolvimento das PPPs precisam ser contínuos, já que não é um modelo completamente fechado, é dinâmico e adaptável a realidade de cada nação, outra importante constatação é que os custos dos contratos devem ser barateados, e uma saída é a formatação de um padrão.

Faz-se mister esclarecer, que os modelos de PPP desenvolvidos em âmbito internacional, os public-private partnership, todavia não se relacionam plenamente com o conceito legal adotado no Brasil, haja vista, que em muitos países o conceito é mais amplo, envolvendo concessões e privatizações. As parcerias público-privadas propostas no contexto brasileiro são equivalentes ao private finance initiatives, ou PFI, praticados na Inglaterra.

Devemos evidenciar que as parcerias público-privadas não se confundem com privatizações, como destacam Brito e Silveira<sup>12</sup>:

---

<sup>11</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro*, Brasília, 2005, p. 8.

Nesse contexto, as parcerias não devem ser confundidas com as privatizações. Embora resultantes de um mesmo processo de reforma e modernização do Estado, as privatizações implicam a alienação de ativos públicos ao setor privado, enquanto nas PPP ocorre o inverso: ao término do contrato, a infra-estrutura implementada é transferida ao setor público.

Ambos os mecanismos administrativos, as privatizações e parcerias público-privadas, são utilizados num processo de desestatização em busca do estado mínimo, no entanto é importante que se faça essa distinção entre eles, já que os objetivos são totalmente opostos, na primeira modalidade de parceria o ente público repassa ao privado os “ativos públicos”, ou sejam, as empresas ou os serviços públicos antes controlados pelo governo passam para o controle privado, governo esse que volta suas forças para cuidar melhor das demandas não econômicas, como saúde, escola e segurança, todavia numa parceria público-privada o serviço público, tenha obra ou não, é total ou parcialmente realizado pelo ente privado e posteriormente será devolvido ao governo.

### **1.3 - AS PPPs NO MUNDO GLOBALIZADO: algumas experiências internacionais**

Conforme explicitado no capítulo anterior, a conceito moderno de parceria público-privada foi inicialmente experimentado no Reino Unido, mais precisamente na Inglaterra, conceito que posteriormente seguiria para outros países, em geral do continente Europeu, como França, Portugal e Holanda, no entanto, hoje temos vários exemplos espalhados por todos os continentes, de países que já adotaram o conceito ou estão em fase de introdução, exemplos como o de Hong-Kong, na Ásia, e da África do Sul, no continente Africano, e mais recentemente na América Latina, em países como Chile, México e o Brasil, conforme ressaltam Brito e Silveira<sup>13</sup>.

Além do Reino Unido, diversos países vêm desenvolvendo programas de parcerias. Com diferentes graus de intensidade e sucesso, projetos de PPP estão em andamento em Portugal,

---

<sup>12</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro, Brasília, 2005, p. 9.

<sup>13</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro, Brasília, 2005, p. 8.

Espanha, Finlândia, Grécia, Itália, Irlanda, Holanda, Canadá, Austrália, África do Sul, entre outros. Na América Latina, Chile e México foram os pioneiros no uso da PPP para a provisão de infra-estruturas e serviços públicos.

Há projetos, que seguem o regime de parceria público-privada, sendo desenvolvidos e realizados em várias áreas, principalmente de infra-estrutura, tais como “transporte, saneamento básico e energia elétrica, como ocorrem na Bélgica, com projetos de ferrovias e limpeza pública, e na Irlanda com projetos de prisões, rodovias e ferrovias”, exemplos citados por Sílvia Maria Caldeira Paiva e Carlos Alexandre A. Rocha<sup>14</sup>.

Vale destacar, que cada país aborda o conceito de parceria público-privada ao seu modo, adequando-o a sua política institucional e a sua estratégia econômica, em outras palavras, não há modelos ou fórmulas prontas, cada localidade deve analisar bem o instrumento e adaptá-lo a sua realidade social, política e econômica.

Na Inglaterra há anos são desenvolvidos vários exemplos de parcerias público-privadas, lá chamados de PFI, Private Finance Initiative, que vão de projetos de infra-estrutura a construção de escolas, Stephen Harris<sup>15</sup> assim coloca:

O maior número de Parcerias Público-Privadas ocorre nos setores de transporte, alcançando uma variedade de projetos que incluem estradas, pontes, bondes e ferrovias; de educação, área em que as parcerias ocorrem para edificação e/ou reforma de escolas; de saúde, que focalizam em investimento nos hospitais; de segurança e de justiça, setor em que as PPPs foram dirigidas principalmente para prisões, postos policiais e centros de treinamento.

Dentre esses inúmeros projetos, desenvolvidos na Inglaterra, nas mais diversas áreas, o mais bem sucedido foi o projeto de parceria público-privada que projetou e construiu um túnel ferroviário e subterrâneo, passando pelo Canal da Mancha, conhecido como Eurotúnel, assim Carlos Ari Sundfeld<sup>16</sup> coloca: “O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000,

---

<sup>14</sup> PAIVA, Sílvia Maria Caldeira; ROCHA, C. Alexandre A. Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11079, de 2004. Brasília: Consultoria legislativa do Senado Federal, 2005, p. 5.

<sup>15</sup> HARRIS, Stephen. Public Private Partnerships: UK Expertize for Internacional Markets. Internacional Financial Services. London, 2003, p. 11.

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: ed. Malheiros, 2000, p. 50-58.

do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (Channel Tunnel Rail Link), que teria custado cerca de £ 4 bilhões”.

Sobre o desempenho das parcerias público-privadas inglesas, assim observa José Maurício de Figueiredo Bustani<sup>17</sup>:

É largamente majoritária, no Reino Unido, a avaliação favorável das Parcerias Público-Privadas. Embora o financiamento privado de atividades no Reino Unido seja mais caro do que o financiamento público, há evidências consistentes de que a transferência de riscos para as partes mais aptas a administrá-los, bem como as sinergias que surgem da concentração das operações de “design”, construção e administração no setor privado, têm propiciado maior eficiência, em termos de qualidade e custos de longo prazo, em comparação com a oferta exclusivamente pública dos serviços. Esse padrão de eficiência também é observado na manutenção dos padrões acordados nos contratos, uma vez que as PPP têm apresentado desempenho muito superior às atividades do setor público no que concerne ao respeito de limites orçamentários e de cronogramas de prestação de serviços.

Podemos perceber que, no modelo inglês, apesar do investimento privado ser mais caro que o público, verificam-se inúmeras vantagens, principalmente um aumento da eficiência no desempenho dos serviços, nas questões da qualidade e dos custos de longo prazo, na comparação com os serviços prestados apenas por conta do Estado. Isso ocorre no momento que os riscos são assumidos pelo setor privado, em tese mais capaz de administrá-los e quando se concentram em suas mãos o projeto, a construção e administração do negócio. Há também um respeito maior aos padrões impostos pelo contrato, assim como obediência ao limite orçamentário e ao cronograma.

Ainda sobre as vantagens do PFI, modelo inglês de parceria público-privada, destaca Diogo Rosenthal Coutinho<sup>18</sup>, para ele o investimento “pode ser considerado um ganho extraordinário, uma vez que o financiamento inicial é feito pelo parceiro privado, que toma os recursos por meio de endividamento e é depois remunerado pelo Governo ou pelo usuário”.

---

<sup>17</sup> BUSTANI, José Maurício de Figueiredo. PPP: Lições da experiência britânica. São Paulo. Folha de São Paulo, 2003, p. A-3.

<sup>18</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). Parcerias Público-Privadas. Ed. Malheiros. São Paulo, 2005, p. 56.

Apesar das vantagens enumeradas anteriormente, do modelo utilizado na Inglaterra, é importante salientar que problemas existem, como ocorre com o financiamento público que se torna mais barato que o privado, devido aos altos juros cobrados pelos bancos no empréstimo feito ao parceiro privado, há também dificuldade na fiscalização e prestação de contas por parte do governo, conseqüentemente dificultando a responsabilização e ocorre ainda diminuição e escassez de vagas para servidores públicos, diminuindo consideravelmente os quadros de pessoal.

Bustani<sup>19</sup> alerta para as lições que podemos aprender com o modelo experimentado na Inglaterra, senão vejamos:

A observação interessada das parcerias no Reino Unido permite ainda apreender algumas “lições” que podem contribuir para reduzir percalços e favorecer seus resultados no Brasil. Entre tais lições, podem-se enumerar a necessidade de compromisso político inequívoco para a atração de investimentos, a importância do recurso a conhecimento especializado no desenho dos projetos, a necessidade de priorizar projetos com maior retorno socioeconômico, a importância de uma correta transferência de riscos para o setor privado, que estimule a eficiência do projeto e que, ao mesmo tempo, preserve sua rentabilidade.

Faz-se necessário, que antes de importarmos o modelo inglês e o aplicarmos, que façamos o dever de casa, o ensinamento de Bustani nos alerta que: sem compromisso político, sem o conhecimento adequado, sem a devida transferência dos riscos ao ente privado e sem a priorização de projetos com grande retorno social e econômico, corre-se o risco do fracasso, já que a eficiência e a rentabilidade de qualquer projeto devem ser preservadas.

Em Portugal, diferentemente da Inglaterra, os erros foram maiores que os êxitos, fruto da falta de coordenação por parte do governo e devido ao subdimensionamento dos custos futuros, esses aspectos em conjunto fizeram com que os imprevistos surgissem e houvesse a necessidade de revisão das condições contratadas, como ocorreu em serviços os quais não estavam previstos a cobrança de tarifas e tiveram que ser cobradas aos usuários mediante pedágio. Outros

---

<sup>19</sup> BUSTANI, José Maurício de Figueiredo. PPP: Lições da experiência britânica. São Paulo. Folha de São Paulo, 2003, p. A-3.

problemas foram percebidos ao longo da implantação das parcerias, como: atrasos no início de obras; grande impacto no orçamento; aumento dos gastos do governo; burocracia exacerbada, notadamente na obtenção de licenças ambientais e problemas quanto à gestão técnica das PPPs. Para diminuir esses pontos negativos, ressalta Sundfeld<sup>20</sup> que, “foram anunciadas mudanças institucionais, como a criação de unidade gestora de PPP, com função de coletar, analisar e difundir informações, prover expertise técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados”.

Nesse país foram desenvolvidos projetos principalmente para os sistemas rodoviário, ferroviário e de saúde, nessas áreas houve uma maior concentração do modelo de parceria público-privada, conforme ressaltam Pasin e Borges<sup>21</sup>, “em Portugal utilizou-se largamente a PPP na construção de estradas. Nesse país, em diversas rodovias, lançou-se mão do modelo de pedágio-sombra (sem cobrança do usuário). Nas estradas onde o volume de tráfego não confere retorno suficiente aos projetos, a viabilidade é garantida pelo Estado”.

Todavia, esse sistema adotado em Portugal não logrou êxito, já que a falta de planejamento do governo implicou na incapacidade de cumprir com os compromissos assumidos perante o parceiro privado, Chystiane Silva<sup>22</sup> assim esclarece:

Entre os vários exemplos de PPPs que não deram certo, um dos mais emblemáticos é o das estradas em Portugal. Por falhas no planejamento, o governo não terá mais recursos para honrar os pagamentos já a partir de 2008. ‘Chegou-se a um ponto em que as PPPs das estradas consumiam quase todo o orçamento público para transportes’, diz Rui Nuno Baleiras, professor de finanças públicas da Universidade Nova de Lisboa.

Para que Portugal possa obter bons resultados e alcançar seus objetivos com a política de implantação das parcerias público-privadas, será essencial que ajustes sejam formulados, os quais passam por uma maior capacitação do Estado com intuito de melhorar seu desempenho no papel da gestão e do desenho das PPPs,

---

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: ed. Malheiros, 2000, p. 73-77.

<sup>21</sup> PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Rio de Janeiro: Revista do BNDES, 2003, p. 173-196.

<sup>22</sup> SILVA, Chystiane. Uma idéia que pode dar certo. São Paulo: Revista Veja, 2004, p. 127.

tornando-se mais eficiente e focando nos resultados, outro ponto seria cuidar da elaboração dos contratos, investindo melhor nas fases prévias à contratação, como na elaboração e estudos preliminares, deve também cuidar da formação dos gestores públicos, especializando-os nas relações com o parceiro privado, ademais deve evitar a fragmentação da gestão das PPPs, sendo ideal que aqueles que estiverem à frente da concepção inicial dos projetos participem também na sua gestão e por fim melhorar os sistemas de controle.

Outro país que também adotou as parcerias público-privadas, como forma de aumentar os investimentos nos serviços públicos, foi a Irlanda do Norte, nação que compõe o Reino Unido, para eles a PPP é um acordo, mediante contrato, entre o setor público e o privado, com base numa convenção com objetivos claros, voltado à oferta de serviços que seriam, de outra forma, oferecidos pelos modos tradicionais de licitação do setor público.

Na opinião de Pasin e Borges<sup>23</sup>,

No caso irlandês, a justificativa para o uso da PPP envolveu: compartilhamento de risco com o setor privado; a redução do prazo para a implantação dos empreendimentos, uma vez que, ao contar com recursos privados, as inversões deixavam de estar sujeitas exclusivamente às possibilidades de aporte do setor público; estímulo à introdução de inovações, modernizações e melhorias por parte do setor privado; a possibilidade de realização de um maior número de projetos; a liberação de recursos públicos para outros projetos prioritários sem condições de retorno financeiro e sem capacidade de serem realizados por meio da PPP; e asseguramento da qualidade da operação e da manutenção dos serviços concedidos por longo prazo.

Como ocorrem nos demais países que utilizam as parceiras público-privadas, na Irlanda do Norte, há uma clareza nos objetivos perseguidos pelo poder público quando da adoção dessa modalidade de contratação, e podemos destacar que em comum há a necessidade de que os riscos sejam compartilhados entre os parceiros, que haja a utilização inicial de recursos privados para o desenvolvimento dos projetos e busca-se ainda melhorar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos.

---

<sup>23</sup> PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Rio de Janeiro: Revista do BNDES, 2003, p. 175.

Diferentemente do exemplo Português, na Irlanda, a experiência tem demonstrado que as parcerias público-privadas são uma viável opção para o desenvolvimento da infra-estrutura do país. Inclusive influenciando no aumento do produto interno bruto, o PIB. Atualmente, o país é um dos que mais vem utilizando as PPPs para realização de empreendimentos, há, portanto, projetos sendo desenvolvidos nas áreas de transporte, saneamento básico, educacional e até na gestão do lixo.

## 2 – CONTEXTO BRASILEIRO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

### 2.1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PPPs NO BRASIL

O Brasil, nos anos 80, vivia um momento político, social e econômico muito instável, a crise econômica era reflexo da diminuição significativa de recursos de origem externa, que nos anos anteriores foram responsáveis pelo “milagre econômico” que o país experimentou, a recessão econômica estrangeira e a crise do petróleo provocaram mudanças significativas na conjuntura econômica internacional e foi a responsável pela escassez desses recursos que antes fluíam para o Brasil e para América Latina numa intensidade maior.

Sobre esse período conturbado assim expôs André Franco Montoro Filho<sup>24</sup>:

Na verdade, desde a década dos oitenta, o governo, em todos os seus níveis e em suas empresas, passou a conviver com acentuadas restrições de crédito, praticamente inviabilizando os investimentos nestes setores. Houve assim uma drástica redução no volume de investimentos, gerada tanto pela incapacidade de financiamento como pelas dificuldades de geração de recursos próprios, em grande parte comprometidos no pagamento do serviço da dívida contraída anteriormente.

Em virtude dessa mudança no quadro econômico internacional houve, no Brasil, o aparecimento de vários problemas, notadamente houve um aumento da dívida externa e dos índices inflacionários, o que se tornou um fardo para sua economia, já que as políticas de ajustamento impostas pelos credores internacionais o obrigavam a pagar juros exorbitantes, com isso os recursos públicos foram ficando escassos, conseqüentemente os investimentos também foram diminuindo.

Luiz C. Bresser Pereira e Yoshiaki Nakano<sup>25</sup> desenham o quadro da situação crítica que o Brasil vivenciou: “É neste ambiente de fortíssima contração na demanda agregada através de uma política fiscal e monetária de aperto, sem paralelo na história recente do país, e com controle de salários e preços industriais, que a taxa de inflação sofre um forte processo de aceleração, levando à grande estagflação de 1983.”

---

<sup>24</sup> MONTORO FILHO, André Franco. PARCERIA PÚBLICO PRIVADO CONSIDERAÇÕES DE UM ECONOMISTA. Boletim FIPE, 2004, p. 3.

<sup>25</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser; NAKANO, Yoshiaki. Inflação e Recessão. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984, p. 184.

O Brasil estava imerso numa grande crise fiscal e econômica, passando por grandes dificuldades financeiras, projetos de infra-estrutura e recursos públicos para políticas sociais eram cada vez mais escassos, já que os investimentos públicos na década de 80 estavam bastante contraídos, inviabilizando o crescimento econômico e social do país.

Conforme nos mostram Henrique Fingermann e Maria Rita Loureiro Loureiro<sup>26</sup>:

No Brasil, as dimensões sobre a necessidade de redefinir as funções governamentais estão associadas não apenas à importação do clima ideológico neoliberal, mas sobretudo às gravíssimas dimensões financeiras da crise do Estado. Implicando a queda do padrão de financiamento pela redução das receitas e pela impossibilidade de manter os níveis precedentes de endividamento interno e externo, a crise fiscal do Estado brasileiro resulta no desequilíbrio estrutural de economia, na presença de um elevado déficit público e na dramática redução de sua capacidade de investimento.

Nesse contexto de crise, em 05 de outubro de 1988, após anos de regime autoritário militar, foi promulgada a nova Carta Magna do Brasil, tornando-se a primeira Constituição democrática na história do país, sendo bem batizada, pelo Sr. Ulysses Guimarães<sup>27</sup>, um dos constituintes mais emblemáticos daquela época, como “Constituição cidadã”. Criando em todos os brasileiros um sentimento de esperança por dias melhores.

A década de 90 foi pautada por mudanças estruturais modernizantes, principalmente na economia brasileira, havia uma preocupação do governo em superar a crise fiscal, estabilizar a economia e retomar o crescimento do país. O governo do presidente Fernando Collor, de 90 a 92, desde o início, tentou imprimir reformas modernizantes, como o fez com as políticas de liberalização comercial, com a desregulamentação dos mercados financeiros e cambiais e com o início das privatizações, além da renegociação da dívida externa brasileira com seus credores, tendo como maior deles o Fundo Monetário Internacional – FMI.

---

<sup>26</sup> FINGERMAN, Henrique (org.); LOUREIRO, Maria Rita. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADO: Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. São Paulo: Summus editorial, 1992, p. 27-28.

<sup>27</sup> Ulysses Guimarães, Deputado Federal, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, citou o termo “Constituição cidadã” no seu discurso de promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988.

No entanto, a crise não foi superada e os investimentos necessários não foram feitos, e a inflação voltou a crescer, planos foram criados e novas tentativas de congelamento de preços aplicadas, todos sem sucesso. Após dois anos de governo sem êxito nas tentativas de alavancar o desenvolvimento econômico brasileiro e após a divulgação de escândalos envolvendo sua equipe de campanha, o presidente Collor foi afastado do seu posto através de um processo de impeachment.

Apesar da saída de Collor do governo, as mudanças modernizantes não foram paralisadas, os governos seguintes, de Itamar e Fernando Henrique, continuaram com a política de desestatização, iniciada, ainda no governo Collor, com o Plano Nacional de Desestatização, criado em 1990, pela Lei nº 8.031/1990, a partir desse plano e pautadas pelas concepções da nova Constituição, especialmente a da livre iniciativa, diversas leis foram criadas com a finalidade de mudar a relação entre o público e o privado, como exemplo a Lei 8.987 de 1995, já no governo de Fernando Henrique, que regulamentou as permissões e concessões de serviços públicos, previstas no Art. 175 da Constituição Federal, cada vez mais se verificava a importância de atrair os investimentos privados, já que os recursos públicos eram insuficientes.

A continuidade das reformas política e econômica foi muito importante, pois possibilitou ao país sair daquele quadro de crise, que durante anos foram vivenciados. Sobre a importância dessas reformas relatou, em 1994, Pereira<sup>28</sup>:

Falar em reformas não faz o menor sentido e eu explico por que. As principais reformas econômicas foram feitas nos últimos sete anos, as reformas realmente necessárias para mudar radicalmente a economia brasileira: um grande ajuste fiscal, uma profunda liberalização comercial, grandes avanços na privatização e a reestruturação das empresas brasileiras. São essas reformas que garantem o êxito do Plano Real. Quando Fernando Henrique assumiu o ministério da Fazenda, ele percebeu que essas reformas já tinham sido feitas, só faltava a estabilização.

Com esse relato verificamos que para o Brasil vencer a crise econômica que assolou o país, notadamente nos anos 80 e início dos 90, foram precisos longos anos de mudanças estruturais, não aconteceu de um dia pro outro, mas sim um

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser. Reformas estruturais já foram feitas: Folha de Londrina, 1994, p. 1.

processo, uma mudança de atitude de vários governantes, com políticas econômicas estruturantes e grandes ajustes fiscais, e a Constituição Federal foi muito importante nesse processo.

Apesar dos avanços, com as privatizações, concessões e permissões, repassando à iniciativa privada o controle da prestação de alguns serviços públicos, antes exclusivos do poder público, não houve um aumento dos investimentos públicos, principalmente em áreas as quais os investidores privados não vislumbravam altos lucros, como ocorreu no campo da infra-estrutura. Paiva e Rocha<sup>29</sup> assim expõem essa situação:

Se na década de 70, a taxa média de investimentos em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) se situava na faixa de 22,6%, sendo o setor público era responsável por 3,7%, na década de 90, essas taxas caíram para 20,4% e 2,7%, respectivamente. No período de 2000 a 2003, os investimentos públicos caíram para 1,8% do PIB". Eles ainda destacam que: "no período de 1991 a 2003, a queda nos investimentos públicos em infra-estrutura estão relacionados coma queda nos investimentos públicos em geral.

Diante dessa situação, de escassez de recursos financeiros, extremamente limitados, do alto endividamento público, de falta de investimentos públicos ao longo dos anos anteriores e conseqüentemente do comprometimento do crescimento econômico do país. Conforme, ressaltam Pasin e Borges<sup>30</sup>: "a necessidade histórica de contenção de despesas governamentais, seja decorrente de restrição orçamentária associada a acordos com o FMI, seja em face das próprias leis domésticas de responsabilidade fiscal, restringe a capacidade de investimentos dos Estados". Houve, então, a necessidade de que o poder público vislumbrasse novos modelos de gestão, com vistas a ampliar a captação de investimentos privados, principalmente para aquelas áreas que através das privatizações não se tornaram atrativas, trazendo para si ganhos de eficiência e proporcionando grande economia dos escassos recursos.

---

<sup>29</sup> PAIVA, Sílvia Maria Caldeira; ROCHA, C. Alexandre A. Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11079, de 2004. Brasília, 2005, p. 15-17.

<sup>30</sup> PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Rio de Janeiro: Revista do BNDS, 2003, p. 178.

Esses novos modelos de gestão do Estado contemporâneo, de certa forma, proporcionam o compartilhamento da responsabilidade pelo desenvolvimento econômico e social de um país, entre poder público e privado, elevando os parceiros privados em co-responsáveis pela prestação dos serviços públicos. Já que, normalmente não o são, assumem apenas o posto de contratados pela administração pública, através de licitações, para prestarem serviços públicos ou executarem obras como empreiteiros, no qual as responsabilidades não ultrapassam as obrigações impostas em contrato ou pelas normas específicas.

A respeito desses novos modelos destacam Fingermann e Loureiro<sup>31</sup>:

Assim, a forma clássica de relacionamento da administração pública com o setor privado, em que a primeira é a contratante e o segundo o contratado, tem sido substituída por novos modelos. São as concessões de serviços públicos, as mais diversas formas de colaboração financeira e administrativa na realização de empreendimentos de interesse social, além das práticas já conhecidas de privatização.

Um desses novos modelos, importado da experiência de gestão Inglesa, é o conceito de parceria público-privada, o qual, no Brasil, teve a matéria tratada com o advento da Lei nº 11.079/04, conhecida informalmente com “Lei das PPPs”. Através da nova legislação o governo federal instituiu normas gerais para licitação e contratação e regulou a nova modalidade de parceria, muito embora, fugindo à regra, nesse caso, os Estados de Minas Gerais, mediante a Lei 14.868 de 16/12/2003 e de São Paulo, com a Lei 11.688 de 19/05/2004, tenham sido os pioneiros na regulação da matéria.

O então Presidente Luis Inácio Lula da Silva<sup>32</sup>, quando da Mensagem Presidencial nº 623/2003, submetendo a Lei 11.079/04, ao Congresso Nacional, destacou a relevância da parceria público-privada para o desenvolvimento do Brasil, como sendo: “Uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado”.

---

<sup>31</sup> FINGERMANN, Henrique (org.); LOUREIRO, Maria Rita. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADO: Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais. São Paulo: Summus editorial, 1992, p. 27.

<sup>32</sup> Luis Inácio Lula da Silva foi presidente do Brasil por dois mandatos consecutivos, compreendendo o período de 2003 a 2010.

Ou seja, com a edição dessa Lei o governo brasileiro abre caminho para uma nova realidade em busca de melhorar o desenvolvimento econômico e social do País, buscando atrair o conhecimento técnico, a eficiência e os investimentos que os entes privados, normalmente, possuem, ampliando a tradicional relação entre os setores, público e privado, a qual tradicionalmente imprimia ao primeiro apenas a posição de contratante e o segundo de contratado, tornando-os parceiros, inclusive compartilhando os riscos inerentes a todas as atividades econômicas.

## **2.2 - LEI Nº 11.079/04: Conceitos, modalidades e inovações das parcerias público-privadas.**

A Constituição Federal brasileira não adota um regime de tipicidade fechada em relação às modalidades contratuais, que podem vir a ser instituídas e utilizadas pelo Poder Público para melhor execução de suas tarefas. E estão previstos, nela, três dispositivos específicos, que fazem referência às contratações públicas como mecanismos possíveis de serem adotados com vistas a realizar as tais tarefas. Senão vejamos:

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Sendo assim, desde que observados os limites impostos pela Constituição nacional e traçadas pelo constituinte originário, competirá ao legislador instituir os meios jurídicos que possam viabilizar as escolhas mais eficientes para o administrador público, observando a situação na qual está inserido, no decurso da sua tarefa de prestação de utilidades à população. Ou seja, a formatação jurídica dos contratos da Administração pública está sujeita à livre conformação do legislador, seja federal, na definição de normas gerais, sejam Estados, municípios e Distrito Federal, no que se refere às peculiaridades locais e regionais.

Apoiada na previsibilidade constitucional da União legislar sobre contratações públicas foi criada a Lei 11.079/2004, que trata de uma modalidade específica de contratação pública, e foi denominada de lei das parcerias público-privadas, é, portanto, mais uma lei geral que somada as Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, além das demais setoriais, surgiram com a finalidade de propiciar à Administração Pública os meios legais para melhor desenvolver, de modo eficiente, a prestação dos serviços públicos.

As parcerias público-privadas, instituídas pela Lei nº 11.079/04, tem seu fundamento constitucional legitimador no art. 22, inciso XXVII, no art. 37, inciso XXI e no art. 175, incisos do I ao IV, todos da Constituição Federal, especialmente o art. 22, que concede à União poder para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública.

A referida Lei teve sua vigência iniciada no momento de sua publicação, que foi em 30 de dezembro de 2004, através dela se instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicáveis aos órgãos da

Administração Pública, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme indica o art. 1º de parágrafo único:

Art. 1º - Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.  
Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei federal no seu art. 2º conceitua, sinteticamente, parceria público-privada como “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Podemos perceber com a conceituação legal que há a necessidade da formalização da parceria mediante contrato administrativo e que as modalidades patrocinada e administrativa são espécies do gênero concessão.

No pensar de Gasparini<sup>33</sup>, a parceria público-privada é:

Num sentido amplo, parceria público privada é todo o ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios públicos. **Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei federal das PPPs, pode-se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular**, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é sua usuária direta ou indireta, respeitado sempre o risco assumido [...]”.  
(grifo nosso)

Já José Cretella Neto<sup>34</sup> conceitua didaticamente desta forma:

---

<sup>33</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 410.

<sup>34</sup> CRETELLA NETO, José. Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

Contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto estabelecido.

Ademais, diferentemente do modelo inglês, no qual o conceito de parceria público-privado é formatado em seu sentido amplo, o Brasil adota um sentido estrito quando da conceituação das PPPs, conforme destacam Brito e Silveira<sup>35</sup>, vejamos:

O modelo brasileiro emprega a terminologia PPP em seu sentido estrito: é uma forma de provisão de infra-estruturas e serviços públicos em que o parceiro privado é responsável pela elaboração do projeto, financiamento, construção e operação de ativos, que posteriormente são transferidos ao estado. O setor público torna-se parceiro na medida em que ele é comprador, no todo ou em parte, do serviço disponibilizado. O controle do contrato passa a ser por meio de indicadores relacionados ao desempenho na prestação do serviço, e não mais ao controle físico-financeiro de obra.

Ou seja, um contrato administrativo no qual o objeto é uma concessão, não comum, efetivada através duas modalidades a patrocinada e a administrativa, no qual na modalidade patrocinada há previsão de cobrança de tarifas aos usuários, dos serviços ou obras públicas, adicional a contraprestação pecuniária estatal; e na administrativa, há a um contrato para a prestação do serviço, envolvendo ou não execução de obra ou fornecimentos de bens, para usufruto, direta ou indiretamente, pela Administração Pública, conforme depreende-se da leitura dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 2º, in verbis:

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

§ 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.

---

<sup>35</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro, Brasília, 2005, p. 8-9.

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

Importa salientar que a legislação em estudo no parágrafo 3º, do artigo 2º, não considera como parceria público-privada a concessão comum, sendo, essa concessão comum, uma transferência temporária do serviço público, feita pela administração pública, mediante licitação, para o ente privado, seja pessoa jurídica ou um consórcio de empresas, capaz de assumir os riscos e de administrar o empreendimento transferido, executando obra pública por sua conta, sendo que sua remuneração é feita através da exploração do mesmo. Considera-se concessão comum à prevista na Lei nº 8.987/95, inciso III:

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;

No saber de Brito e Silveira<sup>36</sup>, a Lei em comento, na edição do art. 2º, parágrafo 3º, fez questão de diferenciar as concessões comuns, também chamadas de tradicionais, das concessões previstas na legislação, para evidenciar aos prováveis concessionários a viabilidade da nova modalidade de contratação pública, tornando-a mais atrativas. Assim eles colocaram:

Ainda que a lei brasileira enquadre as PPP como uma forma de concessão, elas se diferenciam das tradicionais no que se refere às fontes de remuneração do parceiro privado. Nas concessões tradicionais, a cobrança de tarifas é suficiente para remunerar o investimento. Já nas PPP, abre-se espaço para uma complementação de receitas por parte do setor público, de modo a tornar o empreendimento viável.

Ocorre que há duas diferenças substanciais entre concessão comum e a patrocinada, a primeira é o modo de remuneração do ente privado. Na modalidade Comum, a única fonte de remuneração que o agente privado dispõe é a cobrança da

---

<sup>36</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro*, Brasília, 2005, p. 9.

tarifa, paga pelo usuário final do serviço, enquanto que na modalidade Patrocinada, a nova legislação prevê duas fontes de remuneração, uma de origem tarifária a cargo dos usuários do serviço e a outra da contraprestação pecuniária, de responsabilidade do ente público cedente.

A outra diferença está no fato do compartilhamento dos riscos, enquanto na modalidade Comum de concessão o risco do negócio, como a própria Lei coloca, “corre por sua conta e risco”, em outras palavras, é totalmente absorvido pelo ente privado, na modalidade patrocinada os riscos são compartilhados entre os dois parceiros, o público e o privado.

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>37</sup> assim explica:

De outro lado é possível que o serviço público seja explorado pelo particular delegatário do poder público e sua remuneração não seja atribuída exclusivamente pelo usuário do serviço. É o que ocorre freqüentemente, nas hipóteses de subsídio tarifário quando define-se que, por ser o valor da tarifa economicamente justa (ou seja, aquela que remunera o investimento, os custos da prestação e uma razoável margem de lucro ao particular) excessivamente alto para a capacidade de pagamento dos usuários potenciais do serviço, o poder público subsidiará a tarifa, concorrendo para que o valor cobrado de quem dele se utiliza seja inferior àquele calculado economicamente.

Ressalte-se que a previsão do compartilhamento dos riscos na modalidade Patrocinada tem a função de atrair um volume maior de investimentos, por parte do setor privado, já que na outra modalidade de concessão, a comum, todos os riscos do empreendimento cedido ficam a encargo apenas do ente privado, sendo essa modificação na lei, sua melhor inovação,<sup>38</sup> como bem destaca Brito e Silveira<sup>38</sup>:

Define ainda “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Esse dispositivo representa uma alteração significativa do regime tradicional de repartição de riscos entre a administração e os entes privados. Nos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei no 8.666/1993, o poder público arca com o ônus integral desses

---

<sup>37</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário. In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (org.). Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 331-351.

<sup>38</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro, Brasília, 2005, p. 14.

riscos, cabendo ao ente privado assumir apenas os riscos referentes à álea econômica ordinária. A lei de PPP permite, portanto, que a alocação de riscos seja feita contratualmente, o que é uma importante inovação no direito administrativo brasileiro.

No tocante a modalidade de concessão administrativa, o § 2º do art. 2º, a define como “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”, difere da modalidade de concessão patrocinada, pois não há previsibilidade de pagamento, por parte dos usuários dos serviços, de tarifas, cabendo ao ente público a contraprestação da obrigação assumida contratualmente. Nela a administração pública assume duas posturas a de usuária indireta e de usuária direta.

Para Gustavo Binenbojm<sup>39</sup>, a concessão administrativa no qual a administração pública figura como usuária indireta é:

Espécie do gênero concessão de serviço público, sendo este prestado diretamente ao usuário, sem cobrança de qualquer tarifa, e sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Em tal hipótese, a Administração Pública é de ser considerada a usuária indireta dos serviços, vez que estes são prestados diretamente pela concessionária à população. Este seria o caso, por exemplo, de um serviço de coleta de lixo, sem cobrança de tarifa dos usuários diretos.

Reforça esse pensamento José dos Santos Carvalho Filho<sup>40</sup>, que assim coloca: “a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou do serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes”.

Todavia, quando a administração pública assume a posição de usuária direta do serviço prestado pelo parceiro privado, os serviços da concessionária são prestados diretamente para ela, satisfazendo uma necessidade do poder público,

---

<sup>39</sup> BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2005, p. 4.

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: ed. Lúmen Júris, 2008, p. 399.

sendo este o usufrutuário do empreendimento fornecido e mantido pela iniciativa privada, como ocorre quando o ente privado constrói e mantém uma unidade prisional. Tal modalidade de concessão especial difere dos demais contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8666/93, pois, para sua formatação, há exigências que precisam ser observadas, como a questão do valor do projeto, acima de 20 (vinte) milhões de reais, a não obrigatoriedade de execução de obras e por fim a infra-estrutura construída deverá ser utilizada no decurso da prestação dos serviços.

Sobre essa modalidade destaca Fernanda Marinela<sup>41</sup>:

O contrato de concessão administrativa em muito se aproxima do contrato de prestação de serviço propriamente dito, visto que, neste último, a relação da empresa contratada é diretamente com a Administração, não tendo qualquer vínculo com o administrado.

Outra inovação relevante dessa nova legislação é o que trata do sistema de garantias, no caso da modalidade patrocinada, que asseguram a contraprestação obrigatória do ente público cedente ao ente privado cessionário, em virtude de um eventual inadimplemento do poder público.

Essas garantias estão previstas no art. 8º, incisos do I ao VI, vejamos:

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.

Sundfeld<sup>42</sup> destacou, quando a Lei em estudo ainda se tratava de um projeto de lei, a relevância das garantias para o sucesso das parcerias público-privadas,

---

<sup>41</sup> MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Niterói: ed. Impetus, 2010, p. 510.

assim ele colocou: “um sistema adequado de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente”.

Tal inovação tem como função precípua demonstrar aos futuros parceiros privados, que em sede de parcerias público-privadas, os entes públicos não irão inadimplir, popularmente falando “dar calote”, o que por vezes ocorreu em outros sistemas de contratação, em outras palavras, a administração pública está sinalizando que as obrigações pecuniárias assumidas por ela, mediante contrato de parceria público-privado, serão cumpridas, transmitindo segurança e credibilidade aos futuros parceiros.

Ademais importa destacar, que o parceiro privado precisa disponibilizar os serviços contratados, somente a partir daí é que ele poderá acionar uma das garantias previstas em Lei, e indicada em contrato, caso haja inadimplência por parte do parceiro público, como bem ressaltam Paiva e Rocha<sup>43</sup>:

Com relação à contraprestação, cabe ainda ressaltar que uma das principais características das Parcerias Público-Privadas é de que a remuneração do setor privado se dá apenas com a disponibilização dos serviços, devidamente avaliados por critérios objetivos do desempenho do parceiro privado, característica recomendada inclusive pelos organismos internacionais e introduzida na lei por substitutivo do Senado Federal.

Por fim, de acordo com a ressalva acima, podemos observar que, para efetuação do pagamento por parte do ente público ao parceiro privado, não basta apenas que esse disponibilize os serviços públicos contratados mediante parceria público-privada, tais serviços precisam e devem ser adequadamente analisados antes do pagamento, e isso se dará com base em critérios objetivos, avaliando o desempenho do parceiro privado, ou seja, em síntese, os pagamentos são variáveis, e precisam atender a padrões de qualidade estipulados contratualmente.

---

<sup>42</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público-Privadas. São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 21.

<sup>43</sup> PAIVA, Sílvia Maria Caldeira Paiva; ROCHA, C. Alexandre A. Parceria Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11079, de 2004. Brasília: Consultoria legislativa do Senado Federal, 2005, p. 23-24.

### 2.3 - O SISTEMA DE GARANTIAS DA LEI Nº 11.079/04

As garantias, previstas no art. 8º, incisos do I ao VI, da legislação em comento, tem a função maior de atenuar eventuais descumprimentos por parte da administração pública, quanto às obrigações pecuniárias por ela assumidas, no decorrer dos contratos de parcerias público-privadas, haja vista, o grande volume de recursos financeiros envolvidos e o longo período de desenvolvimento dos empreendimentos, no mínimo 05 (cinco) anos, período que poderá inclusive envolver mudanças de gestão.

Sendo, portanto, um elemento de proteção para os parceiros privados e reduzindo os riscos do empreendimento, que em regra, nas outras modalidades contratuais, recaem exclusivamente sobre o poder público e em sede de PPPs eles são compartilhados ou atribuídos apenas aos parceiros privados, em tese, mais aptos a administrá-los. Em síntese essas garantias promovem segurança jurídica aos contratos em sede de parceria público-privada.

Sobre as garantias, Brito e Silveira<sup>44</sup> assim colocam,

De modo a mitigar o risco de não cumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública nos contratos de PPP, são permitidas vinculação de receitas, instituição de fundos especiais, contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras e garantias com organismos multilaterais, além daquela prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

De acordo com o exposto acima, as garantias permitidas pela legislação em tela, além de outros mecanismos admitidos em Lei, são: a vinculação de receitas, a criação ou utilização de fundos específicos previstos em Lei, a contratação de seguro-garantia, garantias concedidas por órgãos ou instituições financeiras internacionais ou garantias prestadas por fundo garantidor ou por empresa legalmente criada pelo estado.

Lembrando que essas garantias são de responsabilidade do ente público, o que difere das demais contratações administrativas, no qual as garantias à execução

---

<sup>44</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro*, Brasília, 2005, p. 15.

são prestadas pelo ente privado, de acordo com o previsto no art. 56, incisos do I ao III, da Lei nº 8.666/93, vejamos:

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

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

As garantias, elencadas acima, são ofertadas, pelo contratado, ente privado, para assegurar a plena execução dos serviços pactuados, e de certa forma, protege a administração pública de eventuais inadimplementos ou danos provocados pelo contratado, permitindo a cobrança de eventuais multas.

Já nas garantias previstas na Lei 11.079/04, diferentemente das da Lei nº 8.666/93, é necessário, que haja constatado o inadimplemento por parte do ente público, para que as mesmas sejam acionadas pelo parceiro privado. O inciso VI, do art. 5º, coloca os requisitos que precisam ser observados antes da liberação das garantias, quais são: “os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia”. Vale salientar que tais requisitos precisam estar descritos em contrato, local no qual estão previstas sistematicamente todas as regras da parceria.

Convém destacar, que a legislação não adotou um sistema excludente, nem fechado ou exaustivo de garantias, pois, conforme descrito no inciso VI, do art. 8º, há possibilidade de “outros mecanismos admitidos em Lei” serem utilizados para tal finalidade, preferiu-se, portanto, adotar um rol exemplificativo ou *numerus apertus*.

Todavia, dentre todas as modalidades de garantias previstas, prestadas pelo ente público, com vistas a assegurar o adimplemento futuro das suas obrigações, a que merece maior destaque é a prevista no inciso V, do art. 8º, que prevê a criação

de um fundo garantidor, tratando-se da inovação mais relevante desse normativo, quando falamos em sistema de garantias. Sendo, portanto, assunto do próximo capítulo.

### 3 - ASPECTOS LEGAIS DO FUNDO GARANTIDOR

#### 3.1 – O FUNDO GARANTIDOR: conceito e natureza jurídica

A realização de uma parceria público-privada está condicionada a existência, de responsabilidade do ente público, de uma garantia, para que o ente privado tenha segurança, de que ao final da realização do serviço, o parceiro público venha a realizar o devido pagamento. A lei nº 11.079/04, no seu art. 8º, “instituiu um sistema singular de garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública”, e uma delas está prevista no inciso V, do referido artigo, o qual indica que as obrigações poderão ser garantidas por meio de um fundo garantidor. Conforme ressaltam Brito e Silveira<sup>45</sup>:

O propósito é notadamente oferecer segurança ao parceiro privado que se (pro)põe a realizar obra e prestar o serviço público, tornando verdadeiramente atrativa a execução destes contratos em vista da análise dos seus riscos. Dentre as garantias, entretanto, a que talvez melhor demonstre esta intenção do Estado de se mostrar como verdadeiro interessado, já que sua configuração se dissocia da própria Administração, é a possibilidade de constituição de um fundo garantidor que, somente no âmbito da União, já está autorizado a garantir as PPP's num limite global de R\$ 6 bilhões (art. 16).

Esse fundo garantidor tem a finalidade primordial de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em razão de contratos de parcerias público-privadas por eles celebradas. Ademais, serve para atração da iniciativa privada, na realização de serviços públicos para a população, colaborando assim mais intensamente com a administração pública. E que no dizer de José Augusto Dias de Castro e Fernando Machado<sup>46</sup>, o fundo garantidor é “a principal forma de garantia”. Ademais vale ressaltar que, cada ente federativo pode criar fundo garantidor, desde que o faça através da edição de regramento legal, assim como fez a União quando editou a Lei nº 11.079/04.

---

<sup>45</sup> BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro. Brasília: Revista do Serviço Público, 2005, p. 36.

<sup>46</sup> CASTRO, José Augusto Dias de; MACHADO, Fernando. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 11.079/04 e nos contratos de parceria público-privada. In: CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (org). Estudo sobre as parcerias público-privadas. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 144.

Como bem coloca Luiz Alberto Blanchet<sup>47</sup>, para ele o fundo tem duas importantes utilidades, vejamos:

Torna menos imprevisível e mais controlável a oneração dos recursos públicos nos empreendimentos pertinentes a parcerias que venham a ser contratadas; além disso, ao dar maior segurança aos parceiros privados, enseja condições para que estes cotem valores menores em suas propostas, pois não precisarão embutir o sobrevalor derivado de riscos de inadimplemento.

Observando sua colocação percebemos que o limite do fundo é bem elevado, justamente para poder bem garantir os contratos que o utilizarem, tendo em vista que as PPPs envolvem vultosos investimentos.

Quanto à conceituação do fundo garantidor nos apropriamos do entendimento de Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga<sup>48</sup>, que o conceitua como:

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

Segundo o conceito da autora, com a criação do fundo garantidor forma-se um patrimônio com o propósito de dar-lhe uma destinação específica, sendo o mesmo diferente dos fundos do mercado financeiro, os quais têm por sua essência maximizar ganhos, já que o fundo especial em estudo é utilizado para execução de um objeto específico, e não para ganhos de capital, viabilizando assim execução de políticas públicas governamentais.

---

<sup>47</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Parcerias Público-Privadas. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 91-92.

<sup>48</sup> BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: o Fundo Garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional dos precatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 235.

Em relação à natureza jurídica do fundo, segundo o § 1º do art. 16 da Lei nº 11.079/04, ele tem “natureza privada”, e seu patrimônio é próprio e separado do dos cotistas, estando “sujeito a direitos e obrigações próprios”. Mesmo sendo clara a redação do referido parágrafo acima, existem doutrinadores que entendem ser o fundo sem personalidade jurídica, muito embora tal entendimento não seja o mais congruente, sendo, pois, o mais adequado o entendimento disposto na legislação, de que o fundo garantidor tem natureza jurídica privada, como bem ressalta Sundfeld<sup>49</sup>, que coloca: “[...] é um ente dotado de personalidade jurídica própria, de natureza privada”.

Pensamento que é reforçado por Fernando Vernalha Guimarães<sup>50</sup>, ao afirmar que:

Aponta-se que o estabelecimento de garantias prestadas por fundo garantidor ou por empresa estatal para garantir obrigações das pessoas públicas em sede de contratos de parceria público-privada significará evitar o procedimento especial de execução pelo regime de precatórios na eventualidade de inadimplemento do parceiro público. **Isso porque estes entes, dotados de personalidade jurídica de direito privado**, submetem-se ao regime jurídico próprio dos entes privados, sendo que suas dívidas serão executadas nos moldes da execução civil comum. A solução evita o famigerado sistema de precatórios e, por isso, importa revestir os contratos de PPP de maior segurança jurídica, reduzindo custos transacionais e favorecendo a economicidade na contratação de PPP. (grifo nosso)

Guimarães<sup>51</sup> reforça ainda que:

O fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º é daqueles fundos dotados de personalidade jurídica, passível, portanto, de ser sujeito de direitos e obrigações. O seu enquadramento no universo dos fundos com personalidade jurídica é fruto de uma interpretação gramatical, lógica e sistemática do dispositivo.

---

<sup>49</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público Privadas. São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 42.

<sup>50</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 15.

<sup>51</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 16.

Em resumo o fundo, previsto no inciso V, do art. 8º, é sim dotado de personalidade jurídica, sendo a mesma de direito privado, sendo sujeito de direitos e obrigações. Diferentemente dos “fundos especiais previstos em lei”, indicados no inciso II, do mesmo artigo, que devem ser analisados em igualdade com os conhecidos “fundos especiais”, dispostos na Lei nº 4320/64, a lei de orçamento público, em seu art. 71, que são fundos financeiros, cuja finalidade é o investimento, e não possuem personalidade jurídica. Ademais, uma análise lógico-gramatical da legislação em estudo, nos permite tal interpretação disposta acima, haja vista, que não se verifica razão para o legislador ter colocado duas modalidades garantidoras com o mesmo fundamento na mesma norma, conforme ressalta Guimarães<sup>52</sup>:

Por primeiro, noto que a inscrição do vocábulo fundo em incisos distintos retrata, desde logo, a independência de tratamento jurídico a cada qual. Não haveria razão para segregá-los em incisos independentes, recobrissem esses rótulos o mesmo fenômeno jurídico. Observe-se, ademais, que cada um dos incisos do art. 8º veicula uma modalidade específica de garantia. Assim se passa com os incisos I, II, III e IV. Lógico supor que o inciso V revele modalidade própria e inconfundível com os demais. Se a tipologia dos *fundos especiais* referidos pelo inciso II é aquela alusiva a fundos sem personalidade jurídica, infere-se que a fórmula fundo garantidor inscrita no inciso V traduza significação distinta.

Portanto, em conformidade com o explicitado pelos autores não há dúvidas que o fundo garantidor, previsto no inciso V, do art. 8º, da legislação em estudo é sim dotado de personalidade jurídica, sendo a mesma de direito privado, até porque, o estabelecimento do fundo garantidor, pela Lei 11.079/04, visa trazer segurança jurídica para as relações contratuais envolvendo parcerias público-privadas, conforme destacam sendo assim possível a responsabilização legal dos entes públicos em casos de inadimplementos, conforme destaca Guimarães<sup>53</sup>, “o objetivo da previsão de fundos garantidores está no fortalecimento da segurança jurídica dos ajustes de PPP, assegurando-se a responsabilização quanto ao adimplemento das obrigações do parceiro público por entes dotados de personalidade jurídica de direito

---

<sup>52</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 17-18.

<sup>53</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 18.

privado”. Ademais, em virtude da personalidade jurídica de direito privado do fundo garantidor, seus bens podem ser alienados ou penhorados, caso haja necessidade.

### **3.2 - DO PATRIMÔNIO, GESTÃO E DISSOLUÇÃO DO FUNDO GARANTIDOR**

No tocante ao patrimônio do fundo garantidor, aduz-se da leitura dos parágrafos 2º, 3º e 4º, do art. 16, que o mesmo tem seu patrimônio composto por bens e direitos, que são transferidos pelos cotistas, após a devida avaliação, mediante repasse integral de cotas, além dos seus rendimentos, repasse esse que poderá ser feito em dinheiro, títulos da dívida pública, bens móveis e ações de empresas estatais, senão vejamos:

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

[...]

§ 2º - O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º - Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º - A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

O procedimento de transferência ou integralização das cotas, citadas no art. 4º, descrito acima, o qual envolve desde dinheiro em espécie até ações de sociedades de economia mista federais, se efetiva mediante proposta do Ministro da Fazenda após “prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República”, sem a necessidade de uma licitação, conforme indica o parágrafo 6º, do

art.16. Isso demonstra que a composição do fundo garantidor é feita, em sua totalidade, por bens e recursos financeiros advindos exclusivamente da União, que deverá indicar quem fará a gestão desses recursos que compõem o fundo.

Feita a explicação da origem patrimonial do fundo garantidor, faz-se mister discorrer a qual ente caberá a responsabilidade da criação, gestão e administração do fundo garantidor.

A Lei 11.079/04, no seu art. 17, nos indica que essa importante função deverá ser desenvolvida por uma instituição financeira, que seja “controlada, direta ou indiretamente, pela União”, que além das funções anteriores deverá “deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez”, de acordo com o descrito no parágrafo 3º, do referido artigo, ou seja, manter o fundo rentável e com alta liquidez.

O destacado papel de criação, gestão e administração do fundo garantidor foi dado ao Banco do Brasil S.A., formalizado através da Resolução nº. 1, de 05 de agosto de 2005, ou seja, caberá a instituição financeira nacional cuidar da referida modalidade garantidora das parcerias público-privadas, conforme preconiza o referido art. 17.

Dispõe sobre o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. O Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP, instituído pelo Decreto nº 5.385, de 04 de março de 2005, resolve:

Art. 1º - A Secretara do Tesouro Nacional - STN submeterá, em conformidade com o art. 5º do Decreto nº 5.411, de 06 de abril de 2005, à aprovação do Comitê Gestor de Parceria PúblicoPrivada - CGP minuta do regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público Privadas - FGP, **a ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo Banco do Brasil S.A.** ou subsidiária, consoante o art. 17 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. (grifo nosso).

Em conformidade com a resolução acima, os poderes de criação, gestão e administração foram dados ao Banco do Brasil pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal, conhecido pela sigla CGP, instituído pelo Decreto nº 5.385/05 e formado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o

Ministério da Fazenda e a Casa Civil da Presidência da República, tudo feito em consonância com o art. 14, da Lei nº 11.079/04.

Logo após terem sido passados os poderes ao Banco do Brasil, foi realizada a primeira assembléia dos cotistas, realizada em 27 de janeiro de 2006, que logo integralizou o montante de 3,4 bilhões de reais ao fundo, com o aporte de ações advindas do Banco do Brasil, da Vale do Rio Doce e da Eletrobrás, vale destacar que tal montante foi autorizado pela Portaria nº. 413, de 12 de dezembro de 2005, do Ministro da Fazenda. Conforme demonstra a nota explicativa do Banco do Brasil<sup>54</sup>:

O FGP é regido pelo seu Regulamento e Estatuto, aprovados na primeira Assembléia de Cotistas, realizada em 27.1.2006, e alterados pela Assembléia de Cotistas do dia 31.8.2006. O Regulamento do Fundo foi posteriormente alterado pela Assembléia de Cotistas de 24.10.2008. Na primeira Assembléia, foi ainda autorizada a integralização inicial do Fundo, com a transferência de ações do Banco do Brasil, da Companhia Vale do Rio Doce (Vale) e das Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás), no montante autorizado pela Portaria nº 413, de 12.12.2005, do Ministro da Fazenda. Tais aportes ocorreram em 27.1.2006, 14 e 22.2.2006, tendo o Fundo passado a operar a partir da primeira integralização.

Com a “integralização inicial” do fundo garantidor, mediante transferência das ações, efetuada em três momentos distintos e consecutivos, conforme demonstrado acima, o fundo passou a operar normalmente, concretizando assim o previsto na Lei nº 11.079/04, em especial seu art. 17, ademais desde o ano de 2006 o fundo está em total funcionamento.

Caso haja a necessidade de dissolver o fundo garantidor, deve-se observar o que preconiza o art. 20, e seu parágrafo único, da Lei nº 11.079/04, que nos indica que a dissolução do fundo, em outras palavras extinção, do mesmo só poderá ser consolidada mediante deliberação da assembléia dos cotistas, observando, logicamente, se não há débitos em aberto, e se por ventura existam os mesmos precisam ser antes quitados, se tratando de uma proteção a mais para os entes privados, senão vejamos o regramento:

---

<sup>54</sup> Brasil, Banco do. FGP - Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas: Demonstrações Contábeis. Brasília, 2011, p. 8.

Art. 20. A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores.

Parágrafo único. Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Percebe-se que, de acordo com o parágrafo único descrito acima, após a dissolução do fundo garantidor, o saldo patrimonial restante deverá ser dividido, pelos cotistas, em partes proporcionais, tomando como base o repassado na integralização inicial por cada um, ademais, dever ser observando a situação de cada um deles na data da extinção do fundo.

### **3.3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR**

As garantias descritas no art. 8º da Lei nº 11.079/04 foram editadas com a função de assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo ente público quando convencionam, mediante contrato, parcerias público-privadas. Uma dessas modalidades está indicada no inciso V do referido artigo, e se trata do fundo garantidor, assunto que tratamos no capítulo anterior, quando cuidamos da sua conceituação, sua natureza jurídica, sua gestão, sua formação patrimonial e da sua dissolução.

Ocorre que após a edição da legislação em comento, viu-se despertar o interesse doutrinário pátrio, notadamente sobre a temática das garantias previstas no art. 8º, especialmente os incisos I, II e V, não demorando muito para que parte da doutrina especializada declarasse que tais modalidades garantidoras seriam incompatíveis com a Carta Magna brasileira, a nossa Constituição Federal. Em virtude disso, neste capítulo cuidaremos de analisar até que ponto esse entendimento realmente é razoável, no entanto, nosso foco se voltará sobre o inciso V, que trata do fundo garantidor.

Conforme destaca Guimarães<sup>55</sup>, existem três teses que são defendidas pelos doutrinadores administrativistas, todas acerca dos incisos I, II e V, do art. 8º, quais sejam:

(1) a inconstitucionalidade do art. 8º por usurpação da competência do legislador complementar para legislar sobre a concessão de garantias; (2) a inconstitucionalidade da vinculação de receitas públicas; (3) a inconstitucionalidade da previsão de fundos garantidores das obrigações pecuniárias do parceiro público, seja por (3.1) ausência de lei complementar instituidora; seja por (3.2) ofensa ao art. 100 da Constituição Federal, pressupondo-se infração ao sistema de precatórios.

Com base na colocação do autor, podemos verificar que a análise da inconstitucionalidade do fundo garantidor se desdobra em duas teses, sendo que a primeira acredita que na edição do inciso V houve desobediência ao art. 165, inciso II, do parágrafo 9º, da Constituição Federal, ou seja, a edição do regramento não foi realizada por meio de lei complementar instituidora, senão vejamos:

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

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

---

<sup>55</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 03-04.

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º - Cabe à lei complementar:

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

**II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.** (grifo nosso)

Essa tese, defendida por parte da doutrina nacional, compreende que apenas lei complementar poderia ter estabelecido normativos que tratam “de gestão financeira e patrimonial de administração direta e indireta, bem como condições para a instituição de funcionamento de fundos”, segundo nos indica o inciso II, do parágrafo 9º, do art. 165. E que, conseqüentemente, ao editar o inciso V, do art. 8, o legislador ordinário invadiu a competência do legislador complementar, posto que o mesmo não possui poderes para tal feito. Ademais Juarez Freitas<sup>56</sup> evidencia que, “Em realidade, melhor técnica recomendaria que boa parte desses mecanismos deveria ter assento em Emenda Constitucional ou por alteração via Lei Complementar”, ou seja, se a idéia central da previsão legal das garantias era transparecer maior segurança ao ente privado, atraindo assim seus investimentos, o mais adequado seria fazê-la por meio de lei complementar.

---

<sup>56</sup> FREITAS, Juarez. Parceria Público Privadas (PPPs): Características, regulação e princípios. Porto Alegre: Ed. Notadez, 2005, p. 500.

Corroborando com esse entendimento o tributarista Kiyoshi Harada<sup>57</sup>, em seu parecer sobre o art. 8º, da Lei nº 11.079/04, elaborado para Comissão de Precatórios da OAB, Seção de São Paulo, ele questiona a legitimidade do legislador ordinário ao editar a instituição de fundo especial, eis o questionamento:

Ora, se a Constituição Federal extinguiu todos os fundos até então existentes, com exceção dos fundos resultantes de isenções fiscais e subordinou a criação de novos fundos à prévia regulamentação, por lei complementar, das 'condições para a instituição e funcionamento de fundos', **como é possível ao legislador ordinário autorizar a instituição de um fundo específico** em que a União ingressa com a bagatela de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais)? (grifo nosso)

Entende o referido tributarista que, o legislador ordinário não poderia tratar da matéria, no caso edição de fundo específico, já que a Constituição Federal subordinou a formulação de fundos apenas mediante regulamentação por lei complementar, lei utilizada para regulamentar as normas constitucionais, segundo descrito no art. 165, parágrafo 9º, inciso II, portanto, o mesmo não poderia ter editado tal regramento, já que não possui essa atribuição, pois cuida apenas dos regramentos infraconstitucionais ou habituais. Além do mais, se a lei complementar citada no parágrafo 9º, da Constituição, ainda não foi editada, os fundos novos não poderiam ser formulados, enquanto o citado regramento não editasse as condições de instituição e funcionamento deles.

Ele ainda ressalta que:

Esse fundo híbrido, designado pela sigla FGP é composto de bens e direitos do Poder Público e do particular, e, tem natureza privada, segundo prescrição de seu art. 16, § 1º. E por ter sido impingida a natureza privada, esse FGP será criado administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, consoante dispõe o art. 17 da lei examinanda.

Em que pese o esforço da camuflagem legislativa, que se refere à autorização para a União **participar** do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada, a violação do art. 165, § 9º, II da CF exsurge com lapidar clareza. (grifo nosso)

---

<sup>57</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Teresina: Jus Navigandi, 2005.

Portanto, conforme exposto acima, pelo renomado tributarista, está evidente que apesar da tentativa de encobrimento pelo legislador ordinário, a edição do fundo garantidor e a participação da União na sua composição estaria violando o art. 165, parágrafo 9º, inciso II, da Carta Magna brasileira.

Já a segunda tese defende a hipótese de que o fundo garantidor contraria o art. 100 da Constituição Federal, pois se entende que os pagamentos devidos pelos entes públicos aos parceiros privados, discutidos na justiça em virtude de inadimplemento, deveriam ser realizados por meio de precatórios, conforme indica o citado artigo e não por execução direta de bens e direitos do fundo. Vejamos:

Art 100 – Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, **far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos**, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (grifo nosso)

Um dos principais defensores desse entendimento é Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>58</sup>, que assim coloca:

De resto, a utilização de tais fundos em benefício de parceiros privados ou de seus financiadores, se não estivesse constitucionalmente obstada pela razão exposta, estaria embargada por outro obstáculo constitucional. É que, ao privilegiá-los no confronto com todos os restantes credores do Poder Público, ficariam agredidos, à força aberta, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade, impostos pelo art. 37 da Constituição.

Outro crítico do fundo garantidor é Harada<sup>59</sup>, que no seu parecer sobre o art. 8º, da Lei nº 11.079/04, elaborado para Comissão de Precatórios da OAB, Seção de São Paulo, preconiza que todos os credores devem ser pagos, em caso de descumprimento contratual por parte do parceiro público, através do regime de precatórios, assim ele coloca:

---

<sup>58</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: ed. Malheiros. 2007, p. 761.

<sup>59</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Teresina: Jus Navigandi, 2005.

[...] e muito menos com garantias de obrigações outras, decorrentes de contrato celebrado pela Administração Pública com particulares. Nessa hipótese, como é sabido, preceitos de ordem pública impõem exatamente o contrário: o particular é quem deve prestar garantia. O credor particular, vitorioso em demanda judicial contra o Estado, **recebe o montante de condenação na forma do art. 100 da CF. É a regra.** (grifo nosso)

O douto tributarista, Harada<sup>60</sup>, assim complementa seu raciocínio:

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 Magna [...].

Tem idêntico pensar, sobre a desobediência do inciso V, do art. 8º, da Lei das PPPs, ao art. 100, da Carta Magna, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira<sup>61</sup>, reforçando que:

Caso fosse viável a vinculação de receitas não-orçamentárias ou a constituição/utilização de fundo especial que separasse receitas públicas, a sua utilização para oferecer garantia de pagamento de obrigações contratuais da Administração Pública faria surgir duas espécies distintas de credores perante a Fazenda Pública: os antigos, sujeitos ao processo aborrecido de execução contra a Fazenda Pública, previsto no art. 100 da Constituição Federal, fadados a permanecer indefinidamente na fila do recebimento dos precatórios; e os parceiros-privados, merecedores de tratamento distinto, detentores de garantias legais da receita pública, para a satisfação dos seus créditos, pena de execução da garantia ou de constrição judicial, em ofensa clara aos princípios da impessoalidade, da moralidade e, sobretudo, da isonomia do art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Ferreira<sup>62</sup> destaca que para legitimar o fundo o legislador desviou das disposições constitucionais e não observou o que descreve o art. 100, da CF/88, assim ele diz:

[...] de inequívoco e confessado propósito do legislador federal de contornar, por elas, as disposições constitucionais do

<sup>60</sup> HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Teresina: Jus Navigandi, 2005.

<sup>61</sup> FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Parcerias Público-privadas: aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 177.

<sup>62</sup> FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Parcerias Público-privadas: aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, p. 182-183.

processo de execução contra a Fazenda Pública constante do art. 100 da Carta Constitucional de 1988, a fim de assegurar aos parceiros privados o recebimento das obrigações pecuniárias dos entes públicos.

Na opinião do pensador houve uma tentativa equivocada do legislador federal de legitimar o dispositivo do fundo garantidor, favorecendo os parceiros públicos, burlando as “disposições constitucionais” previstas no art. 100, que determina a adoção de processo executório através do sistema de precatórios, quando tratar-se de ação contra a Fazenda Pública.

A adoção desse estratagema por parte do legislador originário segundo Bandeira de Mello<sup>63</sup> contraria o princípio da igualdade, eis seu pensamento:

É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos “parceiros” e seus financiadores.

Podemos perceber que os defensores desse pensamento colocam que, os parceiros privados não deveriam poder cobrar os inadimplementos pecuniários dos entes públicos, como credores, por execução direta, pela esfera Civil, executando as garantias ou através de constrição judicial, mas sim, deveriam obedecer ao regime dos precatórios, identicamente a todos os demais credores do poder público, inclusive obedecendo à ordem cronológica de apresentação. Para os doutrinadores esse tratamento desigual estaria contrariando os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, e especialmente da igualdade.

Ademais, entende-se que a Administração Pública estaria privilegiando determinados grupos econômicos, dando-lhes especial tratamento, ao destinar vultosos recursos públicos para o fundo, e garantindo, em caso de inadimplemento por parte do poder público, o pagamento de créditos sem que para isso passem pelo penoso sistema de precatórios, sistema o qual todos os demais credores estão subjugados, inclusive passando quase toda uma vida para serem contemplados com o devido pagamento, frustrando assim o direito que lhes deveria ser assegurado,

---

<sup>63</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: ed. Malheiros, 2008, p. 775.

haja vista, muitas vezes a própria administração pública alega falta de recursos para cumprir com suas obrigações.

### **3.4 - DA CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDO GARANTIDOR**

Após a exposição do pensamento de parte da doutrina pátria, que nos informa da inconstitucionalidade do fundo garantidor, previsto no inciso V, do art. 8º, da Lei nº 11.079/04, por entender que a edição desse dispositivo legal estaria contrariando o inciso II, do parágrafo 9º, do art. 165 e o art. 100, ambos da Constituição Federal de 1988, a nossa Carta Magna brasileira. Cuidaremos agora de expor as teses a favor da constitucionalidade do referido fundo, para isso nos valeremos da jurisprudência e da doutrina nacionais que tratam da temática.

Conforme descrito anteriormente no capítulo 2.3, deste trabalho, as garantias elencadas no art. 8º, do inciso I ao VI, da Lei nº 11.078/04, foram instituídas com a finalidade de dar proteção aos futuros parceiros privados de eventuais e possíveis inadimplementos por parte do poder público, bem como reduzir os riscos dos empreendimentos, tendo em vista, a longa duração dos contratos e o grande volume de recursos iniciais de natureza privada empenhados.

Conforme ressalta Guimarães<sup>64</sup>, assim ele bem coloca:

A despeito disso, considerada a aplicação da diretriz de eficiência e economicidade no cumprimento das missões do Estado, a instituição de garantias ao parceiro privado poderá significar em muitos casos o alcance de uma formatação mais eficiente ao contrato administrativo. Uma das razões que justificaram a concepção do modelo das PPPs reside justamente na atração do capital privado para o financiamento de projetos estruturantes. Um sistema de garantias que assegure ao parceiro privado vias mais céleres e previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento do parceiro público favorecerá o fortalecimento da segurança jurídica e a redução dos custos transacionais, tornando a contratação mais econômica e vantajosa à Administração.

---

<sup>64</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 3.

Por isso, é compreensível que a declaração da inconstitucionalidade de qualquer desses dispositivos legais poderia gerar insegurança jurídica aos parceiros privados tão importantes para o sucesso da política governamental das parcerias público-privadas. Partindo desses pressupostos é preciso cautela quando da análise da inconstitucionalidade dessas garantias, especialmente a prevista no inciso V, que trata do fundo garantidor.

Contrários a tese que defende a inconstitucionalidade do fundo, por afronta ao art. 165, parágrafo 9º, inciso II, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado<sup>65</sup>, assim explicam:

[...] vale apontar que a mesma lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF também deverá tratar da elaboração e da organização do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Todavia, embora não exista essa lei complementar, nunca ninguém ousou dizer que seriam inconstitucionais a elaboração da LDO ou a elaboração do PPA. E nem se diga que a Lei 4.320/1964 vale por essa lei complementar, visto que, embora tenha sido recebida com natureza de lei complementar, a Lei 4.320/1964 não trata de LDO ou de PPA, mas apenas da elaboração da LOA. Aliás, a rigor, o que está vedado é a instituição de fundo sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX), e não a instituição de fundo sem que tenha sido editada lei complementar com as condições para sua instituição e funcionamento. É preciso lembrar que diversos outros fundos foram criados na vigência da Constituição Federal de 1988 sem que qualquer deles tenha sido declarado inconstitucional por ausência da lei complementar aludida. Sem pretender sermos exaustivos, seguem alguns exemplos: Fundo de Promoção do Esporte Amador (Lei 7.752/1989); Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7.797/1989), Fundo Nacional de Desestatização (Leis 8.031/1990 e 9.491/1997); Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (Leis 8.069/1990 e 8.242/1991) [...].

De acordo com o exposto acima, percebe-se que os doutrinadores não verificam desrespeito ao disposto no regramento constitucional, citado anteriormente, para eles o que está vedado é a instituição de fundo sem que haja, previamente, autorização legislativa e que não é há necessidade que seja tal fundo instituído por lei complementar, eles reforçam seu entendimento exemplificando que vários fundos foram criados sem obedecer ao descrito no art. 165, parágrafo 9º, inciso II, e que nenhum deles foi declarado inconstitucional.

---

<sup>65</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: ed. Malheiros, 2010, p. 235.

Corroboram com esse entendimento Ariane Catenaci De Lima e Miguel Etinger de Araújo Júnior<sup>66</sup>, ao colocarem que:

Discute-se acerca da constitucionalidade da instituição do FGP pela Lei n. 11.079/04 – lei ordinária - face à redação do art. 165, §9º, II, da CF, segundo a qual cabe a lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento dos fundos. **Todavia, verifica-se descabida a supracitada alegação, tendo em vista que o legislador constituinte não condicionou à lei complementar a instituição de fundo, mas sim a regulamentação das condições de sua instituição e de seu funcionamento.** Por oportuno, cumpre registrar que a Lei n. 4.320/64, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, em seus arts. 71 a 74, atende aos preceitos do art. 165, §9º, II, da CF, prescrevendo apenas que lei e, portanto, que compete à lei ordinária disciplinar a instituição de fundo pode, inclusive, estabelecer normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas. (grifo nosso)

Em conformidade com o pensar de Ribeiro e Prado, os doutrinadores acima entendem ser infundada a afirmação de que o fundo garantidor deveria ter sido editado por lei complementar, já que para eles o constituinte não deixou condicionada tal edição, como querem os pensadores contrários ao fundo. Inclusive, no pensar deles, podendo lei ordinária criar fundo, bem como estabelecer normas de controle, prestação e tomada de contas.

Ademais, destacamos, por analogia, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que trata da temática da criação de fundos, em obediência ao art. 165, parágrafo 9º, inciso II, o qual segue para a sua constitucionalidade, senão vejamos o que nos indica a ADIN nº 1726/DF<sup>67</sup>:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Medida provisória nº 1.061, de 11.11.97 (Lei Nº 9.531, De 10.12.97), que cria o Fundo de Garantia para Promoção da Competividade - FGPC. Alegada violação dos arts. 62 e par. único, 165, II, III, §§ 5º, I e III, e 9º, e 167, II e IX, da Constituição. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da

---

<sup>66</sup> DE LIMA, Ariane Catenaci; ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. A (in) constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. Londrina. Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina: Londrina, 2007, p. 27.

<sup>67</sup> Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (MC) nº 1726/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16/09/1998.

Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1726/DF Min. Relator Maurício Corrêa; Julgamento em 16/09/1998.

Podemos verificar que para criação das condições gerais de um fundo há exigência de que o mesmo seja realizado mediante lei complementar, conforme aduz-se da leitura do art.165, parágrafo 9º, inciso II, da CF/88, no entanto a Lei nº 4.320/64, recepcionada pela Constituição Federal com status de lei complementar, já supriu tal necessidade, sendo, portanto, indispensável nova edição de lei complementar para instituir qualquer fundo.

Portanto, pelo acima exposto podemos compreender que o fundo garantidor, criado pela Lei Federal nº 11.079/04, inciso V, do art. 8º está em consonância com o que preconiza o art. 165, inciso II, do parágrafo 9º, da Carta Magna brasileira, sendo, pois, constitucional nesse aspecto.

A outra tese diz que o inciso V, do art. 8º, da lei nº 11.079/04, que institui o fundo garantidor afronta o art. 100, da Constituição Federal, dispositivo que regula o sistema de precatórios. No entanto, como argumento de defesa, a doutrina a favor

da constitucionalidade do fundo, observa que o mesmo tem natureza jurídica privada, conforme indica o art. 16º, parágrafo 1º, da Lei das PPPs, assunto tratado no capítulo 3.1, deste estudo. Portanto, o fundo garantidor não está sujeito ao sistema de precatórios previsto no art. 100, da CF/88.

Os doutrinadores De Lima e Araújo Júnior<sup>68</sup> reforçam o entendimento pela constitucionalidade do fundo frente ao art. 100, que indica o sistema de precatórios, senão vejamos:

O procedimento de execução das garantias em face do FGP rege-se pelos dispositivos do Código de Processo Civil relativos à execução comum de título executivo extrajudicial, haja vista que, como já esclarecido no item anterior deste capítulo, o patrimônio do FGP é próprio, de natureza privada, e, completamente, distinto do patrimônio de seus cotistas.

Ou seja, em virtude da personalidade jurídica de direito privado do fundo garantidor, incluindo seus bens, os procedimentos de execução, requisitados pelo parceiro privado em caso de descumprimento contratual do parceiro público, em sede de parcerias público-privadas no âmbito federal, são regidos pelos regramentos indicados no Código de Processo Civil, como se assim fosse um título executivo extrajudicial e não pelo regime de precatórios.

Sundfeld<sup>69</sup>, também compartilha do entendimento de que a edição do inciso V, do art. 8º, não se choca com o disposto no art. 100 da CF/88, que expõem ao sistema de precatórios a execução de débitos provenientes de pessoas de direito público, assim ele coloca:

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público. **A execução contra o FGP será privada, porque privada é sua personalidade – e, portanto, privados são os seus bens.** São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado,

---

<sup>68</sup> DE LIMA, Ariane Catenaci; ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. A (in) constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. Londrina. Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina: Londrina, 2007, p. 33.

<sup>69</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público Privadas. São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 43-44

pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas. (grifo nosso)

Renomado doutrinador e autor de vários estudos sobre parcerias público-privadas, Sundfeld<sup>70</sup> ainda ressalta que:

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

Por fim, Braga<sup>71</sup> destaca que:

[...] a presunção é de que a Administração Pública honrará com suas obrigações administrativa e amigavelmente e não de que a satisfação somente será alcançada pela via judicial e, como consequência, por precatório. Do contrário, seria de presumir que qualquer pagamento amigável de obrigações contraídas pela Administração Pública estaria, de forma indireta, violando a ordem dos precatórios, o que é um absurdo. Igualmente legítimas, por outro lado, são as iniciativas do Estado no sentido de tornar mais atrativos os negócios firmados com parceiros privados, mediante o oferecimento de garantias à execução de suas obrigações contratuais, seja em face do seu patrimônio (execução de título extrajudicial que deverá seguir o procedimento previsto nos arts. 730 e 731 do CPC), seja através de garantia oferecida por terceiro, detentores de patrimônio autônomo e privado, como no caso do FGP, e desde que, é claro, os princípios da igualdade e da impessoalidade tenham sido observados quando do procedimento licitatório.

Há também, a questão de que se fosse adotado o sistema de precatórios para a cobrança das garantias prestadas pelo parceiro público, ensejaria uma demora no pagamento, o que poderia inviabilizar o empreendimento, já que explicitaria a má

<sup>70</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público-Privadas. São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 44

<sup>71</sup> BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: o Fundo Garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional dos precatórios. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 240.

vontade do poder público em cumprir com suas obrigações. Senão vejamos o que Ricardo Giuliani Neto e Laércio de Lima Leivas<sup>72</sup>:

Este fundo, com efeito, terá necessariamente natureza privada com patrimônio distinto dos seus cotistas, inclusive da própria Administração. Seus bens e direitos respondem pelas obrigações dos contratos a que estiverem vinculados, ficando sujeitos à eventual penhora ou alienação judicial. **Pela sua própria natureza, o fundo – como garantia – também não entra no regime de precatórios, já que os conhecidos riscos de demora no pagamento seriam mais um motivo para inviabilidade dos negócios que assegura.** (grifo nosso)

Guimarães<sup>73</sup> também adota esse pensamento, para ele é mais vantajoso para Administração a não adoção do regime de precatórios, haja vista, que pode dificultar a contratação de parcerias, vejamos:

A hipótese deve ser tratada como uma decorrência do princípio de liberdade de estipulação dos contratos administrativos, que possibilita à Administração fazer uso (no âmbito residual que lhe deixa a moldura normativa fixada pela aplicação de regras, princípios e diretrizes) de uma decisão negocial, que se orienta, em última análise, por critérios *econômicos*, sensíveis ao mercado. Assim, é lícito oferecimento de garantia a certa classe de contratos, buscando-se soluções mais econômicas à Administração, sem que isso retrate uma infração ao art. 100 da Constituição. E não há qualquer ilicitude em buscar meios e técnicas jurídicas adequadas a satisfazer a exigência de mercado neste particular, no propósito de atender a uma necessidade relevante da Administração. Em muitos casos, o oferecimento de uma garantia contratual pela Administração pode ser uma condição de factibilidade à realização de certa contratação, por tratar-se de uma exigência mercadológica.

Portanto, não restam dúvidas, baseando-se no pensar mais coerente dos doutrinadores explanados acima, que a edição do fundo garantidor, através do inciso V, do art. 8º, da Lei nº 11.079/04, é totalmente constitucional, pois não seria adequado dificultar o acesso aos investimentos privados, substancialmente essenciais ao sucesso do projeto de parcerias público-privadas, colocando a execução de inadimplementos do poder público no sistema cruel de precatórios.

---

<sup>72</sup> NETO, Ricardo Giuliani; LEIVAS, Laércio de Lima. Os contratos de parceria público-privada como possibilidade de cobertura para novos negócios com o Poder Público. Erechim: Revista Perspectiva, 2012, p. 37.

<sup>73</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A constitucionalidade do sistema de garantias do parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores. Curitiba: Revista Jurídica, 2009, p. 39.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos no decorrer desse trabalho, com a edição da Lei nº 11.079/04 surgiu um novo conceito de contratação pública, as parcerias público-privadas, no qual é repassada a iniciativa privada parte da obrigação de fornecer serviço público, através de contrato administrativo com prazo certo, desde que haja uma contraprestação dada pelo poder público.

As parcerias público-privadas têm como idéia central aproximar mais a iniciativa privada do poder público, haja vista, a situação crítica no qual esse se encontra, incapaz de atender as crescentes demandas por serviços públicos, aliada a falta de recursos financeiros suficientes para promovê-los. Pois, vislumbra-se uma saída no repasse de atividades, antes exclusivamente estatais, à iniciativa privada, que, em tese, detém os recursos necessários para disponibilização dos importantes serviços públicos para sociedade.

Esse modelo de parceria, entre o poder público e a iniciativa privada, tem sua origem na Inglaterra, país no qual grandes empreendimentos de infra-estrutura já foram realizados. O modelo que lá foi experimentado serviu como exemplo para vários países, inclusive para o Brasil.

Vale ressaltar que, além da Inglaterra, existem diversos países aplicando o conceito de parceria público-privada, como: a França, Portugal, Holanda, África do Sul, Chile e México, logicamente cada um com legislação própria adequada a sua realidade econômica e política.

No Brasil, a Lei nº 11.079/04 trouxe consigo algumas inovações, entre elas podemos destacar o sistema de garantias, previsto no art. 8º, incisos I ao VI, que asseguram a contraprestação obrigatória do ente público, em virtude de um eventual inadimplemento de sua parte, dentre essas garantias destacamos a que prevê a criação de fundo garantidor. Conforme expomos, no trabalho, o sistema de garantias tem uma importante função, que é proteger os entes privados de possíveis descumprimentos por parte da administração pública, além de trazer segurança jurídica para os contratos de parcerias. Podemos ressaltar que, se essas garantias não fossem editadas seria muito difícil atrair os investimentos da iniciativa privada,

haja vista, a necessidade de grande volume de recursos financeiros inicialmente por ela desembolsados e a longa duração dos contratos, além de todos os riscos inerentes a grandes empreitadas.

Quanto ao fundo garantidor, foco principal do estudo, sabemos que existe um embate doutrinário acerca da inconstitucionalidade do mesmo, no qual duas correntes principais de pensamento se destacam, uma que alega desrespeito ao artigo 165, parágrafo 9º, inciso II, e ao art. 100, ambos previstos na Constituição Federal, e a segunda corrente de pensamento que entende não haver nenhum desrespeito aos dispositivos constitucionais.

A primeira corrente doutrinária alega que a edição do fundo garantidor deveria ter sido feito por meio de lei complementar e não por lei ordinária, de acordo com a previsão do art. 165, parágrafo 9º, inciso II e que em caso de pagamento do poder público, proveniente de sentença judicial, o regime de precatórios deveria ser o utilizado.

Já a segunda não vislumbra nenhuma ilegalidade constitucional no dispositivo legal estudado, justificando que, no primeiro caso, a Lei nº 4.320/64 recepcionada pela Constituição como lei complementar, em seus artigos 71 e 74, já atende aos ditames do art. 165, § 9º, II, podendo sim uma lei ordinária, como a Lei nº 11.079/04, disciplinar a instituição de um fundo. E no segundo caso, se alega que o fundo tem natureza jurídica privada e por isso não deve obedecer ao sistema de precatórios, já que seus bens podem ser objeto de constrição judicial, sendo então inadimplementos por parte do ente público cobrados via justiça comum, mediante processo civil.

Diante do que foi detalhadamente exposto no presente estudo, entendemos ser mais razoável o entendimento doutrinário que não identifica inconstitucionalidade do dispositivo legal, previsto no inciso V, do art. 8º, da Lei nº 11.079/04, que criou o fundo garantidor, visto que não há violação dos dispositivos constitucionais supramencionados.

Após resolvida essa discussão doutrinária, a expectativa é que vários projetos de infra-estrutura e de serviços públicos sejam realizados, através de parcerias

público-privadas, e que essas parcerias proporcionem o compartilhamento da responsabilidade pelo desenvolvimento econômico e social do país, entre poder público e a iniciativa privada, elevando os parceiros privados ao status de co-responsáveis pelo crescimento do Brasil.

Por fim, esperamos que o presente trabalho tenha ajudado a entender uma das mais recentes transformações ocorridas no Direito brasileiro, no campo do Direito Administrativo, e que, humildemente, possa contribuir para uma maior reflexão, para a difusão do conhecimento e para a ampliação do debate sobre a temática proposta, proporcionando a proteção do interesse público primário e ampliando o controle social no exercício do Poder Público.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da APERJ, V. 17, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: Dez. 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parceiras Público-Privadas**. Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. **PPP: o Fundo Garantidor, a Execução das Garantias e a Compatibilidade com o Sistema Constitucional de Precatórios**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XVII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: Dez. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.079/2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: Dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de PPP**. Brasília, 2006.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; Silveira, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria Público-Privada: Compreendendo o modelo brasileiro**. Vol. 56, nº 1. Brasília: ENAP, 2005.

BUSTANI, José Maurício de Figueiredo. **PPP: Lições da experiência britânica**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHAVES, Maria Bernadete. **As Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro: Uma Abordagem Jurídica com Destaque ao Fundo Garantidor**. 1ª Ed. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2007.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DE LIMA, Ariane Catenaci; ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. **A (in) constitucionalidade da execução das garantias integrantes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas**. Londrina: Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

DONÁ, Bruno Rossi. **Análise das características primordiais do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), bem como de sua (in)constitucionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13790>>. Acesso em: Jan. 2013.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

FINGERMANN, Henrique (org.); LOUREIRO, Maria Rita. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADO: Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais**. São Paulo: Summus Editorial, 1992.

FREITAS, Juarez. **Parcerias Público-Privadas (PPPs):** Características, regulação e princípios. Porto Alegre: Ed. Notadez. 2005.

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da Hipótese do fundos garantidores.** Revista Eletrônica de Direito Público, nº 16, novembro-dembro-janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: Dez. 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Confusão entre o Direito Público e o Direito Privado. Sobre o protesto de certidões de dívidas ativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 854, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7552>>. Acesso em: Nov. 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.070/04.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 597, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16615>> Acesso em: Nov. 2012.

HARRIS, Steffen. **Public Private Partnerships: UK Expertize for Internacional Markets.** Internacional Financial Services. London, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernada. **Direito Administrativo.** Niterói: ed. Impetus, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário.** In: WAGNER JR, Luiz Guilherme Costa (org.). Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 14ª Ed. Atual pela Constituição Federal de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MILESKI, Hélio Saul. **Parcerias Público-Privadas**: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas Para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei nº. 11.079, de 30.12.2004. In: Revista Bimestral de Direito Público Interesse Público - Ano VI, nº. 29, janeiro/fevereiro de 2005 - Porto Alegre, Notadez: 2005.

MONTORO FILHO, André Franco. **PARCERIA PÚBLICO PRIVADO CONSIDERAÇÕES DE UM ECONOMISTA**. São Paulo: Boletim FIPE, 2004.

MUKAI, Toshio. **Parcerias Público-Privadas**. Comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NETO, Ricardo Giuliani; LEIVAS, Laércio de Lima. **Os contratos de parceria público-privada como possibilidade de cobertura para novos negócios com o Poder Público**. Erechim: Revista Perspectiva, 2012.

NUNES, S. P. P. **Contra o vale tudo da PPP**. *Instituto de Estudos Sócio-Econômicos*. Nota Técnica. Brasília, n. 87, abr. 2004. Disponível em: <[www.inesc.org.br](http://www.inesc.org.br)>. Acesso em: Jan. 2013.

PAIVA, Sílvia Maria Caldeira; ROCHA, Carlos Alexandre A. **Parceria. Público-Privada: O papel do Senado Federal na discussão e aprovação da Lei 11079, de 2004**. Brasília: Consultoria legislativa do Senado Federal, 2005.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública**. Rio de Janeiro: Revista do BNDES, 2003.

PEREIRA, Luiz C. Bresser; NAKANO, Yoshiaki. **Inflação e Recessão**. São Paulo: ed. Brasiliense, 1984.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Reformas estruturais já foram feitas**. Londrina: Folha Londrina, 1994.

PESTANA, Marcio. **A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada (PPP)**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: ed. Malheiros, 2010.

SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. **Parcerias Público-Privadas no Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Manole. 2008

SILVA. Mario César da. **Parceiros Público-Privados: As Realidades de Um Sonho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 388, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6087&p=2>>. Acesso em: Dez. 2012

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. In: Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

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