

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP): AS GARANTIAS PREVISTAS NA LEI 11.079, DE 30/12/2004 - UM EXAME DOUTRINÁRIO SOBRE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

A PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP): WARRANTIES AS EXPECTED LAW IN 11079, DE 30/12/2004 - A DOCTRINAL EXAM ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES

102

Reinaldo Marques da SILVA¹

Sumário: Introdução; 1. Riscos envolvidos nos contratos de PPPs; 2. A importância das garantias nas PPPs; 3. Constitucionalidade e legalidade das garantias previstas na Lei 11.079/2004; 5. A garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; 6. A contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto; 7. O futuro garantidor das parcerias público-privadas; Conclusões; Referências bibliográficas

Resumo: Este artigo examina as garantias previstas na Lei 11.079/2004. Aponta os diferentes entendimentos doutrinários acerca da constitucionalidade e legalidade dessas garantias. Busca entender o porquê das muitas garantias concedidas. O ponto de partida do estudo foi o parecer da lavra do jurista e professor Kiyoshi Harada, a pedido da Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, publicado no *Boletim de Direito Administrativo* (São Paulo: Editora NDJ, nº 3, pp. 308-315, mar. 2005). Neste parecer, há metódico exame dos incisos I e II do art. 8º da Lei 11.079/2004 (que permitem, respectivamente, a vinculação de receitas públicas e instituição ou utilização de fundos especiais) sob o prisma da constitucionalidade. Ademais do referido parecer, doutrina substantiva que trata dos aspectos constitucionais e legais no que toca às garantias ofertadas nos contratos de Parceria Público-Privada foi consultada, a qual diverge sobre o tema. Ala respeitável, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Kiyoshi Harada, faz uma interpretação mais grave dos dispositivos da Lei 11.079/2004 que versam sobre garantias, apontando diversas inconstitucionalidades. Noutro diapasão, boa doutrina entende de modo menos rígido, a exemplo de Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Santos de Aragão. Essa banda entende serem constitucionais e legais as garantias oferecidas nos contratos de PPPs com vistas a estimular o particular a investir. Assim sendo, a insegurança jurídica que a Lei 11.079/2004

¹ Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade de Ribeirão Preto – USP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Escrevente Técnico Judiciário – Tribunal de Justiça de São Paulo. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário

tanto quis afastar fica evidente. Por isso, a necessidade de que a matéria seja submetida ao controle abstrato de constitucionalidade pelo STF a fim de pacificar um entendimento.

Abstract: This Article analyzes the guarantees provided for in Law 11,079/2004. It points out the different doctrinal understandings on the constitutionality and legality of such guarantees. It seeks to understand why so many guarantees. The starting point of the study was the opinion of the raging of the jurist Kiyoshi Harada, for request of Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, published in *Boletim de Direito Administrativo* (São Paulo: Editora NDJ, no. 3, pp. 308-315, Mar. 2005). In this appear, there is a meticulous analysis of sections I and II of art. 8 of Law 11,079/2004 (which allow, respectively, the linking of public revenue and institution or use of special funds) under the prism of constitutionality. Substantive doctrine that takes care of the aspects legal and constitutional guarantees offered in the contracts of Public-Private Partnership was consulted, which diverges about the theme. Respectable side, captained by Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro and Kiyoshi Harada, does an interpretation most serious about Law 11,079/2004's devices that focus on guarantees, pointing out several unconstitutionality. Another diapason, good authors, for example, Carlos Ari Sundfeld and Alexandre Santos de Aragão, understand to be constitutional and legal the guarantees offered in contracts of PPPs with purpose to stimulate particular to invest. Thus, the legal uncertainty that the Law 11,079/2004 wanted to remove remains evident. For this reason, the need that the matter be submitted to abstract control of constitutionality by STF to pacify an understanding.

Palavras-chave: parceria-público privada, garantias, constitucionalidade, legalidade, Lei 11.079/2004

Keywords: public-private partnership, guarantees, constitutionality, legality, Law 11,079/2004

Introdução

A Lei 11.079, de 30/12/2004 (*DOU* 31/12/2004), apresenta-se como norma geral de licitação e contratos, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades controladas por esses sujeitos. Institui a Parceria Público-Privada (PPP) como modalidade de concessão e estabelece normas para licitá-la.

A PPP é um contrato administrativo de concessão que se divide nas modalidades patrocinada e administrativa (art. 2º da Lei 11.079/2004). O mecanismo busca alavancar recursos para que investimentos sejam feitos na prestação de serviços à coletividade ou realização de obra pública. Qualquer objeto diferente desses implica em nulidade do contrato.

Na modalidade patrocinada (§ 1º, art. 2º da Lei 11.079/2004), adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, há contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado. Outrossim, a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado, ou mais que isso, se houver autorização legislativa. O modo de remuneração, mediante arrecadação tarifária e recursos públicos, é a sua única diferença em relação à concessão comum da Lei nº 8.987/1995.

A modalidade administrativa (§ 2º, art. 2º da Lei 11.079), de outra banda, é o modelo de concessão que serve para que o Poder Público possa contratar serviços, sejam públicos ou não, que lhe serão prestados pelo concessionário direta ou indiretamente. Na concessão administrativa a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que a aproxima do contrato de empreitada. Não há cobrança de tarifas, ainda que os usuários se beneficiem diretamente do serviço prestado.

C. A. SUNDFELD² aponta que a Lei 11.079 veio para complementar e dar amparo legal às alternativas de parcerias interessantes à Administração não ainda abarcadas pela legislação das parcerias em sentido amplo, notadamente a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) e a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações). A Lei das PPPs veio regular as parcerias em sentido estrito, disciplinar as concessões administrativa e patrocinada. Esta já era viável anteriormente, visto que adicionais de tarifa podiam ser pagos com receita complementar (Lei das Concessões, art. 11). Aquela, ao seu turno, não existia.

A PPP na sua origem pretendia prover recursos para investimentos em serviço ou obra pública. Sua proposta era de economia, num campo que demanda vultosos investimentos, ganhando, assim, relevo em razão da escassez de recursos orçamentários e do elevado déficit de projetos estruturantes, como transporte, saneamento e saúde.

As PPPs foram apresentadas à sociedade brasileira como meio de aproveitar a eficiência privada na modelagem de projetos e prestação de serviços de construção, operação e manutenção, bem assim alocar recursos privados no desenvolvimento de infra-estrutura pública. Sob esse ponto de vista, as PPPs funcionariam como uma espécie de financiamento privado de infra-estrutura pública.

O que se tem por certo é que diante da conjuntura econômica recente do país, marcada por instabilidade e descumprimento dos contratos, além da fama de *mal pagador* do Estado brasileiro, projetos cujos prazos de duração são assaz longos e que reclamam por pagamentos periódicos da Administração, só se fazem possíveis de concretização mediante a existência de amplas garantias de adimplemento das obrigações a eles inerentes.

² *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 21-23.

E a Lei nº 11.079/04 tem a especialidade de sistematizar a assunção de compromissos financeiros de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo cumprimento ao particular.

1. Riscos envolvidos nos contratos de PPPs

105

Não é propósito deste artigo um exame pormenorizado dos riscos envolvidos nos contratos de PPPs, o que por si só já justificaria um estudo apartado. O que se faz aqui é apenas um apanhado geral, de modo a destacar a importância das garantias nos contratos de PPPs.

C. A. SUNDFELD³ apontou os riscos inerentes aos contratos de PPPs no sentido estrito. É dizer: o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, comprometimento da Administração com contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas, abuso populista no patrocínio estatal e desvio no uso da concessão administrativa.

Pode ser que haja o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários. A Administração, por pressa ou incapacidade técnica, pode comprometer-se com contratações de longo prazo mal planejadas e estruturadas.

Daí advém desperdício de recursos, conflitos entre as partes e serviços deficientes. Os negócios desta espécie são complexos por força do elevado número de variáveis envolvidas (determinação do objeto, identificação dos riscos e sua atribuição às partes, escolha de critérios de avaliação e etc.), e também por causa dos desarranjos que podem ocorrer no curso do tempo.

A Lei das PPPs, em seu artigo 4º, conferiu destaque para a necessidade de ponderar todos os fatores, a exemplo da comparação entre os ônus e vantagens envolvidas num contrato de PPP e num contrato administrativo comum.

Ainda, pode ocorrer abuso populista no patrocínio estatal. Sabe-se que as concessões são viáveis justamente por haver usuários com interesse e capacidade econômica de fruir os serviços. Todavia, grupos há que sempre lutam para aumentar suas vantagens econômicas. Os governantes populistas são muito sensíveis a essas pressões e, podendo, conterão reajustes tarifários e concederão reduções de preços a segmentos de usuários com vistas a angariar votos nas eleições. Desta feita, os ônus serão transferidos para os cofres públicos. Isso é muito comum na concessão patrocinada, a despeito das diretrizes do artigo 4º da Lei das PPPs e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

³ *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 23.

Outro risco de um programa de PPP é o desvio no uso da concessão administrativa. Normalmente, duas são as estratégias empregadas por quem queira praticar esse desvio. Primeira, interpretar o art. 2º, § 4º, I da Lei das PPPs (que veda a celebração de contrato de PPP com valor inferior a R\$ 20 milhões) como se estivesse falando da soma das parcelas do preço a ser pago ao contratante durante toda a vigência do contrato e não o investimento a ser feito por ele.

Uma segunda estratégia dos interessados no desvio da concessão administrativa é o uso da tese de que o artigo 2º, § 4º, I da Lei das PPPs não seria norma geral (CF, artigo 22, XXI), mas, sim, norma específica, só se aplicando à União, não a Estados e Municípios, os quais poderiam livremente fixar o valor mínimo de investimento nos contratos de PPPs.

2. A importância das garantias nas PPPs

É cediço que, ainda hoje, a despeito das diversas tendências modernizantes, a realização de contratos envolvendo o Poder Público traz diferenças sensíveis em relação aos contratos de direito privado. A teoria geral dos contratos é pautada pela autonomia da vontade, na igualdade dos contratantes, ao passo que, estando em tela o atendimento ao interesse público, decerto que as prerrogativas de que dispõe a Administração implicarão num desequilíbrio de forças entre esta e o particular. A supremacia de uma das partes (o Estado) resulta em prevalência do interesse público sobre o dos particulares.

Basta lembrar as cláusulas exorbitantes, que conferem ao Poder Público condições para modificar unilateralmente o contrato e melhor adequá-lo às finalidades do interesse público, ou mesmo de rescindi-lo. Ainda, dentre outras prerrogativas, cabe à Administração, em razão de seu poder de autoridade, fiscalizar a execução do objeto do contrato e aplicar sanções. Infere-se, portanto, que contratar com o Poder Público envolve muitos riscos.

O uso abusivo das cláusulas exorbitantes desfavoráveis ao particular compromete o desenvolvimento de relações duradouras, norteadas pela colaboração. Na atualidade, é de se frisar, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto para se inserir ou não traços de autoridade nas relações contratuais.

E se examinadas as peculiaridades dos contratos de PPPs, cujo aporte mínimo de recursos será de 20 milhões de reais, em empreendimentos cuja duração poderá chegar a 35 anos, mais se tornam valorizados os mecanismos que possam servir de estímulo ao investidor para que, com relativa tranquilidade, tenha ânimo de aplicar seus recursos nas PPPs.

Quanto mais relevante a contraprestação pública no montante total da remuneração do concessionário, mais importante será a garantia. É dizer: em caso de uma concessão administrativa, a garantia da contraprestação pública será crucial, eis

que está em voga o total da remuneração do concessionário, ao passo que no caso de concessão patrocinada dita garantia terá importância minimizada porque a contraprestação pública implica em pequena percentagem do total da remuneração.

Se as garantias estiverem ausentes, restaria aos credores, mesmo não havendo qualquer dúvida acerca da certeza e liquidez do crédito, o procedimento dos precatórios sempre que a Administração não pagar regularmente sua obrigação pecuniária. Na atual conjuntura, a submissão dos créditos decorrentes dos contratos de PPP ao regime de precatórios desestimula, quando não inviabiliza, a assunção de obrigações de longo prazo por parte dos parceiros privados. Isso se torna mais grave em projetos que seguem uma lógica de *project finance*, em que o regular fluxo de pagamentos é condição intrínseca ao sucesso do empreendimento.

Cabe ressaltar que o Estado brasileiro carece de confiança no que toca às suas qualidades de pagador. O mesmo se encontra em situação de verdadeira moratória com o pagamento dos precatórios judiciais. Não bastasse, avolumam-se os escândalos, as CPIs, as notícias de corrupção, os desmandos, os abusos, as incoerências. Acresce-se a isso as dificuldades encontradas pelos contratados em uma gestão de Governo para receberem os seus pagamentos legítimos em outra gestão. Até parece ser o contratante o agente público e não a pessoa jurídica estatal⁴.

Entende-se tratar de personalismo político. O atual gestor, seja em qual esfera de governo for, sendo muito comum nos governos municipais, ávido por fortalecer sua imagem de político, negligencia compromissos de gestões anteriores com o fim de maximizar os resultados de sua gestão.

Com efeito, a eleição daqueles que antes eram opositores aos que então detinham o poder numa certa pessoa política de direito constitucional interno traz mudanças diametralmente opostas nas relações jurídicas já instaladas, animando tomadas de posições que, apesar de aparente fundamento no interesse público, de fato consubstanciam-se numa *viragem* político-ideológica, instalando insegurança jurídica e comprometendo gravemente as relações com os contratados da Administração pública.⁵

No Brasil é comum a Administração pública encontrar motivos e justificativas as mais diversas com vistas a não cumprir obrigações que anteriormente tenha assumido. Para tanto, nem é preciso grande lapso temporal. A realidade brasileira é muito diferente do que se passa, por exemplo, na Inglaterra, onde o parceiro público atende, pontualmente, às obrigações que tenha anteriormente assumido.

A verdade é que os contratos de longuíssima duração passarão por várias gestões de governo. Sem muito esforço, percebe-se que a mera previsão legal e contratual de que o Estado estará obrigado a pagar determinado montante à concessionária não basta para levar aos potenciais investidores a confiança de que receberão o que lhes for devido.

⁴ A. S. ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 690.

⁵ M. PESTANA, *A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 23.

Quanto ao mais, tome-se, como exemplo, uma rodovia. Sua construção e seu gerenciamento, sob regime de concessão, demandam enorme comprometimento. São exigidos investimentos de monta, quadro de pessoal competente, aparelhamento sofisticado e etc., isto é, intenso aporte de capital.

Deveras, chega o momento em que o concessionário-investidor passa a obter, concretamente, o retorno do capital investido, por meio de tarifas. Daí, não é difícil surgirem movimentações políticas escudadas em pleitos populares, promovendo o congelamento dos pedágios (tarifas) ou ainda a sua supressão, sem que se descarte, em situações-limite, a realização da própria encampação da concessão.

Outra crítica pertinente é quanto aos não raros contratos administrativos que prevêem elevadas multas para o descumprimento de suas cláusulas. Se o particular não as cumpre, as decisões judiciais são impassíveis ao impor o pagamento de tais multas, pouco importando seu valor. Diversa banda, se as mesmas cláusulas são descumpridas pelo Poder Público, logo tomam corpo as denominadas interpretações sociais, levadas a efeito pelos Tribunais do país, preservando, portanto, o Poder Público de arcar com as aludidas sanções, desrespeitando o então pactuado.

Quanto ao mais, a insegurança se agrava por causa da morosidade da justiça brasileira. As mazelas são graves. A sistemática processual é falha, o volume de demandas, enorme, a estrutura físico/administrativa dos fóruns/tribunais, precária, sem falar do abuso do direito de litigar dos patronos das partes, da má formação de grande parte dos profissionais e etc.

O problema, portanto, é mais do que se garantir frente à inadimplência do Estado, sendo também como fazer valer seus direitos diante da inadimplência estatal. Ordinariamente, o credor do Estado tem que propor uma ação no Poder Judiciário, a qual demora anos para ser julgada e ainda esperar que seu precatório seja pago.

Para dar segurança aos investidores privados, em caso de inadimplência por parte do Estado, a Lei 11.079/04 criou uma série de regras especiais em relação ao caminho que os credores em geral têm de percorrer para receber o pagamento de dívidas do Estado. Além de mecanismos de garantias, que fazem com que o parceiro privado não fique sujeito aos precatórios, cabe aqui menção ao art. 11, III, da Lei 11.079/2004, o qual prevê a possibilidade de a lide não ser levada ao Poder Judiciário e solucionada mediante mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem.

Feitas essas considerações, é de se assinalar que, havendo insegurança e inexistindo garantias que minimizem os riscos e compensem esse déficit de credibilidade do Estado brasileiro, é certo que o capital se esconde. Daí a extrema necessidade de um ambiente de completo respeito à lei, de responsabilidade no gasto do dinheiro público e o fim do sentimento de impunidade.

3. Constitucionalidade e legalidade das garantias previstas na Lei 11.079/2004

Cumpra-se observar que o termo *garantia* é dotado de dois sentidos distintos, um mais amplo, quando trata de qualquer instrumento jurídico capaz de permitir ao credor obter segurança de recebimento de seu crédito face ao devedor, e outro sentido mais restrito, subdividido em garantias reais e pessoais.

O capítulo III da Lei nº 11.079/2004 intitula-se *DAS GARANTIAS*. O sentido aqui empregado é amplo, vez que os incisos do art. 8º tratam de mecanismos diversos que poderão ser previstos em contratos de PPPs com vistas à satisfação de créditos. O parágrafo 1º do art. 18, de outro turno, é alusivo às modalidades de garantias que poderão ser prestadas pelo Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), sendo o termo *garantia* empregado em seu sentido estrito, mormente no inciso VI, que trata de *garantia real ou pessoal*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ destaca que, em realidade, as garantias para as PPPs são de três tipos, o que é um traço comum à concessão patrocinada e à concessão administrativa. São elas: (a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.

Vejamos, pois, cada uma destas garantias em particular.

4. A garantia de execução do contrato pelo parceiro privado ao parceiro público

Primeiro, as garantias contratuais prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público (art. 5º, VIII da Lei 11.079/2004). Nas parcerias administrativas não ultrapassarão o limite de 10% do valor do contrato, acrescido, se necessário, do valor dos bens que a Administração lhe haja entregado, dos quais será depositário (art. 56, §§ 3º e 5º da Lei 8666/1993). Já nas parcerias patrocinadas não ultrapassarão o valor da obra (inc. XV do art. 18 da Lei 8.987/1995).

Este tipo de garantia é bastante comum nas diversas modalidades de contratos administrativos e abrange caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o seguro-garantia e a fiança bancária (art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993, com redação dada pelo art. 26 da Lei 11.079/2004). Seja na modalidade patrocinada, seja na modalidade administrativa, o contrato deverá prever *a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8666, de 1993 e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 1995.*⁷

⁶ M. S. Z. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 293.

⁷ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pp. 157 e 158.

Também é importante o estabelecimento de indicadores de desempenho que possam refletir a atuação da concessionária na prevenção e na solução de questões ambientais, no cumprimento da legislação trabalhista, previdenciária e tributária, de tal forma que a eficiência alcançada no desempenho do objeto do contrato não seja alcançada à custa de produção de externalidades negativas ou mesmo à custa de descumprimento da lei.

É pertinente observar que na experiência internacional mais bem sucedida é comum que se exija da concessionária determinados padrões de governança corporativa que, a par de aumentar a transparência de sua atuação, também são condições para obtenção de recursos de terceiros a preços mais módicos.

Ainda com enfoque nas garantias de execução do contrato que a Administração pode exigir do parceiro privado, em linha com o inciso VIII do art. 5º, há que se salientar que nos contratos de concessão, além do seguro de *performance* (*performance bond*), que garante a fiel execução das cláusulas contratuais, há também outras exigências.

Exige-se: o seguro de danos materiais, para cobrir perdas e danos oriundos de riscos de engenharia, operacionais, máquinas e equipamentos de construção; o seguro de responsabilidade civil, a cobrir responsabilidade da concessionária e/ou da Administração por danos causados; o seguro de acidente de trabalho, que cobre acidentes de trabalho nos quais estejam envolvidos trabalhadores atuantes na concessionária, e também funcionários da Administração no exercício de suas funções fiscalizatórias; o seguro de lucros cessantes, que, dentre outros, cobre prejuízos financeiros derivados da interrupção da cobrança de tarifas.

A exigência de garantias por parte do Poder Público junto ao particular, no entanto, está sujeita a limites. Sabe-se que as regras sobre exigência de garantias de execução de contratos administrativos no Brasil são marcadas pela preocupação em evitar a criação de barreiras de entrada nas licitações. Suponha-se que determinado contrato requeira, desnecessariamente, tal monta de garantias que apenas poderiam ser oferecidas por empresas de grande porte. Daí vem a Lei 8.666/1993, no seu art. 56, e restringe o valor das garantias de execução do contrato.

Esta preocupação é patente no inciso VIII do art. 5º da Lei 11.079 de 2004. Ali há definição dos limites das garantias exigidas na contratação de PPPs. Para as concessões patrocinadas a remição é feita à Lei 8.987/1993 e, no caso das concessões administrativas, à Lei 8.666/1993.

Para o caso específico das concessões patrocinadas, o art. 18, XV, da Lei 8.987/1995 quis atribuir a elas a mesma regra aplicável às concessões comuns.

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

(...)

XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução da obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra (redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.1998).

111

A parte final do inciso XV do art. 18 é cristalina ao dispor que em se tratando de concessão de serviços públicos precedida da execução da obra pública, o limite das garantias relativas às obras é o valor da própria obra.

Já para as concessões administrativas, os limites da garantia são vislumbrados nos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/1993:

§ 3º. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato (redação dada pela Lei 8.883, de 8.6.1994).

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

O § 5º cuida do seguro em relação ao valor de bens no caso destes ficarem sob a guarda do parceiro privado para a execução do contrato. Por força do quanto disposto no inciso VIII do art. 5º da Lei de PPP é possível acrescentar ao limite das garantias o valor daquelas exigidas para a preservação dos bens dos quais o parceiro privado ficará depositário.

É de se convir que o legislador considerou que há em relação às PPPs a presunção (*juris tantum*) de que se trata de contrato de grande vulto, com alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis e que por isso o limite das garantias requeridas nas PPPs seria de 10% do valor do contrato.

Pertinente comentar acerca da necessidade de parecer técnico justificativo do montante das garantias e da sua aprovação pela autoridade competente. É função do parecer, dentre outras, justificar o montante da garantia requerida. Não se quer que a exigência de garantias desnecessárias crie barreiras à competição.

5. A garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado

Então, segundo tipo de garantia: garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público ante o parceiro privado (art. 8º da Lei 11.079/2004). Envolve: vinculação de receitas, observado o inc. IV, art. 167 da CF; criação ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal.

Um exame de constitucionalidade do art. 8º da Lei das PPPs deve ser feito em cotejo com o art. 163, III da CF. Este dispositivo prevê a edição de lei complementar que disporá sobre concessão de garantias pelas entidades públicas. Assim, a questão que se põe é se o art. 8º não seria formalmente inconstitucional por ter sido veiculado por meio de lei ordinária.

Vale dizer que o conceito de *entidade pública* não é unívoco. E que o inciso III do art. 163 da CF é uma norma de finanças públicas, voltada a impor limites à concessão de garantias. E se é assim, tão-somente normas que, além de tratarem de concessão de garantias, tenham por fim assegurar a responsabilidade fiscal é que necessitam ser veiculadas por norma complementar.

As normas que tratam de concessão de garantias relacionadas ao controle das finanças públicas foram emanadas no âmbito da Lei Complementar 101/2000, conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Em seu art. 40 tem-se que: *os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidas pelo Senado Federal*.

É, pois, cristalino que os dispositivos da Lei Complementar 101/2000 cuidam da concessão de garantias em operações de crédito. Não tratam, contudo, de diversos outros detalhes relacionados à concessão de garantias, como do procedimento para prestação de garantias, das modalidades admitidas, do procedimento de seu acionamento e execução, uma vez que fogem ao escopo de uma lei de finanças públicas.

Assim sendo, querer que o tema concessão de garantia por entidade pública seja veiculado apenas mediante lei complementar seria taxar de inconstitucionais diversos outros dispositivos, ou mesmo diplomas legais inteiros. Tome-se o exemplo do parágrafo único do art. 121 da Lei 8.666/1993, que determina que a concessão de garantia do Tesouro Nacional continua regida pela legislação pertinente, aplicando-se a Lei de Licitações no que couber. Então, conclui-se que se toda regra ao tratar da concessão de garantia houvesse de ser estabelecida mediante lei complementar, em nada se aplicaria o disposto na Lei de Licitações e desnecessária a ressalva do parágrafo

único do art. 121. Aliás, nem mesmo a legislação que disciplina a concessão de garantia do Tesouro Nacional tem natureza de lei complementar.⁸

Se assim fosse, seriam inconstitucionais o FGE – Fundo de Garantia à Exportação (criado pela Lei 9.818/1999), o FGP da Lei 11.079/2004, bem assim os fundos e empresas estatais garantidores criados pelas leis estaduais de PPP, já que nenhum deles foi veiculado mediante lei complementar.

Todos esses fundos são constitucionalmente válidos porque que as normas supramencionadas nada têm a ver com o tema das finanças públicas, servindo, tão-somente, para instrumentalizar e tornar efetivas as garantias prestadas.

Em prosseguimento, é de se destacar, lembra a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que os fundos não têm personalidade jurídica e que são administrados por órgão ou entidade indicados na lei instituidora. Assim prescreve o art. 71 da Lei nº 4.320/64: *constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação*. Se a lei institui, pois, um fundo, ela indica as receitas que ficam vinculadas a ele, havendo de ser respeitada a norma do art. 167, IV, da Constituição Federal, a qual veda, como regra geral, a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa, e indica as exceções, completadas com a norma do § 4º do mesmo dispositivo constitucional.⁹

É dizer, o mecanismo do fundo especial é assaz semelhante ao da vinculação de receitas. Apresenta-se também como uma garantia orçamentária que impede a utilização de receitas vinculadas para despesas não contidas nos fins dispostos na lei de instituição do fundo especial. Como o fundo especial faz parte do patrimônio do ente que o criou e também não dispõe de personalidade jurídica própria, eventuais garantias prestadas por fundo especial serão consideradas como prestadas pelo ente instituidor, eis que este é a pessoa com a qual juridicamente se contrata a garantia.

Quanto ao mais, o fundo especial apenas presta garantias pessoais, como fiança ou aval, nos termos da lei que o instituir. Ora, inadmissível que o fundo preste garantias reais porquanto os bens a ele alocados continuam a pertencer ao patrimônio do ente federativo instituidor. Assim, em razão de serem bens públicos, devem se submeter aos princípios da inalienabilidade e impenhorabilidade.

A professora Maria Sylvia aponta que o art. 8º da Lei nº 11.079 faz alusão aos fundos em dois incisos, quais sejam: a) no inciso II, onde dispõe sobre a possibilidade de instituição ou utilização, a título de garantia a ser prestada pelo parceiro público, *de fundos especiais previstos em lei*; entende-se que, havendo autorização legislativa, o Poder Público pode instituir fundos especiais para garantir obrigações pecuniárias de determinadas parcerias; b) no inciso V, fala de *garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade*; nesse caso, trata-se de fundo que pode

⁸ M. P. RIBEIRO, L. N. PRADO, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada, Fundamentos Econômico-Jurídicos*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2010, p. 214.

⁹ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 158.

ser criado para garantir as parcerias público-privadas em geral, nos moldes do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), instituído, para a União, pelo artigo 16 da Lei.¹⁰

Convém destacar que a Lei, no art. 8º, inciso V, não faz menção aos tipos de garantias que podem ser prestadas pelo fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim. Em apartado, para o FGP (previsto para a esfera federal), no art. 18, parágrafo 1º, essas garantias são especificadas. Daí se defere que Estados e Municípios poderão criar fundos garantidores ou empresas estatais destinadas a prestar garantias, sendo que as respectivas leis instituidoras terão que explicitar os tipos de garantias que poderão ser prestadas por esses fundos ou empresas.¹¹

Nesse ínterim, no que toca à vinculação de receitas e à instituição de fundo, a professora chama a atenção para os fortes traços de inconstitucionalidade dessas garantias, consoante parecer proferido por Kiyoshi Harada, publicado no *Boletim de Direito Administrativo* (São Paulo: Editora NDJ, nº 3, pp. 308-315, mar. 2005).¹²

C. A. BANDEIRA DE MELLO¹³ também se filia a esta ala doutrinária que mais enxerga inconstitucionalidades e ilegalidades nas garantias prestadas nos contratos de PPPs, diz que tão largas garantias como as dispostas na Lei das PPPs são inimagináveis aos contratos em geral. E discorre sobre as garantias dadas ao particular, com ênfase na vinculação de receitas, bem como na instituição de fundos especiais previstos em lei. Entende que ambas são inconstitucionais, sendo que tais fundos só poderiam ser constituídos se houvesse lei complementar regulando sua criação.

Oportuno aqui se fazer uma interpretação do parecer de Kiyoshi HARADA¹⁴. Nele o professor examina minuciosamente a constitucionalidade dos incisos I e II do art. 8º da Lei das PPPs. Chega à conclusão que ambos são manifestamente inconstitucionais.

O inciso I permite a vinculação de receitas públicas para garantir obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contratos de PPPs em respeito às vedações prescritas no art. 167, IV da CF. Para K. HARADA¹⁵, o legislador ordinário partiu da premissa equivocada de que se respeitada a vedação do art. 167 da CF, restrita à vinculação de impostos, quaisquer outras receitas poderiam ser vinculadas com o fito de garantir obrigações pecuniárias contraídas pela Administração.

Para o jurista, nenhuma receita pública pode ser dada em garantia nos moldes do Código Civil. O credor particular, vitorioso em demanda judicial perante o Estado, recebe o montante da condenação na forma do art.100 da CF. As receitas públicas são

¹⁰ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pp. 158-159.

¹¹ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 159.

¹² M. S. Z. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 293.

¹³ *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 752-753.

¹⁴ *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei 11.079/04.*

¹⁵ *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04*, Parecer publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, nº 3, mar. 2005, pp. 310-311.

bens públicos indisponíveis, inegociáveis e irrenunciáveis. Os bens públicos são impenhoráveis, o que inviabiliza a execução direta sobre os bens vinculados à dívida.¹⁶

Em particular ao que atine ao inciso II do art. 8º da Lei 11.079, na visão de Kiyoshi Harada, o mesmo é também inconstitucional, pois afronta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF), assim como o art. 165, § 9º, II, da CF e o art. 36 do ADCT, e por certo o art. 167, IV, da CF, além do princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII.¹⁷

Violenta, ainda, o princípio da fixação prévia das despesas, disposto no inciso II do mesmo artigo. Em parte, são esvaziados os arts. 70 e 71 da CF, que atribuem ao Congresso Nacional a missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, de maneira que resta violado o princípio da legitimidade, pedra de toque do controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira.¹⁸

Tendo em tela o inciso IV do art. 8º da Lei 11.079/2004, ali vem prevista a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras. De modo análogo ao inciso III, exige-se que a instituição financeira não seja controlada pelo Poder Público. E aqui também é mais razoável que se aplique o conceito de *controle* previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 116 da Lei 6.404/1976). Já para os organismos internacionais, incluem-se nesse conceito organismos tanto multilaterais quanto singulares.

O inciso V, do art. 8º da Lei 11.079/2004, ao seu turno, vem dispor acerca das garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade. É de se destacar que tanto as criações do fundo quanto a da empresa estatal dependem de lei específica.

A constitucionalidade da criação de fundos garantidores vem sendo questionada pelos doutrinadores com base em dois argumentos mais relevantes, quais sejam: (a) limitação constitucional da criação de novos fundos à disciplina prévia por lei complementar de suas condições de instituição e funcionamento, com fulcro no art. 165, § 9º, II, da CF e (b) afronta ao regime dos precatórios previsto no art. 100 da CF.

Em particular quanto ao primeiro argumento, a mesma lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF deverá tratar da elaboração e da organização do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Em que pese o fato de não existir essa lei complementar, nunca ninguém questionou a constitucionalidade da elaboração da LDO ou do PPA. Se ainda assim, disserem que a Lei 4.320/1964 funciona como dita lei complementar, já que foi

¹⁶ *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04, Parecer publicado no Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, nº 3, mar. 2005, pp. 310-311.

¹⁷ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 160.

¹⁸ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 160.

recebida com natureza de lei complementar, é de se acrescentar que a Lei 4.320/1964 não trata de LDO e nem de PPA, mas tão-somente da elaboração da LOA.

A rigor, portanto, a instituição de fundo sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX) é que está sendo vedada, não a instituição de fundo sem que tenha sido editada lei complementar que regule as condições de sua instituição e funcionamento.

Demais disso, diversos outros fundos foram criados na vigência da Constituição Federal de 1988 sem que tivessem sua constitucionalidade questionada por ausência da lei complementar referida. Alguns exemplos: Fundo de Promoção do Esporte Amador (Lei 7.752/1989); Fundo Nacional de Meio Ambiente (Lei 7.797/1989); Fundo Nacional de Desestatização (Leis 8.031/1990 e 8.242/1991); Fundo de Custeio de Programas de Habitação Popular (Lei Complementar 77/1993); Fundo Penitenciário Nacional (Lei Complementar 79/1994).

Fundos garantidores, de outro turno, não têm relação com planejamento ou execução orçamentária e, por conseguinte, a eles não se devem aplicar as restrições em exame. Pagar a contraprestação pública ordinariamente não é do escopo dos fundos garantidores. Isso só acontecerá em caso de inadimplemento do parceiro público, havendo, pois, sub-rogação nos direitos do parceiro privado, cabendo ao fundo garantidor buscar ressarcimento junto ao parceiro público inadimplente.

Essa característica de sub-rogação afasta qualquer possibilidade de que o fundo garantidor atue como fonte pagadora ordinária da contraprestação pública. É, pois, extrema a diferença quando comparado ao fundo especial. Para este, a obrigação é justamente adimplir em primeira mão a contraprestação pública e, desse modo, o pagamento não confere qualquer direito de ressarcimento junto ao parceiro público.

Tendo em vista, agora, o segundo argumento, qual seja, de afronta ao regime dos precatórios, é de se destacar que sua força depende das características do fundo. Conforme o art. 100 da CF, apenas se sujeitam ao regime dos precatórios as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal. Então, toda vez que se tratar de entidade jurídica distinta dos entes federativos, não há sujeição ao regime dos precatórios. É por isso que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não se sujeitam a tal regime. Também os fundos garantidores, quando pessoas jurídicas de direito privado, não estarão sujeitos ao regime dos precatórios.

Os fundos podem ter personalidade jurídica porque na legislação brasileira não há qualquer vedação, embora o mais comum seja sua constituição sob a forma de condomínio (particularmente os fundos de investimento). Acaso a opção fosse esta, o patrimônio do fundo seria parte do patrimônio do ente federativo, na proporção de suas quotas. A execução, portanto, do patrimônio do fundo resultaria em execução do próprio patrimônio do ente federativo cotista, que contraria os princípios da inalienabilidade e da impenhorabilidade dos bens públicos.

Como se pôde ver, é por esta seara que a professora Maria Sylvia optou por seguir. Posicionou-se no sentido de que assim os fundos não têm personalidade jurídica como são administrados por órgãos ou entidades indicados na lei instituidora.

Noutro giro, em caso de o fundo garantidor dispor de personalidade jurídica própria, ele se comportará como uma empresa pública ou sociedade de economia mista, podendo fornecer garantias com lastro em seu próprio patrimônio. Assim, a execução contra esses bens passará ao largo do regime de precatórios e ocorrerá na forma prevista pelo direito privado.

Por isso, é melhor que os fundos garantidores tenham personalidade jurídica de direito privado ou de empresas estatais quando da garantia da contraprestação pública do que o uso de vinculação de receitas ou fundos especiais, eis que, nestas duas modalidades, se condenado judicialmente o ente federativo contratante, impossível evitar a fila dos precatórios, já que não se admite a penhora de bens públicos.

Cumprir observar que não é de todo necessário que a lei instituidora do fundo garantidor expressamente lhe atribua personalidade de direito privado. O importante é que apresente as características típicas decorrentes da personalidade, a saber, separação patrimonial e natureza de sujeito de direitos e obrigações. Sendo o fundo capaz de se obrigar e ter direitos em nome próprio, bem assim dispor de patrimônio próprio, não se sujeitará ao regime dos precatórios, de forma a que a penhora recairá sobre bens de pessoas distintas dos entes federativos.

6. A contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto

Terceiro, contragarantia prestada pelo parceiro público ao financiador. Modalidades: transferência, aos financiadores, do controle da sociedade de propósito específico criada pelo parceiro privado; possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores referentes às obrigações pecuniárias da Administração; legitimidade dos financiadores para receberem indenizações por extinção antecipada do contrato; possibilidade de recebimento, pelo financiador, de pagamentos efetuados por fundos e empresas estatais garantidores de PPPs. Ditas modalidades de contragarantias estão previstas no art. 5º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004.

Sobre a transferência, aos financiadores, do controle da sociedade de propósito específico criada pelo parceiro privado, sua previsão encontra-se no art. 27 da Lei nº 8.987. Destaque há de ser conferido à peculiaridade de as transferências de concessão ou de controle societário da empresa concessionária não dependerem de demonstração de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, consoante o quanto prescrito no parágrafo único, inciso I, do mesmo dispositivo.

Essa exigência, no caso das PPPs, é expressamente afastada pelo art. 5º, § 2º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004. Desta feita, fica caracterizada certa perplexidade, eis que, com a falta de demonstração daqueles requisitos, dificilmente se pode conceber a continuidade do serviço por uma empresa não suficientemente habilitada.

Já a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores referentes às obrigações pecuniárias da Administração, sua previsão vem expressa no art. 58 da Lei nº 4.320, de 17/03/64 (que estabelece normas gerais de direito financeiro), assim dispondo: *o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*. Daí se depreende que, para garantir o financiador, o contrato (como também o edital de licitação) pode prever que o empenho seja emitido em seu nome e não no nome do concessionário.¹⁹

No que toca à legitimidade dos financiadores para receberem indenizações por extinção antecipada do contrato, é de se dizer que, normalmente, nos contratos administrativos o Poder Público pode rescindir unilateralmente o contrato antes do prazo estipulado, caso em que estará obrigado a compensar financeiramente o contratado, com fundamento nos arts. 36 e 37 da Lei 8.987. Em particular para as PPPs, essa indenização poderá ser paga ao financiador, contanto que essa possibilidade esteja prevista no contrato.²⁰

Há, ademais, a possibilidade de recebimento, pelo financiador, de pagamentos efetuados por fundos e empresas estatais garantidores de PPPs. Essa forma de garantia dada pelo parceiro público ao financiador é concretizada mediante fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, consoante o art. 8º, inciso V. Vale dizer: o contrato pode prever que os pagamentos efetuados pelo fundo ou empresa sejam feitos aos financiadores do projeto e não ao concessionário.

Por oportuno, é de se destacar que os financiadores, no mais das vezes, não possuem relação contratual direta com o Poder Público, não sendo, pois, parte no contrato de PPP. Assim sendo, as garantias do empréstimo à concessionária incidirão sobre direitos próprios do concessionário, e não sobre direitos e bens do Estado ou de seu fundo ou empresa garantidora. Nessa seara, a Lei nº 11.079/2004 expressamente permite a transferência ao financiador de direitos do concessionário, como a possibilidade de empenhos (art. 5º, § 2º, II, Lei nº 11.079/2004) e pagamentos de indenizações (art. 5º, § 2º, III, Lei nº 11.079/2004) realizados em seu nome.

Para o financiador do parceiro público, prevê o art. 5º, § 2º, I, que o controle da sociedade de propósito específico será transferido a ele a fim de assegurar a continuidade da prestação dos serviços. No caso da PPP, foram afastadas as disposições da Lei 8.987 necessárias à assunção do serviço, ou seja: capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal.

¹⁹ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 160.

²⁰ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 160.

M. S. Z. DI PIETRO²¹ não concorda e destaca que se os financiadores do projeto assumem a execução do projeto sem capacidade técnica e financeira para isso, contrariados estão os princípios da isonomia, da moralidade administrativa, do interesse público e da razoabilidade, porquanto os ditos financiadores não terão condições de prestar serviço adequado. Além disso, pode ser que também haja lesão ao princípio da continuidade da prestação do serviço.

Destarte, R. POLTRONIERI²² salienta que, muito embora o art. 5º, § 2º da Lei das PPPs afaste as previsões do art. 27 da Lei 8.987/1995 quando da assunção da Sociedade de Propósito Específico pelos financiadores, é certo que a Administração exigirá deles a comprovação assim de sua idoneidade financeira, como de sua regularidade jurídica e fiscal, uma vez que o princípio da legalidade, moralidade e supremacia do interesse público instruirão o Poder Público de modo a impedir a legalização de uma irregularidade ante o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao revés, admite R. POLTRONIERI²³ que o texto da Lei das PPPs é claro e taxativo, e que o intérprete e aplicador do direito deve considerar signo e significado da norma. Ainda assim, diz que sua aplicação há de ser questionada em respeito ao ordenamento vigente e que os conceitos jurídicos devem ser examinados em conjunto. Assevera que a má redação ou redação equivocada da norma é problema da alçada do legislador e por ele deve ser corrigido.

7. O fundo garantidor das parcerias público-privadas

No que toca ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, a primeira incongruência da Lei 11.079/04 que se pode apontar é direcionada à administração do FGP. Como consta no art. 17, ele será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União.

Contudo, em mais de um dispositivo, há clara referência a uma Assembléia de cotistas, portanto, às pessoas jurídicas – União, autarquias e fundações públicas – que contribuirão para a constituição do fundo. No mesmo art. 17, o § 1º determina que *o estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas*; e o § 2º, por sua vez, determina que a União será representada nessa Assembléia Geral na forma do art. 10 do Decreto-lei nº 147, de 03/02/1967, é dizer: pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou Procurador da Fazenda Nacional a quem delegue a atribuição. E pelo art. 20, a dissolução do FGP é deliberada pela Assembléia dos cotistas.

²¹ *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 294.

²² *Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa*, 1ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2005, p. 135.

²³ *Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa*, 1ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2005, pp. 135 e 136.

Cumpra à instituição financeira a administração do fundo, de tal sorte que à Assembléia dos cotistas compete as hipóteses expressamente previstas na lei, ou seja, a elaboração do estatuto e regulamento, bem assim a deliberação sobre a dissolução do fundo. Uma vez que o fundo é constituído por lei, a sua extinção (e não dissolução porque não se trata de sociedade) há de ser prevista na lei. Assim, a Assembléia de cotistas dependerá de autorização legislativa para promover a extinção do fundo.

Para existir validamente, o fundo há de ser criado por lei que indique as receitas que a ele ficarão vinculadas. Já que o fundo é uma receita específica que a lei afasta do caixa único e vincula a um fim determinado, se não houver receita vinculada o fundo carecerá de existência legal. Ademais, impossível que o fundo possa ser criado por instituição financeira, como quer o art. 17 da Lei, ainda que a instituição financeira integre a Administração indireta. A instituição financeira poderá tomar as medidas administrativas para colocar o fundo em funcionamento, isso sim. E só depois de o fundo já ter sido instituído por lei.²⁴

É de assinalar ser juridicamente inaceitável que autarquias e fundações públicas em geral, não identificadas em lei, possam destinar uma parte de sua receita e de seu patrimônio à constituição desse fundo. As entidades da Administração indireta estão sujeitas ao princípio da especialidade, que significa vinculação aos fins para os quais foram instituídas. Elas não podem, sem autorização legislativa específica, destinar parcelas de sua receita ou de seu patrimônio à finalidade diversa.²⁵

Todas as entidades da Administração indireta são criadas ou autorizadas por lei específica. Essa lei define os seus fins, o seu patrimônio, a sua receita. Acaso uma ou algumas dessas entidades disponha de bens excedentes às suas necessidades, assim deverá a lei especificá-las, como indicar os bens transferíveis ao Fundo.

Somente com autorização legislativa específica as autarquias e fundações públicas em geral podem destinar verbas orçamentárias próprias, bens móveis ou imóveis ou mesmo direitos de que sejam titulares. Na falta desta autorização, dita destinação caracterizaria ato de improbidade administrativa como definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92. Quanto ao mais, a destinação em tela deve respeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), lei hierarquicamente superior às leis ordinárias.

O art. 18, parágrafo 1º, da Lei nº 11.079/04 evidencia as modalidades de garantia que podem ser prestadas pelo FGP, quais sejam:

- I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;
- II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

²⁴ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 162.

²⁵ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 162.

- III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;
- IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com o agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia, desde que não transfiram a titularidade ou a posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;
- VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶ faz um minucioso exame do último inciso, o VI do art. 18, parágrafo 1º, da Lei nº 11.079. Destaca que nele praticamente está prevista a possibilidade de constituição de um fundo específico dentro do próprio FGP. O qualificador específico se justifica em razão de que deverá o fundo ser destinado a garantir um contrato de parceria determinado, de nenhum modo podendo ser utilizado para garantir outras obrigações assumidas pelo FGP.

Assim determina o art. 21 da Lei, fazendo, então, o uso da expressão *patrimônio de afetação* a fim de designar as parcelas vinculadas por essa forma. A força da expressão vem de que os bens que integram esse patrimônio não podem ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente, tudo isso com o fito de se garantir a segurança jurídica.

No fim das contas é o mesmo que dizer que tal patrimônio de afetação será criado com vistas a privilegiar determinado credor. Restam, pois, contrariados os princípios da isonomia e impessoalidade, norteadores da destinação dos recursos orçamentários. O que põe em dúvida a constitucionalidade do dispositivo.

O § 7º do art. 18, por sua vez, determina: *em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.*

Por óbvio, dificilmente, as garantias previstas no parágrafo 1º do art. 18 serão concedidas sem impugnação, muito menos sujeitas à constrição judicial. Apesar de o art. 16, § 1º conferir ao FGP natureza privada e dizer que sua administração, gestão, bem como representação judicial e extrajudicial é atribuída à instituição financeira sob controle direto ou indireto da União, em realidade o fundo será constituído com receitas e bens públicos, oriundos da União, suas autarquias e fundações públicas.

Ao ficarem vinculados a um fundo, tais receitas e bens não perderão sua natureza pública. Haja vista que o art. 19 assegura a qualquer dos cotistas a possibilidade de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, além de que, o art. 20,

²⁶ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 163.

parágrafo único, assevera que, no caso de *dissolução* (melhor seria *extinção*) do fundo, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, tomando-se por base a situação patrimonial à data da dissolução (*extinção*). Assim, os bens voltariam a integrar o patrimônio da União, autarquia ou fundação pública.²⁷

A dissolução (*extinção*) do FGP, contudo, será deliberada pelos cotistas e ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias, pelos credores. Em outras palavras, ainda que consensual, a dissolução do FGP só poderá ocorrer depois de extintas suas obrigações.

A. S. ARAGÃO²⁸, por sua vez, num posicionamento mais flexível, entende que o art. 165, § 9º, II da CF dispõe é que as condições para instituição e funcionamento de fundos sejam genericamente disciplinadas por lei complementar e não que a criação de cada fundo específico seja mediante lei complementar. Essa lei complementar (leiquadro) já existe (Lei nº 4.320/1964). Seus art. 71 a 74 aludem apenas à *lei*, portanto, lei ordinária para a instituição do fundo.

Sobre a possível violação ao art. 71 da Lei nº 4.320/1964, A. S. ARAGÃO²⁹ sustenta que a ilegalidade está afastada porquanto o ali disposto é que as receitas dos fundos *se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços*. Por óbvio, dentre esses *objetivos* pode estar o de garantir dívidas necessárias à realização de projetos de infra-estrutura.

A. S. ARAGÃO³⁰ aponta que o FGP dará bens e direitos que o integralizaram como garantia do cumprimento das obrigações assumidas por seus cotistas nos contratos de PPP (Lei 10.079/2004, arts. 17, § 3º, e 18). Em caso de inadimplência, o parceiro privado poderá acionar diretamente a garantia dada pelo FGP (hipoteca, penhor, alienação fiduciária ou qualquer outro contrato de garantia, consoante art. 18, § 1º da Lei 10.079/04) a fim de satisfazer a dívida, admitindo-se, até mesmo, a constrição judicial (penhora, leilão, adjudicação e etc.) dos seus bens (art. 18, §§ 4º a 7º).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, os bens públicos não podem ser objeto de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado. Os credores públicos, quando não regularmente pagos, satisfazem-se mediante precatórios, na ordem de sua apresentação. É o que prescreve o art. 100 da CF. Ademais, a utilização de tais fundos em benefício dos parceiros privados ou de seus financiadores fere também o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da CF, assim como os princípios da impessoalidade e da moralidade, dispostos no art. 37 da Carta.

²⁷ M. S. Z. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 163.

²⁸ *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 694.

²⁹ A. S. ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 694-695.

³⁰ *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 693.

³¹ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 761.

Inteligência diversa é a de C. A. SUNDFELD³², para quem o oferecimento de garantia pelo FGP em nada choca com o art. 100 da CF. A execução contra o FGP será privada porque privada é sua personalidade, logo, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e transferências de bens do domínio público para o privado (FGP) para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP, aos concessionários.

Ainda no que toca a transferências de bens do domínio público para o privado, outro não é o entendimento de F. P. A. MARQUES NETO³³, para quem nas PPPs pode haver transferência de bens para viabilizar implantação de uma infra-estrutura que suportará a prestação de serviço ou atividade principal da parceria, como também transferência de bens a título de contrapartida econômica do parceiro público para o privado. Na segunda hipótese, que aqui mais interessa, fala-se em alienação de bem público em pagamento de obrigações do Estado. Haverá a transferência do domínio propriamente dito como forma de pagamento.

Considerando que o FGP não possui expressamente personalidade jurídica, o que também ocorre com o condomínio e o espólio, ele é uma universalidade jurídica. E ser administrado por outra pessoa jurídica não ilide essa caracterização. Sua situação acaba por ser idêntica à de uma pessoa jurídica, uma vez que possui patrimônio, obrigações e direitos próprios, consoante o quanto disposto no art. 16, § 1º da Lei 11.079/04.

Em que pese o fato de que ao se propor ação contra o FGP, ele mesmo é que será acionado, não a União. Também não será acionada a pessoa jurídica que o administra, já que não tem uma propriedade sua, mas a mera gestão. O réu será o FGP, representado pela instituição financeira que o administra.³⁴

Conclusões

Ainda não são muitos os doutrinadores que, nos lindes do Direito Administrativo, ocuparam-se do tema constitucionalidade e legalidade das garantias ofertadas nos contratos de parceria-público privadas, no âmbito da Lei 11.079/2004. Todavia, como se pôde ver, trabalhos relevantes foram realizados nessa seara.

A doutrina, ao seu turno, diverge sobre o tema. Ala respeitável, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Kiyoshi Harada, faz uma interpretação mais grave dos dispositivos da Lei 11.079/2004 que versam sobre garantias apontando diversas inconstitucionalidades.

³² *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 43-44.

³³ F. P. A. MARQUES NETO, *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas, função social e exploração econômica de bens públicos*, Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da U.S.P, São Paulo, 2008, p. 228.

³⁴ A. S. ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 696.

Noutro diapasão, boa doutrina entende de modo menos rígido, a exemplo de Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Santos de Aragão. Essa banda entende serem constitucionais e legais as garantias oferecidas nos contratos de PPPs com vistas a estimular o particular a investir.

Assim sendo, a insegurança jurídica que a Lei das PPPs objetivou reduzir fica evidente. Por isso, a necessidade de que a matéria seja submetida ao controle abstrato de constitucionalidade pelo STF a fim de pacificar um entendimento.

Em linhas gerais, pode-se concluir haver razão de ser de tantas garantias como forma de levar aos potenciais investidores a confiança de que receberão o que lhes for devido. Caso contrário, com a percepção de risco que se tem do Poder Público nacional, pouco favorável, dificilmente se convenceriam de contratarem em tão longo prazo como são os contratos de PPPs.

Os aspectos mais controvertidos deste estudo disseram respeito ao art. 8º da Lei das PPPs. No parecer exarado pelo professor Kiyoshi Harada há um exaustivo exame dos incisos I e II do art. 8º da Lei 11.079/2004. Para o professor, ambos os incisos são manifestamente inconstitucionais.

A doutrina não é pacífica quanto a se receita pública pode ser ou não dada em garantia nos moldes do Código Civil. O lado com interpretação mais rígida entende que as receitas públicas são bens públicos indisponíveis, inegociáveis e irrenunciáveis. E que bens públicos são impenhoráveis, inviabilizando a execução direta sobre bens vinculados à dívida. Noutro passo, há inteligência diversa.

Quanto ao FGP, longe de pacífica está a doutrina. Ora se entende que o FGP é uma afronta à Constituição porque institui meio de pagamento diverso do prescrito no art. 100 da CF. Ora se entende não haver afronta alguma porque a execução contra o FGP será privada, eis que privada é sua personalidade e, portanto, privados são seus bens.

Já no que toca às garantias ofertadas pelo particular, não há muita divergência. Assaz razoável exigir do particular que é parte em contratos de PPPs que ofereça garantias de execução do contrato. E mais: que demonstre suas condições de dar cabo ao contrato de modo sustentável.

Indicadores de desempenho, como a conformação às legislações ambiental, trabalhista, previdenciária e tributária, bem assim o seguro de *performance* (*performance bond*), podem ser de grande valia. Mesmo padrões de conduta caros aos países mais desenvolvidos, muito ligados à governança corporativa, como a transparência na atuação e a eficiência na prestação do serviço pelos parceiros privados deveriam também aqui ser adotados.

É cediço que a Administração é grande interessada no sucesso das iniciativas de PPPs. Também é verdade que as exigências feitas pelo Poder Público em relação ao parceiro privado têm o condão de selecionar agentes econômicos aptos a cumprir com suas atribuições contratuais. Estas exigências, se não puderem ser entendidas como

meio de resistência do Poder Público às pretensões dos particulares parceiros, ao menos o sejam como um meio de compensar as exigências feitas por estes mesmos parceiros.

É sabido que o parceiro privado, ao seu turno, não se sujeitaria a embrenhar em projetos de grande vulto e risco como normalmente são os contratos de PPPs sem que receba por parte do parceiro público as garantias que julgam necessárias para abrandar os riscos. A insegurança jurídica, o regime de pagamento por meio de precatórios, fundado na proteção e benefício da Fazenda Pública, as desconfiças político-institucionais, os personalismos políticos e etc., comprometem a credibilidade da Administração.

Quando em pauta a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado, o art. 163, III da CF prevê que a edição de lei complementar disporá sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas. Daí a controvérsia quanto a se o art. 8º não seria formalmente inconstitucional por ter sido veiculado por lei ordinária.

O âmago da discussão gira em torno da vinculação de receitas e à instituição de fundos, consoante disposto nos incisos I e II do art. 8º da Lei 11.079/2004. Para Kiyoshi Harada e Maria Sylvia Zanella Di Pietro ambos os incisos são manifestamente inconstitucionais.

De acordo com esse entendimento, que é muito razoável, a receita pública geral não poderia garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Público em face deste ou daquele credor sem que contrariasse os princípios da impessoalidade e da moralidade previstos no art. 37 da CF. Kiyoshi Harada ainda ressalta que nenhuma receita pública pode ser dada em garantia aos moldes do direito civil.

Ainda nesse diapasão, o inciso II do art. 8º é inconstitucional porque afronta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade dispostos no art. 37 da CF, além dos princípios da quantificação dos créditos orçamentários (art. 167, VII) e da fixação prévia das despesas (art. 167, II).

A constitucionalidade da criação de fundos garantidores, por sua vez, é questionada com fundamento em dois argumentos relevantes: a limitação constitucional da criação de novos fundos à disciplina prévia de lei complementar de suas condições de instituição e funcionamento (art. 165, § 9º, II, da CF) e afronta ao regime dos precatórios (art. 100 da CF).

Parte da doutrina batalha no sentido de que a instituição de fundo sem prévia autorização legislativa é que está sendo vedada, não a instituição de fundo sem que tenha sido editada lei complementar que regule a sua instituição e funcionamento. E, ainda, os fundos garantidores não têm relação com planejamento ou execução orçamentária e, portanto, as restrições em exame não se lhes aplicam.

Outra parte sustenta que segundo o art. 36 do ADCT todos os fundos até então existentes foram extintos, salvo aqueles ratificados pelo Congresso Nacional, e o art. 165, § 9º da CF condiciona a criação de novos fundos à prévia disciplina de lei

complementar. Mas nenhum fundo preexistente foi ratificado pelo Congresso Nacional e não existe ainda lei complementar regulando as condições para a instituição e funcionamento dos fundos.

Já sobre a afronta ao regime dos precatórios, a ala mais flexível da doutrina defende que apenas se sujeitam a esse regime as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, como prevê o art. 100 da CF. Assim, sempre que se tratar de entidade jurídica distinta dos entes federativos não há sujeição ao regime dos precatórios. E também os fundos, quando pessoas de direito privado, não estarão sujeitos ao regime dos precatórios, podendo fornecer garantias com lastro em seu próprio patrimônio.

Já no que tange à contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto, o tema ganha contornos, além de econômicos, também políticos, uma vez que a percepção de risco do Brasil não lhe é favorável. A despeito de dita contragarantia, seguradoras ou instituições financeiras tipicamente privadas adrede não têm tomado partido nos contratos de PPPs. Nesse arcabouço político-econômico ganham relevo os organismos multilaterais.

Em particular é de se assinalar que ademais de o art. 16 da Lei 11.079/2004 ter previsto de modo um tanto quanto nebuloso a criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), o art. 17 da mesma lei determina que o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente pela União.

Tese relevante é a de que o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas será constituído com receitas e bens públicos, oriundos da União, suas autarquias e fundações públicas. Estando essas receitas e bens vinculados a um fundo, não perderão sua natureza pública. E, segundo o art. 100 da CF, os bens da União, autarquias e fundações públicas são públicos. Logo, impenhoráveis. Desse modo, os credores públicos, quando não regularmente pagos, terão de satisfazer-se por meio dos precatórios, na ordem de sua apresentação.

Noutro extremo é defendido que o FGP dará bens e direitos que o integralizaram como garantia do cumprimento das obrigações assumidas por seus cotistas nos contratos de PPPs, de sorte que, no caso de inadimplência, o parceiro privado poderá acionar diretamente a garantia dada pelo FGP (hipoteca, penhor, alienação fiduciária ou qualquer outro contrato de garantia) para satisfazer a dívida, sendo ainda admitida a constrição judicial (penhora, leilão, adjudicação e etc.) de seus bens.

Ainda nesse diapasão, o fundo terá natureza privada e patrimônio distinto de seus cotistas, sujeitando-se a direitos e obrigações próprios, não havendo, portanto, que se falar em sistema de execução de débitos públicos paralelo ao art. 100 da CF.

Como se vê, as teses examinadas neste estudo são todas plausíveis. As controvérsias só fomentam a insegurança jurídica que a Lei 11.079/2004 tanto quis afastar. Desta feita, a submissão da matéria ao controle abstrato de constitucionalidade pelo STF é deveras conveniente.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, 872 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, 1063 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, 800 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, 449 p.
- HARADA, Kiyoshi, *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04*, Parecer publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, nº 3, mar. 2005, pp. 308-315.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, 863 p.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas, função social e exploração econômica de bens públicos*, Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da U.S.P, São Paulo, 2008, 1478 p.
- MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich, *As Garantias dadas ao Particular nas Parcerias Público-Privadas*, Dissertação de Mestrado sob orientação da professora Titular Odete Medauar, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, pp. 39-125.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari, *A Caracterização do Contrato de Concessão após a edição da Lei 11.079/2004*, Tese de Doutorado sob orientação do professor Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, 226p.
- MONTEIRO, Vera, *Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse Novo Modelo de Contratação*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 80-113.
- NEVES, Fernando C. Queiroz – RODRIGUES, Fernando Anselmo, *A Atividade do Tribunal de Contas e a Parceria Público-Privada em Sentido Estrito*, in ALVIM, Arruda – ALVIM, Eduardo Arruda – TAVAROLO, Luiz Antonio (coord.), *Licitações e Contratos Administrativos, uma visão atual à luz do Tribunal de Contas*, 3ª ed., Curitiba, Juruá Editora, 2008, pp. 73-88.
- PESTANA, Marcio, *A concorrência pública na parceria público-privada (PPP)*, São Paulo, Atlas, 2006, 155 p.
- POLTRONIERI, Renato, *Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa*, 1ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2005, 256 p.

RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas Navarro, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada, Fundamentos Econômico-Jurídicos*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2010, 480 p.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 13- 44.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena, *Direito Administrativo das Concessões*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.