



José Ricardo Britto Seixas Pereira Junior

O ESTADO VULNERÁVEL NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico Políticas com ênfase em Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação da Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

2016



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O ESTADO VULNERÁVEL NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

JOSÉ RICARDO BRITTO SEIXAS PEREIRA JÚNIOR

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de Ciências Jurídico Políticas com ênfase em Direito Constitucional sob a orientação da Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

COIMBRA
2016

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a meus amados filhos, Davi e Julia. Que os ensinamentos adquiridos em Portugal possam, de alguma forma, contribuir para a construção de um Brasil melhor.

AGRADECIMENTO

Agradeço a DEUS por ter permitido a conclusão desta jornada.

Agradeço aos meus pais pela dedicação e investimento na minha educação que rende frutos até hoje.

Agradeço a Advocacia Geral da União por ter permitido esta capacitação e a todos os colegas que incentivaram e contribuíram com ideias.

Agradeço a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, seus professores e funcionários pela acolhida. Agradeço especialmente a professora Suzana pela efetiva e célere orientação, compreensão e sabedoria compartilhada.

Agradeço aos familiares e amigos de hoje, de ontem, de sempre, do lado de lá e do lado de cá do Atlântico pela torcida, incentivo e companhia.

Por fim, compartilho o êxito do projeto a minha amada e sempre presente esposa Thais.

*Foi bonita a festa, pá
Fiquei contente
Ainda guardo, renitente
Um velho cravo para mim*

*Já murcharam tua festa, pá
Mas certamente
Esqueceram uma semente
N'algum canto do jardim*

*Sei que há léguas a nos separar
Tanto mar, tanto mar
Sei também quanto é preciso, pá
Navegar, navegar*

*Canta a primavera, pá
Cá estou carente
Manda novamente
Algum cheirinho de alecrim*

CHICO BUARQUE DE HOLANDA
TANTO MAR

“O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transformação, porque passam no espírito que as assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. ”

RUY BARBOSA
ORAÇÃO AOS MOÇOS

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a possibilidade da Administração Pública, detentora das chamadas prerrogativas públicas, ser considerada vulnerável nos contratos de parcerias público-privadas. Para tanto, será apresentado a evolução histórica da Administração Pública e a desnecessidade de utilização de um direito imperial em favor do Estado nos dias atuais de forma a impactar na concepção tradicional de contrato público. Em sequência, será apresentado o conceito e características das parcerias público-privadas e realizada uma análise das vulnerabilidades da Administração no atual contexto de uso recorrente destas parcerias, com indicação de medidas que podem ser adotadas em resguardo ao erário.

ABSTRACT: This paper discusses the possibility of Public Administration be considered vulnerable in the contracts of public-private partnerships. Therefore, the historical evolution of Public Administration will be presented and will be suggested that there's no need to use public authority in public contracts. In sequence, will be presented the concept and characteristics of public-private partnerships and carried out an analysis of the current management of vulnerabilities as a consequence of the current recurrent use of these partnerships, identifying measures that can be adopted in guard to the public treasury.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Evolução Histórica. Contratos Públicos. Parceria Público-Privada. Vulnerabilidade. Medidas de proteção.

KEY WORDS: Public administration. Historical Evolution. Public Contracts. Public Private Partnerships. Vulnerability. Protective actions.

ABREVIATURAS

AGU – Advocacia Geral da União do Brasil
BOT – *Build, Operate and Transfer*
BOOT- *Build, Own, Operate and Transfer*
CCP – Código dos Contratos Públicos de Portugal
CDC – Código de Defesa do Consumidor brasileiro
CF – Constituição Federal do Brasil
CRP - Constituição da República Portuguesa
CPA - Código de Procedimento Administrativo de Portugal
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
DBFO – *Do, Build, Finance, Operate*
DBOT - *Do, Build, Operate and Transfer*
DCMF - *Design, Construct, Manage and Finance*
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias brasileira
LDC- lei de Defesa do Consumidor de Portugal
LOA – Lei Orçamentária Anual brasileira
NPM - *New Public Management*
ONGs – Organizações Não Governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
PIB - Produto Interno Bruto
PFI - *Project Finance Initiative*
PPA – Plano PluriAnual
PPP – Parceria Público Privada
SCUTs - Sem Custos para os Utilizadores
SPE – Sociedade de Propósito Específico
STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil
STN – Secretaria do Tesouro Nacional do Brasil
UE – União Europeia
VfM – *Value for Money*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I-APROXIMAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO.....	13
1. Conceito de Estado e Administração Pública.....	13
2. Evolução histórica da administração pública a partir do surgimento do Estado moderno.....	14
2.1. Surgimento do Estado moderno. Administração pública burocrática.....	15
2.2. Revolução industrial. Criação da ciência da administração. Intervenção do Estado na economia.....	22
2.3. Estado regulador. Administração pública gerencial com busca pelos modelos privados.....	24
2.4. Contexto atual.....	26
3. Origem das PPPs.....	29
II- CONTRATOS PÚBLICOS. POSIÇÕES JURÍDICAS SUBSTANTIVAS DA ADMINISTRAÇÃO NOS CONTRATOS.....	35
1. Reflexão sobre a posição contratual do Estado.....	35
2. Conceito de contrato público. Necessidade de superação da dicotomia entre contrato de direito público e direito privado.....	39
3. Características dos contratos públicos.....	48
3.1 Presença da Administração Pública e consensualidade.	48
3.2 Tendência de maior discussão dos termos dos contratos públicos. Mutabilidade em favor de ambas as partes.....	53
3.3. Prerrogativas públicas como normas protetivas.....	59
4. Posição jurídica substantiva da Administração no direito Luso-Brasileiro.....	62
4.1 Aplicabilidade de regime jurídico privado nos contratos públicos.....	67

III- A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VULNERÁVEL NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	70
1. Conceito de PPP.....	70
2. Características, vantagens e desvantagens das PPPs.....	74
3. O Estado vulnerável nas PPPs.....	80
3.1 Ineficácia dos poderes contratuais públicos	81
3.2 Vulnerabilidades externas.....	84
3.2.1 Vulnerabilidade informacional.....	84
3.2.2. Vulnerabilidade econômica.....	89
3.3. Vulnerabilidades internas.....	91
3.4. Vulnerabilidade contratual.....	96
4. Propostas para mitigar a vulnerabilidade estatal nas PPPs.....	102
4.1 Uso do comparador do setor público e responsabilização dos agentes públicos.....	102
4.2 Redução do déficit informacional. Capacitação do corpo técnico estatal. Uso de técnicas de regulação.....	105
4.3 Atenção a redação e interpretação das cláusulas contratuais.....	107
4.4 Possibilidade de uso da teoria da imprevisão de direito público.....	111
4.5 Possibilidade de uso da teoria da onerosidade excessiva de direito privado.....	113
IV- CONCLUSÃO.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	119

INTRODUÇÃO

O direito público é o ramo da ciência jurídica que estuda os vínculos de subordinação e supra ordenação entre o Estado e os particulares ou entre os órgãos e entidades estatais.

Aprende-se nos primeiros dias da licenciatura em direito que, no direito público, as normas são imperativas; em contrapartida, no direito privado, as normas são dispositivas e produzem efeitos desde que não haja acordo ou contrato prévio entre as partes. Por outro lado, a relação mais frequente no direito público é a de desigualdade (o poder público está numa posição soberana, daí a designação *imperium*), ao passo que, no direito privado, as relações são de igualdade, decorrendo o princípio da subordinação ao acordo entre as partes iguais (*pacta sunt servanda*).

A seu turno, o ensino jurídico tradicional do direito administrativo luso-brasileiro fundamenta toda a sua teoria com base em dois princípios: o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. Com base nestes dois princípios geradores que conferem prerrogativas e restrições, sucedem todas as demais regras e princípios relativos ao processo administrativo, licitação, desapropriação, concurso público, tombamento, etc....¹

Ocorre que a função administrativa do Estado compreende administrar bem, com eficiência, gerindo a “máquina pública” e o que se percebe, para os estudiosos da ciência da administração *stricto sensu*, é uma aproximação da administração pública com a administração privada que resulta na criação de metas, incorporação de conceitos de marketing, busca de inovação e desburocratização; em clara superação do modelo weberiano e gerencial que implica na construção de um modelo de administração pública *pós gerencial*, onde o estado é “piloto” da economia e, ao mesmo tempo, percebe-se o estado fragilizado perante as multinacionais e interesses supranacionais.

¹ Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009: 45) fala em *bipolaridade* da legalidade x supremacia do interesse público.

Sob a ótica da ciência da administração pública, nota-se grande aridez doutrinária, o que nos leva aos ensinamentos de Henry Mintzberg (2000) que afirma que a distância entre a administração pública e privada se assemelha a uma ferradura de modo em que ambas as ciências estão em extremos opostos mas que, ao mesmo tempo, se aproximam.

Para Mintzberg (2000), não existe um modelo de administração – pública ou privada – que seja melhor do que o outro. A administração privada não é tão boa nem a administração pública é tão ruim quanto parecem. A administração privada pode aprender com a administração pública e vice-versa.²

Nesta aridez doutrinária também merece menção o surgimento do conceito de *new public management*, que alimentou a crença de que o setor privado possui o modelo ideal de gestão, cabendo a incorporação destes conceitos pela administração pública. Assim, o conceito de *new public management* defende que, para melhorar a redação das políticas públicas, deve haver foco em metas e ser diminuída a incerteza; excluída a subjetividade; aumentada a previsibilidade.

Este novo conceito de administração impactou o direito na medida em que implicou em uma tentativa de *privatização* do direito público que foi acompanhada de uma constitucionalização e *publicização* de direitos civis gerais, alçados a condição de direitos fundamentais.

Por outro lado, ao menos na Europa, vê-se o estado cada vez mais ausente na iniciativa econômica e, diante da globalização e europeização em menor e maior escala, supressão das soberanias nacionais em matérias econômicas que são transferidas para organismos multinacionais.

Tais mudanças de gestão pública, conceito e papel do Estado afetam diretamente o conceito tradicional de direito administrativo que se encontra em claro processo de atualização, cada vez mais vinculado às decisões econômicas e de gestão.

Neste sentido, merece menção os ensinamentos da professora Suzana Tavares da Silva (2010: 17/20) ao afirmar que, depois do “vendaval” das propostas de aplicação das

² Omar Guerrero (1981: 52/53) afirma que o estudo da administração pública fracassou porque não foi observada a história como fonte de conhecimento. Fracassou porque o estudo e o objeto ficaram separados. A crise de identidade que passa a administração pública consiste de um claro divórcio dos cientistas com a matéria objeto de estudo. A crise consolidou-se na década de 1950 quando política e administração foram identificadas como ciência e a administração pública foi esquecida.

ciências sociais às normas jurídicas e da análise econômica do direito, chegou o tempo de os juristas “deitarem mãos à obra” e “começarem a arrumar a casa”, tentando recolocar o direito no centro da decisão, embora um direito que é necessariamente diferente, por ter assimilado todos os contributos antes mencionados.

Prossegue a professora:

“É este novo modo de produção, interpretação e aplicação do direito que está na base das interrupções do princípio da legalidade como base de sustentação das actuações administrativas, pondo em crise o método tradicional do direito administrativo.

De facto, fenómenos como a ‘escolha do direito’ (fórum shopping) ou o exercício de “poderes administrativos inatos” constituem actualmente realidades novas para as quais é necessário delinear soluções que garantam, pelo menos em termos de resultado final, a verificação das diversas dimensões que estiveram na origem do Estado de Direito. Trata-se, no fundo, de contrariar o gap institucional e o déficite democrático determinados pelo facto de a globalização econômica não ter sido acompanhada (pelo menos a um ritmo próximo) de uma globalização político-democrática.

O direito administrativo global inscreve-se num esquema de “*governance without government*” (expressão de Rosenau³) ou, se preferirmos, de “cooperação sem soberania” (fórmula de Cassese⁴), segundo o qual as soluções para promover o interesse público são alcançadas a partir de esquemas de coordenação dos diversos interesses conflitantes, o que significa que este modelo acarreta consigo um novo tipo de estruturas normativas formadas a partir da interacção e complementação entre o Estado (tradicional titular deste poder) e a Sociedade.”

Neste contexto conturbado e incerto, onde nota-se um Estado fragilizado e vulnerável, surge a reflexão: será que o direito administrativo tradicional protege de forma eficiente o Estado? Será que o princípio da supremacia do interesse público e todos os seus desdobramentos coercitivos mostram-se eficientes e eficazes para um Estado atravessando uma *crise de soberania*?

³ ROSENAU, James N., *Governance without government: order and change in world politics*.

⁴ CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, 2009.

A reflexão se mostra ainda mais pertinente em um contexto de uso recorrente das Parcerias Público–Privadas (PPPs) em que o Estado compartilha o risco de determinado empreendimento com parceiros privados sem possuir, em regra, *expertise* no negócio que se propõe e, por consequência, coloca-se em uma posição de vulnerabilidade, sujeito a riscos contratuais que impactam toda a sociedade e afetam o equilíbrio do orçamento público.

Na realidade, a dinâmica contratual específica da abordagem PPP, com seu feixe de contratos, além de construir uma prova insofismável da renovação do instituto e do seu vigor no momento atual, coloca as parcerias no *mainstream* do novo ativismo contratualista. (AZEVEDO, 2009: 432)

Ademais, somente agora o Estado brasileiro, após a celebração dos recentes contratos de parceria para viabilização das olimpíadas e da copa do mundo de futebol, vem se deparando com os problemas contratuais desta relação e constatando a sua vulnerabilidade negocial, o que demonstra a atualidade deste estudo.

Neste cenário, o presente trabalho abraçou o desafio de navegar por diversos ramos do direito público e privado, economia e gestão; com uma reflexão acerca do papel do Estado na sociedade atual traçando o ponto de interseção entre estes ramos, supostamente contraditórios após a revolução francesa, numa situação de vulnerabilidade do Estado nos atuais instrumentos contratuais.

Assim, no primeiro capítulo é apresentado a teoria conceitual do Estado como pessoa jurídica bem como de Administração Pública. É relatado um breve histórico do surgimento do direito público no direito comparado a partir da revolução francesa com suas implicações consubstanciadas em prerrogativas e restrições e suas atuais *fugas para o direito privado*⁵, com as consequências na ciência da administração pública e economia, demonstrando suas respectivas interdependências e evoluções para, então, ser apresentada a origem das PPPs.

⁵ Maria João Estorninho (1996: 11) informa que a expressão *fuga para o direito privado* deve-se a FRITZ FLENER V. <*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*>, 8^a edição, Ed. Mohr, (Paul Siebeck), Tubingen, 1928, p. 326.

No segundo capítulo serão apresentados o conceito e as características do *contrato público*, historicamente fundado no princípio da supremacia do interesse público, que implica em um regime supostamente exorbitante do direito civil, com a criação das chamadas *prerrogativas públicas*. Contudo, será abordada a tendência atual de releitura destas prerrogativas públicas como sentido de normas protetivas e não impositivas, irmanadas com o dever de busca de consenso; a *crise do ato administrativo*⁶; e a possibilidade de *requiem pelo contrato administrativo*⁷ haja vista a inexistência de diferenças entre o direito público e o direito comum no que se refere aos contratos, demonstrando o contexto atual de *privatização* do direito público.

No terceiro capítulo será apresentado o conceito de Parceria Público-Privada e suas características. Após, serão apresentadas as vulnerabilidades do Estado nas PPPs e sugeridas medidas que devem ser adotadas para minorar tais riscos.

No quarto capítulo serão apresentadas as conclusões da pesquisa.

⁶ Conforme obra de Vasco Pereira da Silva (2003).

⁷ Conforme obra de Maria João Estorninho (1990).

I- APROXIMAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO.

1. Conceito de Estado e Administração Pública.

A expressão “Estado” possui diversos sentidos e conotações, ora para indicar sociedades, ora para indicar um órgão particular da sociedade, por exemplo, o governo, uma nação ou território que eles habitam. Essa variedade de objetos que o termo comumente denota, torna difícil defini-lo de forma ampla e exclusiva.

Para os que estudam teoria geral do Estado, este é definido como a ordem soberana sobre todos os indivíduos sob determinado território que lhe pertence, de modo a opor-se a um mundo sem lei e sem regras para ditar a conduta dos indivíduos. Dalmo de Abreu Dallari (2006: 119) conceitua o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.

Neste trabalho adotamos o conceito de Kelsen. Segundo o doutrinador austríaco naturalizado americano⁸, a conceituação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação.^{9 10}

Definido o conceito de Estado conforme a fórmula de Kelsen, passamos ao termo Administração Pública que se confunde com o próprio Estado ou se refere a ciência da administração pública, desdobramento da ciência da administração¹¹ que trata da gestão do Estado.

O administrativista brasileiro Hely Lopes Meirelles (2008: 65) concebe a Administração Pública como sendo, em sentido formal, o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; e, em sentido material, o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução do inglês por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 261.

⁹ Kelsen (2000: 140) define corporação como “um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõem”.

¹⁰ Diogo Freitas do Amaral (2006: 221) informa que no direito administrativo português a figura do *Estado-administração* é uma entidade jurídica de per si, ou seja, uma pessoa coletiva pública como muitas outras.

¹¹ Segundo Vieira de Andrade (2013, 9) a administração significa uma gestão de recursos escassos, através do funcionamento de uma organização para a obtenção de utilidades segundo opções racionais que foram pré-definidas.

Para Diogo Freitas do Amaral (2006: 25), quando se fala em Administração Pública, tem-se presente todo um conjunto de necessidades coletivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela coletividade, através de serviços por esta organizados e mantidos.

Assim, a Administração Pública age em nome do Estado sendo, numa visão geral, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Reconhecendo os conceitos amplos sobre assunto, José Matias Pereira (2009: 62) designa a Administração Pública como um conjunto de serviços e entidades incumbidos de concretizar as atividades administrativas, ou seja, da execução das decisões políticas e legislativas.^{12 13}

2. Evolução histórica da administração pública a partir do surgimento do Estado moderno.

Firmado o conceito de Estado e de Administração Pública, para apresentarmos o problema objeto do presente estudo faz-se necessário uma retrospectiva da evolução do Estado desde o surgimento do conceito de Estado moderno até os dias atuais de modo a demonstrar a interdependência e auto influência das ciências do direito, da administração pública^{14 15} e da economia que culminaram no atual contexto de vulnerabilidade específica do Estado nos contratos de PPPs.

¹²No âmbito público, Di Pietro (2002:54) admite que a expressão Administração Pública pode ser compreendida em sentido subjetivo, formal ou orgânico e em sentido objetivo, material ou funcional: “a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo”. Segundo a doutrinadora, a Administração Pública também pode ser compreendida em sentido amplo ou em sentido restrito: “a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política”.

¹³ Sobre o tema Vieira de Andrade (2013: 9/14) e Diogo Freitas do Amaral (2006: 25/48).

¹⁴ Omar Guerrero (1981: 29) afirma que a administração pública é um produto histórico do capitalismo. Malgrado suas origens se encontrem antes da sociedade medieval, no modo de produção asiático, é no capitalismo que toma sua forma mais pura e avançada, onde alcança sua peculiaridade e se converte em objeto de estudo.

¹⁵ Podemos definir administração pública a partir da demarcação de suas fronteiras como a partir de onde termina a política até onde começa a sociedade. A administração pública nasce como disciplina a partir da

Não se pretende neste capítulo um estudo pormenorizado de quase três séculos de história e seus múltiplos desdobramentos. Contudo, o tópico tem relevância na medida em que traz esta abordagem de interdependência multidisciplinar, que passa ao largo da doutrina específica de cada ciência e aponta o atraso no desenvolvimento da ciência da administração pública muito em razão das amarras postas pelo modelo weberiano e da necessidade de ruptura com o modelo patrimonialista, emoldurados pelo direito público.

Com a criação do conceito de administração pública gerencial, focada em metas e com maior flexibilidade administrativa, a ciência jurídica, através dos estudiosos de direito público, deve voltar-se a suas origens e verificar se a mudança do modo de relacionamento do Estado com a sociedade - transição do regime privado comum para um regime público específico - não foi um erro que deve ser corrigido na atual conjuntura.

Já o Brasil e Portugal, de forma entrelaçada^{16 17}, implementaram, cada um a seu tempo, as suas respectivas repúblicas mais de cem anos após a revolução francesa, recebendo as influências de cada sistema jurídico em cada contexto histórico sem um papel pioneiro na inovação da economia ou da administração, motivo pelo qual não lhe serão conferidos destaques específicos.

2.1. Surgimento do Estado moderno. Administração pública burocrática.

Apesar de diversas obras clássicas sobre teoria geral do Estado, entre estas os ensinamentos de Maquiavel¹⁸, Thomas Hobbes¹⁹ e John Locke²⁰; para as finalidades desta pesquisa, como marco histórico inicial, merece um parágrafo específico os ensinamentos de Rousseau e Montesquieu.

distinção entre política e administração e seu esquema teórico consiste nesta dicotomia. (GUERRERO, 1981: 36 e 39)

¹⁶ O período de 1808 a 1889 marca história do Brasil com a chegada do rei de Portugal ao Brasil em fuga das tropas napoleônicas; o regresso do primeiro rei brasileiro, D. Pedro I, em 1822, para assumir o trono português como D. Pedro IV por curto período e o surgimento da República no Brasil.

¹⁷ Portugal tornou-se república em 1910 após o período de monarquia constitucionalista iniciado em 1822 com o regresso de Dom Pedro IV que era defensor do liberalismo.

¹⁸ Enquanto sociedade política permanente, a denominação Estado surge pela primeira vez no século XVI na obra “*o príncipe*” de Maquiavel. (CARVALHO FILHO, 2005: 1). Na obra, escrita em um contexto de formação do Estado italiano, Maquiavel defende a centralização do poder político na figura do príncipe.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Inglaterra, 1651.

²⁰ John Locke, *Segundo tratado sobre o governo civil*.

Jean Jacques Rousseau, na obra “*o contrato social*”²¹, afirma que o homem é naturalmente bom, sendo a sociedade, instituição regida pela política, a culpada pela “degeneração” dele. O contrato social para Rousseau é um acordo entre indivíduos para se criar uma sociedade, e só então um Estado, ou seja, o contrato é um pacto de associação, não de submissão.

Já Montesquieu, na obra “*o espírito das Leis*”²², lança a teoria da tripartição dos poderes do Estado nas funções típicas de legislativo, executivo e judiciário e apregoa a função protetora da Lei, inclusive contra o Estado²³.

A partir dos ensinamentos destes e de outros pensadores clássicos, foi desenvolvida toda a geral do Estado moderno que contribuiu com a superação do modelo monárquico absolutista cujo marco simbólico é a revolução francesa de 1789 antecedida da revolução americana de 1776.

No modelo de Estado das monarquias absolutistas, todo o poder pertence ao soberano por origem divina, a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos.

Neste período o direito público²⁴ se esgotava em único preceito jurídico que estabelece um direito ilimitado para administrar pelo monarca, estruturado sobre os princípios segundo os quais *quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire* (PIETRO, 2002: 23).

Na economia, a doutrina mercantilista era a orientadora do Estado Absoluto e se caracterizava por ser um conjunto de práticas econômicas desenvolvidas pelos Estados, entre estas: a acumulação de metais preciosos, como ouro e prata; a alta cobrança de impostos,

²¹ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Paris, 1762. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 31 jul. 2015.

²²MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *Do espírito das Leis*. Paris, 1748. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em 31 jul. 2015.

²³ A obra, trata de examinar 3 tipos de governo, a República, a Monarquia e o Despotismo, onde explica, com visão bem globalizada para a época, que as leis que governam o povo devem levar em consideração o clima, a geografia e outras circunstâncias gerais, e que, também as forças que governam devem ser separadas e balanceadas para garantir os direitos individuais e a liberdade. Para tanto, a obra foi uma das inspirações da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa.

²⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro (2002: 24) aponta algumas obras de glosadores da idade média nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e fiscal. Para estudo do tema, indica a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 d.c.) que abordou os três últimos livros do código justiniano e o *Liber Constitutionis*, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231.

conjuntamente com o avanço das exportações; e a restrição das importações para obtenção de uma balança comercial favorável.

Já a administração pública foi conceituada como do tipo *patrimonialista* haja vista que os governantes consideravam o Estado como seu patrimônio, numa total confusão entre o que é público e o que é privado. A *res publica* não era diferenciada da *res principis*.

Com a estruturação do Estado moderno surgido da tomada de poder da burguesia contra a nobreza, fundada no princípio da legalidade, onde até os governantes se submetem a lei, e a implementação da administração pública burocrática²⁵ fundada em controle de métodos e procedimentos²⁶ de modo a sepultar todo resquício da administração pública patrimonialista, desenvolve-se o direito público em seus diversos ramos de modo a regular e controlar, por lei, a atuação estatal.

Uma das facetas deste novo direito público é o surgimento de normas restritivas ao poder do Estado em favor dos cidadãos consubstanciadas nos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão que basicamente resguardam a vida, a liberdade e a propriedade.²⁷

²⁵ Reconhecido como mais notável teórico sobre a temática, não há como referir-se à burocracia sem discorrer sobre o pensamento de Max Weber que analisou o Estado sob a ótica de uma instituição burocrática visto que este é parte da sociedade e, em uma relação de direito, é soberano. Weber apontou como características básicas comuns de toda burocracia: a prescrição das atividades de cada órgão necessárias à consecução dos fins e a distribuição estável e estrita da autoridade entre os agentes encarregados da execução (OLEA, 1982:144). Weber distinguiu várias características que podem ser reduzidas, por conveniência, a quatro principais. Assim, a *administração burocrática* caracteriza-se pela: 1. *hierarquia* (cada funcionário possui atribuições previamente estabelecidas dentro da divisão de trabalho hierarquicamente estruturada e é responsável pelo seu cumprimento, sendo as suas funções controladas por um superior); 2. *continuidade* (a repartição constitui uma ocupação remunerada a tempo inteiro, com uma estrutura de carreira que oferece perspectivas de promoção regular, baseada em sua capacidade técnica e no seu desempenho); 3. *impessoalidade* (o trabalho é conduzido segundo regras prescritas sem arbitrariedades ou favoritismo, no qual o funcionário limita-se a cumprir as suas tarefas, e existe um registro escrito de cada transação); 4. *competência* (os funcionários são selecionados de forma racional conforme o mérito, são treinados para as funções e controlam o acesso aos conhecimentos reunidos nos processos). (CUNHA, 2015)

²⁶ A preocupação da administração pública burocrática estava mais fundada na limitação do poder, com uma ênfase proibitiva que dificultava o gerenciamento público.

²⁷ Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista do Séc. XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positividade das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas do mundo ocidental. (SARLET, 2007: 54)

No âmbito econômico, com base na doutrina de Adam Smith²⁸, surge como expressão dos liberais a máxima *laissez-faire, laissez passer*^{29 30}, de modo a reforçar que o mercado deveria funcionar sem a interferência estatal.

Desta forma, é característica do Estado Liberal o seu minimalismo. Este não intervinha na economia de modo a confirmar a liberdade do mercado e a tomada de poder pela burguesia. O Estado era responsável somente por desenvolver atividades referentes à segurança, justiça e a prestação de serviços ditos essenciais porque ambos seguiam diferentes caminhos.³¹

Assim, o Estado, que atuava e se relacionava na sociedade por meio de regras e instrumentos comuns³² aplicáveis a toda a população (ainda que sujeito a alteração unilateral do poder soberano do monarca), passou a ter regras próprias e exclusivas para regular a sua atuação estatal que era restrita e limitada.

Esta transição do uso do direito privado para o direito público pela Administração é repleta de contradições que demonstram os desdobramentos da revolução francesa

²⁸ No ano de 1776 é publicado o livro *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, que traz uma investigação sobre a natureza e a causa das riquezas das nações, além de analisar as sociedades comerciais e os problemas na repartição do trabalho, na distribuição de renda e no acúmulo de capital. Defendia Smith que o Estado só deveria atuar na economia quando a iniciativa privada não tivesse interesse em desenvolver a atividade, ou quando fosse impossível a prestação do serviço em regime concorrencial, sendo inevitável o monopólio estatal.

²⁹ *Laissez-faire* é hoje expressão-símbolo do liberalismo econômico, na versão mais pura de capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência, apenas com regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade.¹ Esta filosofia tornou-se dominante nos Estados Unidos e nos países da Europa durante o final do século XIX até o início do século XX.

³⁰ É parte da expressão em língua francesa "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "deixai fazer, deixai ir, deixai passar". A sua origem é incertamente atribuída ao comerciante Legendre, que a teria pronunciado numa reunião com Colbert, no final do século XVII (*Que faut-il faire pour vous aider?* perguntou Colbert. *Nous laisser faire*, teria respondido Legendre). Mas não resta dúvida que o primeiro autor a usar a frase *laissez-faire*, numa associação clara com sua doutrina, foi o Marquês de Argenson por volta de 1751. (KEYNES, 1926)

³¹ Sobre o tema, Vital Moreira, *O Estado (des)regulador*, 2014.

³² Pedro Gonçalves (2003: 12/13) informa que até o século XIX, a atuação da Administração fazia-se em geral através das formas e dos processos do direito privado. No final do século XIX inicia-se uma fase que a doutrina qualifica por fase ou época da grande publicização (Marco D'Alberti) caracterizada pela sujeição da atividade administrativa a uma nova disciplina jurídica, o direito administrativo. Ao mesmo tempo inicia-se um processo de marginalização do direito privado (Giannini), sendo mais ou menos notória a pretensão de fazer do (novo) direito administrativo o "único direito da Administração Pública", objetivo que nunca foi alcançado.

inerentes às resistências sociais do novo regime que somente foram superadas por vias transversas e que permanecem repercutindo nos dias de hoje, impactando na evolução do direito público e da administração pública.

Uma destas contradições é a manutenção do Estado como ente superior, detentor de uma série de prerrogativas que precisam ser controladas e contrabalanceadas por meio de outra série de restrições e garantias, entre elas os direitos fundamentais. Assim, o novo regime sucedeu as classes privilegiadas do regime anterior no papel de homem de negócios públicos, tendo herdado suas prerrogativas.

Nas palavras de Harriou³³, o sistema autoritário do ano VIII teria aperfeiçoado suas formas para continuar os “valiosos serviços” prestados pela monarquia absoluta e pela aristocracia do antigo regime.³⁴ (BUCCI, 2006: 43 e 44) Ou seja, subjugou-se um poderoso, porém outro ocupou esta posição de poder com as limitações e proteções dos direitos fundamentais de primeira dimensão criados em favor da burocracia revolucionária.

Na época, para justificar as competências da justiça administrativa recém-criada, foi desenvolvida a teoria de separação dos atos de império³⁵ e de gestão. Os atos de império eram aqueles que o Estado praticava no uso de prerrogativas de autoridade, impondo-o unilateralmente aos cidadãos, independentemente de pronunciamento judicial. Estando, dessa forma, sujeitos à jurisdição administrativa. Por outro lado, os atos de gestão eram aqueles praticados no exercício de suas atividades, sem qualquer privilégio, agindo no uso de prerrogativas comuns a qualquer cidadão, na conservação e realização de seus serviços.

Essa separação deu origem a uma divisão dos contratos submetidos ao *direito público* e outros, submetidos ao *direito privado*. Tal divisão originariamente decorreu da necessidade de subtrair da competência dos tribunais *comuns*, ligados ao regime anterior, as

³³ Harriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, 4. Edição, Paris, Sirey, 1938, página 7 (*apud* Bucci, 2006: 44).

³⁴ Outra contradição histórica a ser destacada é que, após curtos dez anos de extinção da monarquia, a França passou a ser comandada por Napoleão através de um golpe de Estado com necessidade de instrumentos para amparar tal supremacia.

³⁵ Lembremos que Napoleão detinha o título de imperador, o que justifica a denominação.

decisões político administrativas do novo regime francês. Uma vez subtraída aos tribunais comuns, a Administração acabou também por ser subtraída ao direito civil.^{36 37}

Assim, em razão de regras jurídicas criadas pelos juízes administrativos franceses, assentou-se a ideia de uma dualidade estatal que se expressava pela concepção destes atos de império e atos de gestão (ESTORNINHO, 1990: 25). O Estado, ora agia como pessoa pública dotada de prerrogativas e supremacia exercendo uma função pública quando, então, os seus atos estavam sujeitos ao direito administrativo, ora agia como pessoa privada, quando então igualava sua ação ao cidadão comum, agindo sob regras de direito privado. (CAMPOS, 2009)

No mesmo período, constamos experiências diferentes da evolução do chamado direito público e o modo de relacionamento e regulação do Estado moderno.³⁸

Se na França o direito público nasce com a revolução, rompendo com o sistema anterior, na Alemanha a evolução para o Estado moderno evoluiu de forma lenta e gradual.

No direito alemão, já na idade média, a proteção jurídica para a autoridade e para o particular era a mesma, ambos se sujeitando ao mesmo tribunal cabendo, no entanto, uma série de prerrogativas ao príncipe em favor da coletividade. Para se combater qualquer abuso, elaborou-se a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao Fisco, que teria personalidade de direito privado de modo a submeter-se aos Tribunais. Assim, muitas das relações jurídicas em que a Administração Pública era parte foram regidas pelo direito civil e submetidas a tribunais independentes. (PIETRO, 2002: 30)³⁹

³⁶ José Cretella Júnior (2002) aponta como marco desta ruptura o *caso Blanco*, ocorrido em 1873 na cidade francesa de Bourdeaux, em que uma lide referente a um atropelo de uma criança, Agnès Blanco, por uma vagonete pública foi decidida em termos publicísticos, colocando de lado a legislação comum, *in casu*, o código de Napoleão. Tal caso foi marcante por caracterizar a experiência francesa de criação da justiça administrativa que afastou do poder judiciário comum, vinculado ao regime anterior, as questões administrativas do novo regime. Da mesma forma CASSESE (1994,19). Este marco demonstra, desde já, que a criação do direito administrativo surgiu em decorrência da necessidade de *deslocamento de foro*.

³⁷ ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, 1990, fl. 21/25.

³⁸ Sobre o tema: GOODNOW, Frank J. *Derecho administrativo comparado. Análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*. Madrid, La España Moderna, s.d. e CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Tradução Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 81/94.

³⁹ Eduardo García de Enterría. (Curso de derecho administrativo, volume I, p. 26) explica que: *Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Publico, com la necesidad de*

Já na Inglaterra e nos Estados Unidos, a Administração Pública não possuía privilégios jurisdicionais especiais. Os Estados Unidos inspiraram-se ainda mais fortemente pela rejeição de intromissão do Estado na vida privada dos cidadãos, demonstrando, desde o seu surgimento, uma crença no liberalismo econômico o que motivou uma resistência⁴⁰ ao desenvolvimento do direito público e impulsionou as reformas do atual modelo de *New Public Management*.

Para Dicey (1885: 264/265) a supremacia do *rule of law* impediu o reconhecimento de privilégios e prerrogativas do Estado e a supremacia do direito comum.⁴¹

Assim, o modelo francês, apesar de ser o pioneiro e conturbado, não foi o único caminho percorrido pelos Estados em superação ao absolutismo.⁴² ⁴³Tal diversidade⁴⁴, em razão da globalização, implica no atual momento de indefinição sobre qual o modelo mais apropriado de gestão da administração pública e, por consequência, do direito administrativo.

abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan em Alemania em una aportación capital, sin duda tomada em préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica (ALBRECHT, GERBER, LABAND y JELLINEK). El Estado sería, ente todo, una persona jurídica y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así – disse GERBER – em el presupuesto de toda construcción jurídica del Derecho Público.

⁴⁰ Maria Paula Dallari Bucci (2006: 79) registra que existe uma certa antipatia, um estranhamento recíproco, entre os autores provenientes dos países de cada modelo, e não uma divergência seriamente fundada. Os estudiosos da Inglaterra e Estados Unidos tendiam a ver o regime de direito administrativo, enquanto regime especial da administração pública, como algo bizarro, enquanto os doutrinadores de influência francesa procuram brechas na igualdade propalada pelos anglo-americanos, deixando de perceber os avanços no trato da coisa pública.

⁴¹ Sobre o tema: James W. Garner *A concepção americana do direito administrativo* (1929: 337/385)

⁴² Diogo Freitas do Amaral (2006: 99) aponta que existem três tipos fundamentais de sistemas administrativos: o sistema tradicional (patrimonialista); o sistema britânico e o sistema francês.

⁴³ Vieira de Andrade (2013: 37/38) informa que no panorama europeu encontra-se, fundamentalmente, dois sistemas de administração:

- 1) O sistema executivo ou sistema de ato administrativo, tradicional na Europa continental que se caracteriza por ser: a) centralizado e hierarquizado; b) reconhece poderes de autoridade a Administração; c) outorga o privilégio de execução administrativa; d) vincula a atuação administrativa a um conjunto de regras legais; e) possui autonomia aos tribunais comuns.
- 2) O sistema judicial, originário da Inglaterra, que se caracteriza por: a) uma organização administrativa descentralizada; b) subordinação da administração ao direito comum; c) subordinação da administração ao Poder Judiciário comum.

⁴⁴ Sobre o tema: CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Tradução Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

2.2. Revolução industrial. Criação da ciência da administração. Intervenção do Estado na economia.

Conquistado o poder econômico pela burguesia, superado o Estado absolutista com a imposição de restrições através de Leis e ausência de intervenção estatal, sobreveio a revolução industrial⁴⁵ que implicou em crescimento econômico e em desigualdades sociais decorrentes da substituição da força de trabalho manual.

Na mesma época, a ciência da administração *stricto sensu* iniciou o seu desenvolvimento através das ideias de Taylor, Ford e Fayol que viam o ser humano como ferramentas do processo produtivo, o que agravava a situação social em uma época, repita-se, de liberalismo econômico.

Diante deste quadro aflitivo, o direito passa a criar as normas de pacificação e proteção social consubstanciadas nos direitos fundamentais de segunda dimensão⁴⁶. Assim, o modelo de mercado e Estado Liberal entra em crise e passa a dar lugar ao Estado Social, ou do Bem-Estar Social, ou Welfare-State, ou, ainda, Intervencionista, um tipo de Estado que promove a proteção social e organiza a economia⁴⁷. Este atua como um agente regulamentador de toda a atividade social, política e econômica de um país, garantindo a prestação de serviços públicos e a proteção de sua população. Neste mesmo período, surgem as teorias socialistas fundadas em um Estado totalmente intervencionista.

⁴⁵Revolução Industrial foi a transição para novos processos de manufatura no período entre 1760 a algum momento entre 1820 e 1840. Esta transformação incluiu a transição de métodos de produção artesanais para a produção por máquinas, a fabricação de novos produtos químicos, novos processos de produção de ferro, maior eficiência da energia da água, o uso crescente da energia a vapor e o desenvolvimento das máquinas-ferramentas, além da substituição da madeira e de outros biocombustíveis pelo carvão. A revolução teve início na Inglaterra e em poucas décadas se espalhou para a Europa Ocidental e os Estados Unidos.

⁴⁶O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, no decorrer do século XIX, gerando movimentos que reivindicavam o reconhecimento de direitos de cunho social e econômico que implicavam em uma postura ativa do Estado face aos particulares, especificamente as grandes indústrias e aglomerados econômicos, que, agora, sucediam o Estado na função de opressores. (SARLET, 2007: 55)

Tais direitos de segunda dimensão caracterizam por assegurar aos indivíduos direitos de prestações estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho e moradia. Tais direitos foram denominados como *positivos* por implicarem em uma obrigação de atuação do Estado. Neste mesmo momento histórico também surgiram outros direitos de cunho *negativo*, de defesa, como as liberdades sindicais e direito de greve, bem como direito a férias, salário mínimo e limitação da jornada de trabalho.

⁴⁷ Este novo modelo de Estado surgiu no final do século XIX na Europa, mas desenvolveu-se após a crise de 1929 que gerou uma Grande Depressão econômica, finda somente após a Segunda Guerra Mundial, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental.

Com a ampliação das atribuições do Estado, desenvolvem-se outros ramos do direito público ligados ao assistencialismo e, na Alemanha, com a primeira guerra mundial⁴⁸, surge o direito administrativo econômico, com o conceito de direito econômico como direito de guerra (GONZÁLES-CARBAJAL GARCÍA, 1997: 368).

O Estado se torna empresário e investe na criação de várias empresas públicas. Assim, temos a origem das indústrias, empresas públicas e sociedades de economia mista, estas formadas com a junção do capital público e privado. O Estado também passa a investir grandes quantias para o desenvolvimento e modernização nos diversos setores que atua em especial na indústria bélica e estratégica. A burocracia⁴⁹ se expande com as amarras legislativas e sem o mesmo compromisso com a eficiência das empresas privadas.

Neste ponto, nota-se uma estagnação do estudo da ciência da administração pública que observa, em razão das amarras do direito público e modelo burocrático, o desenvolvimento dos estudos de políticas públicas e administração deixando, neste vácuo, a burocracia.

Deste vácuo de abordagem sobre a eficiência, sobrevivem os poderes “supremos” do Estado que passa a contar no controle de procedimentos como a única resposta para a ineficiência relacionados aos aspectos decisórios da política pública em busca do bem comum.

⁴⁸ Conflito armado ocorrido entre 1914 e 1918.

⁴⁹ O termo burocracia tem origem na etimologia francesa *bureaucratie*, derivada de *bureau* (local de trabalho de quem desenvolve uma atividade profissional em mesas, escritório, administração) associada à *kratía* (poder, autoridade, lei). É um sistema de execução de atividade pública, especialmente relacionado à administração, por meio de um corpo complexo de funcionários inseridos em órgãos, secretarias, departamentos, entre outros, aos quais são atribuídas competências, cargos e funções bem definidos, a partir de procedimentos de seleção e treino com base em qualificações técnicas profissionais. A atividade dos funcionários é maioritariamente definida por um regulamento fixo, onde se consagram rotinas determinadas e uma hierarquia com linhas de autoridade e responsabilidade bem demarcadas, a que acresce a estabilidade no emprego (HOUAISS e VILLAR, 2003:687 *apud* CUNHA, 2015).

2.3. Estado regulador. Administração pública gerencial com busca pelos modelos privados.

Superado o modelo do Estado abstencionista relativo ao capitalismo *laissez faire* pelo modelo intervencionista que predominou na Europa entre a I Guerra Mundial e os anos 80 do século passado caracterizado por uma extensa e intensa presença do Estado na economia (VITAL MOREIRA, 2014: 13), eis que constata-se uma estandardização das relações diante da produção em larga escala, o nascimento de uma preocupação de direitos coletivos e uma falência da capacidade de investimento do Estado na economia somado a uma ineficiência da administração pública.

A “crise fiscal” do Estado Social representou a deterioração dos serviços públicos e de sua estrutura, já que o Estado não conseguia investir ou mantê-la. Assim, o pensamento liberal voltou a ser discutido e tido como o fundamento capaz de alterar este paradigma estatal, o que se denominou de neoliberalismo.

Deste contexto, surge o terceiro modelo econômico denominado de Estado regulador^{50 51}, estabelecido nos Estados Unidos desde os anos 30 do século XX e na Europa desde os anos 80 do mesmo século⁵² em que o Estado abdica em princípio da participação direta⁵³ na atividade econômica, mas desempenha um papel de regulador mais ou menos extenso da atividade econômica privada (a par da defesa da concorrência)⁵⁴. (VITAL MOREIRA, 2014: 13/14)⁵⁵

⁵⁰ O Estado regulador congrega duas ideias chave: (i) O Estado que regula a economia; (ii) o Estado cujo papel em relação a economia se reduz no fundamental à função regulatória, o que o distingue do Estado intervencionista.

⁵¹ Desde muito cedo o pensamento liberal impôs a ideia de que esta função de regulação, embora justificada pela necessidade de salvaguarda do interesse público, deveria ser prosseguida, não pelo estado enquanto tal, mas por agências (ou entidades ou autoridades) reguladoras independentes, afastadas dos percalços da democracia. (AVELÃS NUNES, 2013: 226)

⁵² Interessante que, por surgirem com quase meio século de diferença, o Estado regulador na Europa significa diminuição de participação do Estado na economia ao passo que nos Estados Unidos é sinônimo de aumento de participação do Estado na economia.

⁵³ As grandes linhas de orientação da social democracia europeia (o socialismo moderno) parecem assentar na defesa da chamada economia social de mercado e na crença de que o mercado tudo resolve. (NUNES, 2013: 200)

⁵⁴ Avelãs Nunes (2013:143) critica a venda das estatais portuguesas ao argumento de que estas são lucrativas e proporcionam a receita necessária para um estado deficitário.

⁵⁵ Vital Moreira (2014: 10) explica que, junto com a defesa da concorrência e com políticas de incentivo a atividade econômica, a regulação dos mercados constitui um dos pilares essenciais da ação econômica do Estado.

No campo da ciência da administração pública, em razão da crise fiscal e incapacidade de gestão do Estado, vê-se uma retomada dos estudos desta ciência, porém, sem inovação, tão somente uma concepção de copiar as experiências bem-sucedidas da administração privada.

Esta retomada dos estudos da ciência da administração pública ocorreu no final dos anos 70 nos países anglo-saxônicos, menos submetidos às amarras do direito público, que propõe transformar o modelo a administração pública, no *new public management*, em que os métodos da gestão pública devem ser análogas aos da gestão privada, com foco em resultados.⁵⁶

Jan-Erik Lane (2003: 3 e 64/65) informa que a NPM não substituiu outros modelos de gestão, mas acrescentou outra abordagem ao setor público com o contratualismo, sendo que a questão crucial do modelo contratualista do NPM é a busca da eficiência.

O *New Public Management* traduz o modelo do mercado para a gestão pública, estimulando a privatizações dos serviços públicos. Diante da prestação de serviços pelo fornecedor privado, o cidadão passa a ser tido como “consumidor” e “cliente” (DENHARDT & DENHARDT, 2007: 131). Aqui, a discricionariedade por parte do administrador público é necessária, principalmente deixando a cargo deles a autonomia para fixar metas, mesmo que estas sejam fruto de escolha políticas. (SANFELICE, 2015)⁵⁷

Novamente constata-se contradições no papel do Estado. O ente público deve intervir para assegurar o bem-estar social e os direitos fundamentais, porém, deve abster-se de atuar diretamente. A gestão pública deve copiar os fundamentos da gestão privada mesmo sem a busca do lucro e sem poder atuar diretamente no mercado.

⁵⁶ No Reino Unido foi o governo de Tony Blair que concretizou definitivamente e deu toda a amplitude a um velho projecto conservador que abriu às empresas privadas os sectores da saúde e educação. Seguiram-se as estradas, as prisões, as tecnologias de informação, a habitação social, as bibliotecas, a iluminação pública etc..... Este lucrativo negócio (para o qual o Estado garante o lucro sem risco), foi mesmo além do que os conservadores tinham projetado, a ponto de estes (oportunamente) se terem dissociado dele, alegando que nunca o tinham pensado como um expediente para conseguir financiamentos públicos para negócios privados. (NUNES, 2013: 202)

⁵⁷ Cabe o contraponto da visão denominada de *novo serviço público (NSP)*, que tem como alguns de seus expoentes H. George Frederickson, Carl J. Bellone, Lloyd G. Nigro, Frederick C. Thayer, Ross Clayton, Michael M. Harmon, David K. Hart e Robert B. Denhardt, onde a Administração Pública não deve ser gerida como um negócio, mas sim como uma democracia (DENHARDT & DENHARDT, 2007: 131). E, como tal, deve buscar uma nova postura frente aos seus desafios: servir aos cidadãos, não aos consumidores; estar a serviço do interesse público; emprestar mais valor à cidadania do que ao empreendedorismo; pensar estrategicamente e agir democraticamente (SALM & MENEGASSO, 2009: 97 *apud* SANFELICE, 2015).

Para os países que seguiram a corrente francesa a contradição é ainda maior na medida em que o Estado se submete a uma série de restrições do direito público e dispõe de uma série de prerrogativas sem, contudo, pelo *new public management*, poder utilizar estas ferramentas que não pertencem ao acervo da gestão privada.⁵⁸

Em um outro enfoque, João Nuno Calvão da Silva⁵⁹ explica que o Século XX assiste a um incremento da intervenção estatal na vida econômica e social. De Administração intervencionista concebida como potencial agressora, passa-se a concebê-la como instrumento de realização das mais variadas tarefas do Estado emergente. Noutros termos: evolui-se de uma funda separação Estado-Sociedade para uma forte interpenetração entre esses dois mundos; caminha-se para acreditar que a Administração Pública é a solução de todos os males, uma verdadeira seguradora contra qualquer problema⁶⁰.

2.4. Contexto atual.

Diante do dever de cumprir as demandas legais e em razão da influência do *new public management*, verifica-se nos dias atuais uma generalização de utilização das formas jurídico-privadas por parte de uma Administração Pública que se pretende cada vez mais fundada sobre o consenso do que a autoridade, abrindo mão de suas prerrogativas decorrentes do princípio da superioridade do interesse público.

Esta renúncia a prerrogativas é identificada por Anna Carolina de Araújo Cunha Lima⁶¹ como crise de soberania e pode-se contextualizá-la em dois momentos, a 1ª crise de soberania ocorreu no pós 2ª guerra mundial, sobrevivendo a carta das nações unidas de 1945 e a declaração universal de direitos humanos de 1948 fazendo o Estado abandonar a natureza selvagem. No mesmo período, cita-se a descolonialização de vários países.

⁵⁸ Por outra banda, verifica-se uma publicização dos direitos privados e estudo sobre eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pedro Gonçalves e Paulo Otero (2013: 5/6) explicam que todas as áreas do direito surgem hoje influenciadas pelo direito administrativo, senão pelas suas regras, ao menos pelos seus valores e princípios. Por paradoxal que possa parecer, a dita “fuga” da administração pública para o direito privado acabou por gerar um novo e distinto fenômeno de publicização ou administrativização do direito privado aplicado por estruturas administrativas.

⁵⁹ *Mercado e Estado*, 2008. Fls. 29/33

⁶⁰ Vasco Pereira da Silva (2003: 74) ensina que a passagem de uma Administração agressiva para uma administração prestadora trouxe consigo o aumento da dependência do indivíduo relativamente aos poderes públicos.

⁶¹ LIMA, Anna Carolina de Araújo Cunha. *Relativização da economia em um contexto de crise econômica e na União Europeia*. Fls. 40.

Já a 2ª crise de soberania ocorre nos dias atuais com a globalização que, nas palavras de Carla Amado Gomes⁶², consiste em desenvolvimento de redes de proteção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informáticos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação.⁶³

Vieira de Andrade (2013: 24) aponta o enfraquecimento estatal, decorrente da internacionalização das relações sociais e jurídicas, que se manifesta mais intensamente (mas não exclusivamente) na sujeição do ordenamento jurídico nacional ao primado dos Tratados que instituem a União Europeia e do “direito derivado” emanado das respectivas instituições, incluindo o primado da interpretação.⁶⁴

Assim, a globalização retira do Estado os poderes de *jus imperii* agravado pela falta de delimitação territorial da atividade econômica em um contexto de empresas multinacionais com poder global e atividades econômicas reguladas e fiscalizadas por organismos autônomos com composição internacional.⁶⁵

Desta forma, o Estado regulador caracteriza-se por um acentuado recurso a formas jurídico privadas de organização e atuação administrativa. A busca da eficiência na gestão da *res pública* passa pela desintervenção estatal e por uma revalorização do papel da sociedade civil. (CALVÃO DA SILVA, 2008: 40).⁶⁶

⁶² GOMES, Carla Amado. *A evolução do conceito de soberania: tendências recentes*. Scientia jurídica – revista de direito comparado português e brasileiro. Braga, tomo 47, nº 274/276, p. 185/212. Jul/Dez 1998.

⁶³ O nascimento da globalização econômica e as mudanças do estado e da soberania se traduziram em grande crise do direito. Com a globalização, a centralidade e exclusividade estatal se diluiu tendo como aspecto mais expressivo a fragilidade da autoridade. (GARRIDO GÓMEZ, 2010: 11)

⁶⁴ Deste modo, diante do grande impacto que o Estado tem na economia como consumidor de produtos e serviços, a União Europeia regulamentou as contratações públicas com o intuito de assegurar a liberdade de concorrência e promoção de igualdade no acesso a este mercado. (Pedro Miguel Matias Pereira, 2011: 22/21) Assim, retirou uma nova parcela de soberania dos Estados europeus no que tange a liberdade de contratação, impedindo que as contratações públicas fossem criadoras de artificialismos e restringindo a posição de supremacia da administração pública nestas relações jurídicas tendo impacto no Código dos Contratos Públicos de Portugal – CCP – que teve que ser adequado às normativas da Comunidade Europeia.

⁶⁵ Gomes Canotilho (2008, 251 *apud* NUNES, 2013: 254) observa que o *terceiro capitalismo*, com a sua *sociedade aberta*, pretende substituir o Estado Social constitucionalmente conformado pelo *mercado*, em nome da tese segundo o qual, a empresa privada, a atuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de ação social universal.

⁶⁶ Neste contexto, a empresarialização do aparelho administrativo estatal traduz-se numa aproximação do modo de funcionamento destes aos parâmetros privados, não significando verdadeira *privatização* do serviço público que tem conceito diverso. (CALVÃO DA SILVA, 2008: 48)

Contudo, essa aproximação com o modelo privado ainda causa estranheza e nos faz refletir se as amarras do direito público são, em verdade, um empecilho a tão buscada eficiência.

Nesta linha, Miguel Nogueira de Brito⁶⁷ cita Walter Leisner⁶⁸ informando que o pensamento jurídico significa pensamento jurídico privado; o direito público é apenas uma província do mais amplo direito civil. Assim, o direito público constitui um “parêntesis histórico” surgido na sequência da revolução francesa cuja razão hoje se perdeu. Portanto, é possível encarar as tarefas do Estado à luz da conformação em termos jurídicos-privados, avultando aqui o aspecto da condução da economia, a qual seria de realizar em termos puramente jurídico privados.

Ainda nos domínios do direito administrativo, este já se encontra claramente orientado para a privatização com a equiparação entre interesses público-privados; e generalização da contratação como instrumento de disciplina das relações entre as entidades públicas e privadas. Finalmente, a transformação do direito público segundo categorias e estruturas do direito privado, permite pensar o Estado como um Estado-Privado⁶⁹.

Ao constatar o nivelamento de poderes do Estado com os particulares, Vasco Pereira da Silva constata a *crise do acto administrativo*, tendo este ato estatal perdido sua exclusividade, se tornando somente uma dentre muitas formas de atuação do Estado. Já Maria João Estorninho, de forma sagaz, intitula a sua obra como uma missa para o contrato administrativo já morto no ritual de *requiem*.

Assim, afora a realidade consolidada de privatizações de atividades econômicas outrora realizadas pelo Estado, vê-se hoje outras formas de relacionamento do Estado com particulares que a pouco tempo eram impensáveis como as Parcerias Público-Privadas; contrato de gestão; empresarialização de serviços públicos; *outsourcing* e terceirização que, na realidade, implicam em empresas privadas administrando presídios, escolas privadas

⁶⁷ *Sobre a distinção entre direito público e privado*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, p. 43-73. Coimbra editora. Lisboa, 2010. Pag. 45/47.

⁶⁸ LEISNER, Walter. *“Privatisierung” des Öffentlichen Rechts, Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht*, Duncker & Humblot, Berlim, 2007

⁶⁹ Para confirmar esta teoria de escassa relevância histórica do direito público, recorre-se a teoria do fisco, na idade média ao estado de polícia, o Estado não surge nas suas vestes soberanas, mas se relaciona com os privados segundo as formas do direito privado.

prestando ensino custeado pelo Estado ou hospitais privados cuidando de doentes com o custeio estatal.

Novamente Miguel Nogueira de Brito (2010: 43/44), desta feita citando Hirschman⁷⁰, aduz que a nossa sociedade é predisposta a oscilações entre períodos de intensa preocupação com os assuntos públicos e períodos de quase total concentração no desenvolvimento individual e em objetivos de bem-estar privados. Hirschman procurou salientar a existência em que o público e o privado se fundem ou convergem numa determinada realidade. Exemplo, refeições comuns onde o interesse particular de comer coincide com o interesse público de alimentar.

Com este novo papel, vê-se a Administração Pública como consumidora de bens e serviços outrora por ela realizados e em atuação de parceria com o setor privado onde a ideologia que impera é no sentido das partes atuarem em uma situação de igualdade e parceira.

3. Origem das PPPs.

Delineado o histórico do desenvolvimento do Estado e, de forma entrelaçada, das ciências da economia, administração pública e direito, cabe apontar a origem das PPPs.

As Parcerias Público-Privadas são espécies de contrato que tem sua origem moderna nos projetos de financiamento ingleses, porém, os primeiros rudimentos do *Project Finance* podem ser encontrados na época do mercantilismo em que os mercadores, financiados pelos banqueiros florentinos, venezianos e outros, saíam em viagem pela região do mediterrâneo a fim de vender mercadorias, partilhando entre si o risco e o retorno do empreendimento. (BONOMI & MALVESSI, 2002: 64)⁷¹

⁷⁰ Albert Hirschman, *Shifting Involvements: Private Interest na Public Action*, Princeton University Press, Pinceton e Oxford, 2002 (1982), p.3.

⁷¹ Rodrigo Reis de Oliveira (2014) informa que os teóricos do Project Finance atribuem a origem dele ao ano de 1299, quando a Coroa Britânica negociou um empréstimo com Frescobaldi – um dos principais bancos de investimentos da época – para desenvolver minas de prata na região de Davon. O contrato de empréstimo previa que o credor poderia explorar as operações das minas pelo período de um ano.

A própria descoberta do Brasil pode ser citada como exemplo de *Project Finance*. O Estado português, ou seja, o Rei de Portugal, juntamente com mercadores e banqueiros de toda a Europa, financiou as expedições de descobrimento e, em conjunto com o capitão e sua tripulação, dividiram os riscos e ganhos do empreendimento.^{72 73}

No arcabouço atual, o *Project Finance* surgiu no início da década de 70 do século passado no Reino Unido como consequência da crise petrolífera de 1973 e em virtude da expansão das plataformas continentais de exploração de petróleo e gás. Por conta dos altos investimentos necessários e do risco representado por esse modelo de negócio, os participantes buscaram alternativas para dividir os riscos, surgindo então, como melhor opção, o *Project Finance*.^{74 75}

Assim, uma estrutura de *Project Finance* é um exercício de engenharia financeira que permite que as partes envolvidas em um empreendimento possam realiza-lo, assumindo

⁷² Ana Raquel Gonçalves Moniz (2011: 263 e 289) bem aponta que Portugal também foi pioneiro na centralização do poder desde a idade média, antecipando-se ao movimento que ocorreu na Europa a partir da idade moderna. Da mesma forma, ainda em 1933, no art. 34º da Constituição portuguesa, nota-se a referência legal a uma compenetração de interesses públicos e privados.

⁷³ Já no Brasil, a primeira medida de ocupação da então colônia portuguesa se deu por outra modalidade de parceria com os privados através das capitânicas hereditárias (HUPSEL, 2013: 57).

⁷⁴ Em geral os modelos de PPP envolvem um consórcio entre participantes para administrar uma concessão, constituindo uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), ou *Special Purpose Company* (SPC), com personalidade jurídica distinta dos sócios ou controladores. Uma SPC pode envolver diversos participantes, que se incluem, basicamente, em três categorias: os sócios-controladores, os sócios minoritários e os patrocinadores. (ARAÚJO, 2008)

⁷⁵ No Brasil, nos anos 90, o *Project Finance* foi introduzido como forma de financiamento em decorrência do processo de privatização. Em virtude dos altos investimentos necessários após a privatização as empresas vencedoras das licitações buscaram formas de financiamento que permitissem a mitigação de, ao menos, parte do risco do negócio. O *Project Finance* apresentou-se como a solução para a questão, uma vez que os credores repartiram os riscos do negócio com os devedores. Esta divisão de riscos tornou-se importante para as empresas privadas, pois, com o financiamento por meio do PFI, seus balanços patrimoniais e os balanços de outras sociedades que prestassem garantias não seriam onerados por esse endividamento e, cada participante teria a oportunidade de escolher a parcela do risco do empreendimento que lhe afeita.

diferentes responsabilidades, ou diferentes combinações de risco e retorno, de acordo com suas respectivas preferências.^{76 77} (BONOMI & MALVESSI, 2002: 20)

Wagner Frederico Gomes Araújo (2008) informa que, na estrutura financeira do *Project Finance*, as partes financiadoras do projeto procuram, por uma operação integrada e conjunta, estabelecer as receitas a serem geradas com a operação do projeto para a amortização do investimento, ou seja, a securitização das receitas ou dos recebíveis. A securitização envolve a transformação de um crédito em um título, e os recebíveis são ingressos esperados no fluxo de caixa.⁷⁸

Em razão da necessidade do Estado em promover o investimento privado como forma de satisfação de necessidades coletivas, buscou-se um modelo de negócio que também conciliasse os interesses dos setores privados.

⁷⁶ Para efeito de ilustração, podemos pensar os *PFI* como parentes próximos dos projetos de engenharia civil. Os patrocinadores e/ou acionistas do empreendimento fazem as vezes da fundação do edifício. Os outros participantes ou *stakeholders*, que são os financiadores, os fornecedores, e as demais empresas envolvidas no empreendimento e beneficiadas pelo sucesso do *PFI* são os tijolos do edifício. A estrutura jurídica ou os contratos que fazem a ligação entre os acionistas e demais *stakeholders* do projeto e entre si mesmos é o cimento que dá coesão às fundações e aos tijolos deste edifício. Decide-se pela construção do edifício quando as receitas projetadas do aluguel ou da venda do imóvel cobrem os custos operacionais e financeiros decorrentes de sua construção e se o empreendimento “cria valor” ao acionista.

⁷⁷ As *PFI*s podem ser classificadas como *financially free-standing*, isto é, projetos autossustentáveis em termos de geração de receita. Os objetivos-chaves do *PFI* inglês incluem a alocação objetiva dos riscos entre os setores público e privado. (RANDALL & ALDER, 2007: 320)

⁷⁸ A grande vantagem dessa operação está na conversão de um ativo futuro em um ativo de liquidez imediata, antecipando os recebimentos do fluxo de caixa. Dessa operação pode surgir o fluxo inicial dos projetos, ao mesmo tempo que os credores têm a garantia do recebimento do fluxo de caixa futuro. Esse é um ponto central da estrutura do *Project Finance*. Outra característica a salientar é a intensiva utilização da redução de riscos por meio de sua repartição (*unbundling*). Essa repartição, envolve a utilização de títulos e derivativos. Ademais, a estrutura do *PF* se baseia na criação de uma sociedade de propósito específico - *SPE*, em que ocorre a separação dos riscos do negócio e o risco dos financiadores. Dessa estrutura surgem diversos participantes, tendo a *SPE* como ponto central.

Deste modo, com base na experiência bem-sucedida das PFIs ⁷⁹ ⁸⁰, nascem⁸¹ as Parcerias Público-Privadas com o intuito de responder às diferentes exigências e expectativas dos agentes económicos; que, por sua vez, vem sendo aplicadas a uma quantidade crescente de projetos e serviços tradicionalmente afetos ao setor público. ⁸² (LUÍS, 2011: 9)

A lógica de montagem de uma parceria pressupõe um grau de transferência de risco para o parceiro privado que vai além dos riscos normalmente associados à concepção e construção e às práticas tradicionais de contratação pública. Por isso, o parceiro privado deve igualmente assumir responsabilidade – e o risco - no tocante à vertente operacional ou de exploração do projeto e, na medida do possível, ao nível de utilização. (AZEVEDO, 2013: 247) Ademais, esta estrutura contratual conduziria a melhorias do serviço público ou a um investimento de longo-prazo bem como a separação da interferência política como também à mobilização do capital privado, em vez, do capital público.

Afora a transferência do risco, as PPPs partiram do conceito do *New Public Management* de que a Administração Privada é mais eficiente que a Administração Pública, sendo recomendável que a concepção do projeto seja uma atribuição do investidor, promovendo redução dos custos e ganho de eficiência.

Desta forma, existem tantos contratos de PPP na mesma proporção de quantas montagens jurídicas e financeiras forem permitidas pela legislação. Assim, por serem modelos juridicamente flexíveis, as PPPs são bastante usadas nas áreas das infraestruturas, onde os co-contratantes podem financiar, conceber, construir, operar, manter, gerir, alocar, adquirir, desenvolver, transferir ou deter a posse de uma instalação ou serviço. Sendo,

⁷⁹ O *power purchase agreement* (PPA) criado nos Estados Unidos da América foi o percussor das modernas PPPs por prever vários tipos de contratos de financiamento, compra e venda, construção para construção de usinas elétricas. (YESCOMBE, 2007: 6)

⁸⁰ Os termos PPP e PFI não têm definição legal e nem uma separação bem delimitada, tendo o governo inglês usado ambas as palavras para uma mesma definição. (RANDALL & ALDER, 2007: 333)

⁸¹ A expressão PPP surgiu nos EUA por volta de 1950 relacionada a parceria no nível educacional mas foi mais utilizada na década de 1960 para acordos públicos-privados de renovação urbana. (YESCOMBE, 2007: 2)

⁸² Conforme estudo do Banco Europeu de Investimentos (BEI), na Europa, em 2009, existiam mais de 1500 PPPs, com um investimento acumulado de 250 mil milhões de euros. (1 vez e meia o PIB de Portugal) (SARMENTO, 2013: 12)

portanto, um modelo aberto a diversas combinações e uniões contratuais ou figuras contratuais mistas. (MARTINS, 2012: 363)^{83 84 85}.

A repercussão desta novidade para o direito luso-brasileiro⁸⁶ se nota com a mutação, evolução ou criação de uma outra modalidade de concessão, mais complexa no que concerne

⁸³ Portugal, Reino Unido, Espanha e Grécia são os países que mais recorrem à contratualização pública utilizando a PPP. Estes países representam cerca de 90% do valor total de PPPs na Europa. Já Portugal é o país da Europa com maior investimento em PPP em relação ao PIB. (AZEVEDO, 2014: 299)

⁸⁴ Diante do sucesso da iniciativa inglesa e da flexibilidade de hipóteses de investimentos, o modelo foi adotado em vários países do mundo com destaque para Portugal que tornou-se o campeão europeu em PPPs. Segundo Cláudia Moreno (2010: 697), em finais de 2009 Portugal já tinha contratado três vezes mais de PPPs do que a França e 23 vezes mais que a Itália.

⁸⁵ Maria do Sacramento Bombaça Basílio (2011: 1) ressalta que: *According to the World Bank (2004), only Latin America countries need US\$50 billion of infrastructure investment per year over the next decade. China's infrastructure investment needs remain massive, estimated at about US\$2 trillion during the 2001-2010 periods. Concerning sectoral needs in developing countries, the electricity sector required an investment of US\$120 billion / year from 2001 to 2010, and US\$49 billion / year for water and sanitation from 2001 to 2015.*

⁸⁶ A filosofia do *project finance* faz-se clara no marco regulatório brasileiro de PPP sob diversos ângulos, em que se destacam os principais: a) pela preocupação em se assegurar um fluxo mínimo de recursos (arts. 4º, VII, e 6º da Lei nº 11.079, de 2004); tal fluxo constitui a sustentação de qualquer financiamento de projetos, já que as receitas são a fonte primordial de garantia e pagamento do financiamento. Com efeito, sem previsibilidade mínima de receitas, não há espaço para o financiamento de projetos. O Poder Público deve demonstrar que possui capacidade de cumprir em médio e longo prazo as obrigações previstas no contrato; b) pela exigência de constituição de uma sociedade de propósito específico – SPE – pelo parceiro privado para explorar o empreendimento (art. 9º), como forma de isolar o projeto dos riscos associados a outras atividades do parceiro privado, servindo ao propósito também de limitar a sua responsabilidade, além de servir como forma de aumentar a transparência; c) pelo uso de técnicas contratuais de alocação objetiva de riscos, presentes não só na premissa básica de transferência dos riscos de mercado e de demanda ao Poder Público, mas também na ideia de remuneração vinculada ao desempenho e baseada em parâmetros de qualidade objetivos e previamente acordados no contrato (art. 4º, VI, 5º, III e IX, e 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.079, de 2004); d) pela adoção de instrumentos de garantia em favor do parceiro privado ou público, bastante sofisticados e típicos do financiamento de projetos, como a possibilidade de os financiadores assumirem o controle da SPE constituída pelo parceiro privado para o fim de sanear-la (os *step-in rights*, art. 5º, § 2º, I, da Lei nº 11.079), a faculdade de o pagamento devido pelo poder público ser realizado diretamente ao financiador, presumidamente por meio de cessão ou de penhor dos recebíveis do parceiro privado, a faculdade de pagamento de indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como o pagamento de garantias prestadas pelo Poder Público, diretamente aos financiadores do parceiro privado, presumidamente, mediante cessão ou penhor desses direitos de crédito, e a gama de garantias passíveis de serem oferecidas ou outorgadas pelo Poder Público em garantia de suas obrigações, incluindo seguro-garantia, garantias internacionais, vinculação de receitas e constituição de fundos de natureza privada, com patrimônio de afetação ou sem este; e) pelo papel importantíssimo que a legislação confere ao contrato de PPP, exigindo-lhe uma série de cláusulas com o objetivo de estabelecer de forma clara e objetiva os direitos e as obrigações das partes; f) pelo léxico utilizado na Lei nº 11.079, de 2004 e instrumentos normativos correlatos, constituindo forte ruptura e inovação em relação à linguagem tradicionalmente empregada no âmbito da Administração Pública e do Direito Público, instituindo uma linguagem internacionalmente aceita e compreendida pela comunidade investidora ou financeira. Nesse sentido, a PPP serve ao propósito de reduzir a dificuldade de comunicação entre o setor público e a iniciativa privada, promovendo uma cultura comum de boas práticas contratuais e financeiras; e g) pelo incentivo ao uso da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas, a exemplo da prática corrente no âmbito do *project finance*.

aos contratos com pagamento público, sustentados parcialmente com contraprestação pública, sendo subdivididas em duas grandes categorias distintas:

i) contratos cujo pagamento é diretamente ligado à utilização da infraestrutura⁸⁷⁸⁸ ou do serviço, por exemplo, as autoestradas com pedágio fictício, denominadas SCUTs (Sem Custo para o Utilizador);

ii) contratos cujos resultados são condicionados pela qualidade do serviço prestado, por exemplo, os *Design, Construct, Manage and Finance* ou Projetar, Construir, Gerir e Financiar, de prisões; ou, ainda, os *Design, Build, Finance and Operate* ou Projetar, Construir, Financiar e Explorar; *Build, Operate and Transfer* ou Construir, Operar e Transferir; *Do, Build, Operate and Transfer* ou Fazer, Construir, Operar e Transferir; *Build, Own, Operate and Transfer* ou Construir, Adquirir, Operar e Transferir, de escolas, de hospitais ou de iluminação pública.

⁸⁷ Infraestrutura pública pode ser definida como as facilidades que são necessárias para o funcionamento da economia e da sociedade. (YESCOMBE, 2007: 1)

⁸⁸ Maria do Sacramento Bombaça Basílio (2011: 5) informa que: “*In Grimsey and Lewis (2002) words “Infrastructure is easier to recognize than define”. In fact, several definitions of what constitutes infrastructure may be found. For instance, the Free Online Dictionary defines infrastructure as “the basic facilities, services, and installations needed for the functioning of a community or society, such as transportation and communications systems, water and power lines, and public institutions including schools, post offices, and prisons”. On the other hand, according to the World Bank, “infrastructure is a large-scale technological system, a collection of basic, immovable physical facilities, equipment, and installations, needed to fulfill basic transport, distribution, storage, and processing functions, that is, infrastructure delivers essential public and private services and includes the operational procedures, organization, and management needed to make systems function according to their specifications.” Moreover, according to Bhattacharyay (2009), a distinction should be made between hard and soft infrastructure. The former refers to physical structures or facilities that support the society and economy, such as transport (e.g., ports, roads, railways); energy (e.g., electricity generation plants, gas and oil pipelines); telecommunications (e.g., telephone and internet); and basic utilities (e.g., drinking water supply, hospitals and health clinics, schools, irrigation, etc.). The latter refers to operating procedures, management practices, regulatory and institutional frameworks, governance mechanisms, informal and formal channels of communication, and political and social networks. Basically, it refers to all that support the development and operation of hard infrastructure.*

II- CONTRATOS PÚBLICOS. POSIÇÕES JURÍDICAS SUBSTANTIVAS DA ADMINISTRAÇÃO NOS CONTRATOS.

1. Reflexão sobre a posição contratual do Estado.

Antes de adentrarmos a análise do arcabouço legal que norteia os contratos públicos e as PPPs, tem-se que lançar a reflexão sobre as razões pela qual o Estado entabula contratos.

Tal reflexão irá reforçar, ou não, a posição de supremacia do Estado com base na busca dos interesses coletivos⁸⁹, na medida em direito administrativo de matriz francesa assegurou poderes a esta pessoa jurídica para sobrepor o interesse individual através das regras decorrentes do princípio da supremacia do interesse público, consubstanciado sob a forma de ato administrativo.⁹⁰

Por outro lado, em sendo o contrato um acordo de vontades⁹¹, este difere do ato administrativo⁹² por necessitar da concordância da outra parte da relação jurídica. Desta forma, em um contrato, a Administração busca o consenso, malgrado permanecer com posições jurídicas substantivas decorrentes do direito público.

Deste modo, a contratação pública assume várias dimensões, ou seja, a contratação pública é um instrumento apto a alcançar vários fins ou políticas da comunidade. Os entes públicos, enquanto operadores econômicos, guiam-se por considerações de interesse público; contrariamente, os operadores privados buscam o lucro. Enquanto os mercados

⁸⁹ Esta é a razão de existência do Estado. Este passou a ter sua existência vinculada a satisfação das necessidades das pessoas distribuídas em seu território. A sua origem está voltada para a satisfação da coletividade, sendo a personificação da comunidade. (KELSEN, 2000: 262)

⁹⁰ Pedro Gonçalves (2008:23) informa que a exorbitância de certos poderes da Administração contraente se mostra coerente com a natureza administrativa da tarefa de gestão de contratos públicos. Esses poderes representam a tutela de dois interesses: i) *o interesse de atualização do contrato*; e ii) *interesse em assegurar o cumprimento do contrato*.

⁹¹ Os contratos são um dos meios de desenvolvimento social, dado que, junto com as propriedades funcionalizadas, caracterizam-se como externalizações da dinamicidade do direito patrimonial, sendo certo que o estudo da atividade contratual traduz um dos aspectos sociológicos de um povo, haja vista serem os contratos fatores de inclusão ou de exclusão social. (FROTA, 2011: 71)

⁹² Vieira de Andrade (2013: 146) explica que o acto administrativo em sentido próprio não é qualquer ato praticado pela Administração. É um ato regulado por disposições de direito público, um ato jurídico decisório praticado no exercício de poderes de autoridade, relativo a uma situação individual e concreta. E, em princípio, com eficácia externa.

funcionam como base no lado da oferta, os mercados públicos funcionam como base no lado da procura, o que implicará em consideráveis ineficiências. (CAMPOS, 2010: 23/24)^{93 94}

A nosso ver, a atual busca do Estado pelas formas jurídicas privadas⁹⁵, com busca de um consenso com outros setores da sociedade, demonstra as contradições de uma Administração Pública que busca a suposta eficiência do modelo privado mas tenta fugir das amarras do direito público, tornando-se vulnerável enquanto consumidora destes bens e serviços em prol da população.

Portanto, no contexto atual de Estado regulador⁹⁶, verifica-se um desuso dos atos de império, reservando a estes aspectos decisórios de política econômica⁹⁷ e os afastando das questões corriqueiras do Estado que, como já dito, procura buscar as experiências bem-sucedidas do setor privado como exemplo para o atingimento de uma gestão pública eficiente.⁹⁸

⁹³ A supervisão das atividades dos governantes pode ser falha e permitir que eles desenvolvam objetivos próprios, não coincidentes com o interesse dos eleitores. Normalmente estes objetivos relacionam-se com a conquista e manutenção do poder. Assim, as políticas são definidas em função do calendário eleitoral. Desta forma, políticas cujos resultados se façam sentir num prazo superior ao da legislatura são desvalorizadas, o que produz resultados perversos. Com a regulação independente pretendeu-se evitar, ou reduzir, estas falhas e imperfeições do Estado, que, registre-se, não as elimina (CONFRARIA, 2010: 38/39)

⁹⁴ A doutrina italiana define os interesses públicos primários como aqueles pertinentes à sociedade e tutelados no ordenamento jurídico, enquanto os secundários seriam atinentes ao governo exercido em determinada época por agentes públicos que integram o aparelho estatal. (CARVALHO, 2009: 69)

⁹⁵ José Carlos Vieira de Andrade (2013: 81) bem explica que a utilização do direito privado neste domínio aparece combinada com limitações e regalias de direito público – no contexto do que se pode designar de direito administrativo privado.

⁹⁶ A regulação independente é uma forma de dar resposta ao problema relacionais às falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado, que resultam da própria atividade governativa e que se presume serem evitáveis se realizadas por entidades independentes. (CONFRARIA, 2010: 38)

⁹⁷ Deve-se separar a *tarefa de direção política*, consistente na definição, por agentes políticos, das missões, das prioridades, dos programas de ação, dos objetivos e das metas das organizações administrativas, incluindo a verificação ou controle sobre o grau de realização dos resultados pretendidos, por um lado, e uma tarefa de gestão, desenvolvida por gestores e dirigentes administrativos, incluindo a verificação ou o controlo sobre os graus de realização dos resultados pretendidos, por um lado, e uma tarefa de gestão, desenvolvida por gestores e dirigentes administrativos, consistente na identificação e seleção, com autonomia e responsabilidade, dos meios mais eficazes, eficientes e econômicos, para atingir os objetivos identificados, por outro lado. (GONÇALVES, 2013: 12)

⁹⁸ O papel do consenso e dos esquemas de governação colaborativa tem levado alguns autores a referenciar um estágio de renovação e transição de um modelo convencional de regulação (nascido com o *new deal*) para um modelo de governação (uma espécie de *renewal deal*), que caracteriza-se pela interdependência e mútua colaboração entre o Estado e mercado, que substitui os esquemas de regulação hierárquica e vertical por modelos de governação horizontal e em parceria, baseados na partilha da responsabilidade e consenso. (GONÇALVES, 2013: 16)

O fim do Estado autoritário, contudo, não equivale ao fim da autoridade. Simplesmente a autoridade já não constitui o modo típico de atuação no plano das relações externas, como demonstra a União europeia, que se orienta por esquemas de negociação mais próximos do direito privado. O ideal de Estado Privado corresponde ao ideal de despolitização do direito, realizado sem partidos e sem políticos (BRITO, 2010: 59), onde o fenômeno da generalização do uso da técnica na atividade administrativa apresenta consequências de controle como a redução da discricionariedade administrativa. (VASCO PEREIRA DA SILVA, 2003: 109)

Neste ponto, vemos o encontro do direito público e do direito privado^{99 100} com uma indefinição sobre qual o futuro dos contratos públicos. Se o modelo de administração privada vem sendo seguido, este não pode ser observado na sua plenitude pela falta de liberdade plena da Administração Pública de contratar nos mesmos moldes da iniciativa privada, o que nos leva a uma coexistência de normas de direito público e privado que podem ser utilizadas pelo Estado em seu proveito. Por outro turno, deve-se analisar a importância de manter sob resguardo mecanismos que imponham a vontade do Estado perante o particular por razões de interesse público.

Assim, para analisar a vulnerabilidade contratual do Estado, tem-se que, primeiramente, desmistificar o *leviatã*. Portanto, ao adentrar no campo das prerrogativas públicas no âmbito contratual, cabe a reflexão mais aprofundada acerca das razões históricas da divisão entre o direito público e o direito privado, abdicando de utilizar as regras gerais

⁹⁹Para a doutrina tradicional, o Direito privado designa as relações propriamente jurídicas, ao passo que o Direito público alberga as relações de poder, de domínio. Já para Kelsen, o dualismo entre Direito público e Direito privado possui um caráter ideológico. Segundo ele, "em geral, a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semi-jurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado" (KELSEN, 2003: 311). O autor parte da premissa de que a Teoria Pura do Direito deve ser encarada sob um prisma universalista, "sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a vontade do Estado" (KELSEN, 2003: 312).

¹⁰⁰ Rommel Macedo Carneiro (2006) explica que Kelsen critica o dualismo entre Direito público e Direito privado: Por outro lado, a absolutização do contraste entre Direito público e privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito público, ou seja, sobretudo, o Direito constitucional e administrativo, seria o setor de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado. Já num outro ponto, toda esta oposição entre o 'político' e o 'privado' não existe no domínio do direito subjetivo, que os direitos privados são direitos políticos no mesmo sentido em que o são aqueles que assim costumam ser designados, porque uns e outros, se bem que por forma diferente, detêm uma participação na chamada formação da vontade estadual – ou seja, afinal, na dominação política. Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito 'privado', criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração. (KELSEN, 2003: 313- 314). Portanto, para Kelsen, a formação da vontade do Estado está atrelada à atuação da dominação política, na qual os direitos - tanto aqueles ditos políticos, como os privados - detêm participação.

do direito civil nas relações contratuais. Ademais, tem que se verificar se estas prerrogativas são eficientes nos atuais instrumentos contratuais

Hodiernamente, a tendência é uma reanálise destes poderes exorbitantes em razão da utilização de modelos privados. Deste modo, há autores do quilate de Maria João Estorninho, José Manuel Sérvulo Correia, Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría que defendem que estas prerrogativas são desnecessárias e habitam o campo do acordo de vontades entre as partes contratantes, inexistindo uma fronteira clara entre o direito público e direito privado. Por outra banda, autores como José Carlos Vieira de Andrade, Celso Antônio Bandeira de Mello, Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes entendem que a Administração Pública deve manter estes poderes para fazer valer o interesse coletivo sobre o individual.

Usando as palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo (2005: 565), é de se procurar saber se existe uma “lógica do contrato administrativo” haja vista que, em não existindo um regime especial, próprio do contato administrativo, teremos que concluir que a administratividade dos contratos da Administração Pública é mera questão de rótulo, destituída de significado.

Pedro Gonçalves (2003: 11) aponta, ainda, que deve ser discutida a conveniência ou o interesse de se manter o contrato administrativo como uma figura jurídica autônoma, com notas e características de cunho substantivo que a distinguem e a particularizam no seio da família a que pertencem (os contratos da administração).

Nesse sentido, a dicotomia entre direito privado e público permite começar por explicar a distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado celebrado pela Administração. Esta distinção já não significa que haja, para os defensores desta dicotomia, um regime comum a todos os contratos da Administração em razão da existência de princípios que vinculam toda a atividade administrativa. (GONÇALVES, 2003: 48)^{101 102}

¹⁰¹ El derecho administrativo no es otra cosa que el derecho común de la Administración Pública como tal sujeto singular, habrá convenir em que tal Derecho se aplica a la Administración siempre y por principio, salvo cuando actúe em su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales. El problema no es, pues, el de determinar los limites positivos de aplicación del Derecho Administrativo, sino el inverso, sus limites negativos: cuándo y por qué se aplican a la Administración los Derechos generales, cessando así la aplicación de su ordenamiento estatutário específico. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: volume I, 51)

¹⁰² Carlos Alberto da Mota Pinto (2005: 36/37 e 39) critica a distinção do direito público e direito privado pelo critério do interesse. Segundo ele, as normas de direito privado não se dirigem apenas à realização de interesses dos particulares, tendo em vista frequentemente, também, interesses públicos, a exemplo das normas que exigem escrituras públicas para compra e venda de imóveis. As normas de direito público, por sua vez, para além do interesse público visado, pretendem, também, dar a adequada

Em última instância, através dos valores que exprime, o contrato coloca-se como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade. Para muitos, isto significa uma “reanimação do contrato social”, uma manifestação daquilo que se chamou “o Estado concordatário” ou, pura e simplesmente, um sintoma de renovação geral papel do contrato no Direito. (ESTORNINHO, 1990: 64)

Neste cenário movediço, surgem as PPPs enquanto tipo de contrato público que incorpora o risco no seu conceito, “legalizando” a vulnerabilidade do Estado.

2. Conceito de contrato público. Necessidade de superação da dicotomia entre contrato de direito público e direito privado.

Previamente a apresentação do conceito de PPP, enquanto espécie do gênero dos contratos públicos, cabe conceituar o contrato público e abordar a suposta pluralidade de regimes.

O contrato é *uma categoria geral do direito* não sendo exclusividade do direito civil (GONÇALVES, 2015: 12). Um contrato é um vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos de direito correspondido pela vontade e responsabilidade do ato firmado, resguardado pela segurança jurídica em seu equilíbrio social, ou seja, é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. É o acordo de vontades capaz de criar, modificar ou extinguir direitos. Assim, a paridade das partes é a lógica do contrato. (GONÇALVES, 2003: 120)

Sérvulo Correia (1999: 343/344) informa que a noção básica de contrato é a mesma para todos os ramos do Direito. Definiu, então, os contratos como o acordo, vinculativo por força de lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Em razão da necessidade do Estado em buscar parceiras com pessoas privadas, o contrato viu-se transformado num instrumento fundamental e decisivo da ação da Administração Pública, quer para satisfazer as suas necessidades domésticas, quer para realizar, direta ou indiretamente, as suas missões públicas. (GONÇALVES, 2015: 16)

tutela dos interesses dos particulares como exemplo as normas de promoção de funcionários públicos. Poder-se-ia pensar no critério de diferenciação com base em uma posição de supremacia, mas não se aplica quando os sujeitos estiverem em situação de igualdade como o direito público que regula as relações entre duas autarquias ou o direito privado que regula as relações hierárquicas parentais. Assim, o critério mais adequado para diferenciar estes dois ramos do direito é a teoria dos sujeitos, que se assenta na qualidade dos sujeitos das relações jurídicas. Deste modo, o direito privado regula as relações entre particulares e o direito público o Estado nas suas vestes imperiais.

Estabelecido o conceito genérico de contrato, cabe apontar que a terminologia dos contratos firmados pela Administração Pública possui conotações diferentes a depender do ordenamento jurídico em que o termo se apresenta.^{103 104 105 106 107}

¹⁰³ Lourenço Vilhena de Freitas, na obra *Direito dos contratos públicos e administrativos* (2014), traz um panorama global desta diversidade conceitual. Segundo o autor, às fls. 40, para o direito francês, no caso das pessoas coletivas públicas, tem-se defendido a existência de uma presunção de sujeição ao regime dos contratos administrativos, elidível, contudo, no caso do contrato no qual se regulem relações jurídicas de teor exclusivamente privadas. Para o direito alemão, os contratos públicos no sentido de compras públicas tem sido considerados contratos de direito privado (WOLF/BACHOF/STOBER). Na atualidade, a doutrina e a jurisprudência aceitam a existência de contratos de direito público a que se aplicam regras do procedimento administrativo bem como normas setoriais como ocorre na legislação urbanística. No direito italiano, conforme consta às fls. 52 da obra, são contratos de direito privado da Administração os contratos nos quais o ente público se encontra em situação de paridade com o particular.

¹⁰⁴ Sérvulo Correia (*A autonomia contratual da administração no direito inglês*. Coimbra, 1988) informa que na Inglaterra, como noutros países, o alargamento das tarefas do Estado conduziu ao aumento e à diversificação da atividade contratual da Administração. Ao contrário do Direito português, ou do francês, ou do alemão, o Direito inglês não conhece qualquer sistema especial de normas jurídicas que presidam certos contratos caracterizados como um processo próprio do agir da Administração. Mas com o alargamento, surgiram contratos com especialidades e objetos que eram impensáveis entre particulares. Confrontados com situações em que o dever da Administração de execução do contrato poderá conflitar com as exigências atuais do interesse público, os tribunais tem hesitado entre considerar inválidos pela impossibilidade do objeto os contratos que vinculam a Administração num plano de atuação caracteristicamente administrativa ou admitir uma doutrina de *executive necessity* ou *public Interest*, a cuja luz a verificação de pressupostos (mal definidos) que tornam o cumprimento do contrato contrário ao interesse público e justificam a sua inexecução pela autoridade administrativa contraente que, nesses casos, terá o direito a mudar de ideia (*the right to change its mind*).

A administração inglesa, de modo geral, sofre menos limitações do que suas congêneres portuguesa, francesa ou italiana na escolha dos co-contratantes particulares. Essa é uma consequência de se persistir na posição de que os contratos se regem pelos princípios ordinários, o que leva a concluir que a liberdade de celebração da administração é a mesma dos particulares. A lei não regula o procedimento pré-contratual, nem mesmo quanto aos importantes contratos de fornecimento e de empreitada dos departamentos governamentais.

O ponto simbólico na jurisprudência inglesa é o caso <*Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King*>, de 1921, onde um navio sueco, que havia firmado contrato privado com o governo inglês, foi impedido de deixar o porto britânico em razão da I guerra mundial. O juiz Rowlatt negou o pedido de liberação do navio com base no contrato assinado sob o argumento de que, a ele, não cabia proferir juízo moral sobre o evento. Sendo assim, negou o pedido e apontou que eventual prejuízo tinha que ser resolvido em posterior ação de perdas e danos.

Por fim, cita P. P. CRAIG (*Administrative Law, Londres, 1983, p. 602*) que diz que a solução adequada tem que ser a compreensão das necessidades peculiares suscitadas pelos contratos através dos quais as autoridades públicas possam atuar simultaneamente num plano privado e num plano público.

¹⁰⁵ ESTORNINHO (2014: 200) informa que, no direito inglês, tradicionalmente os contratos da Coroa submetem-se às normas do Direito Comum, com algumas particularidades que resultam de especiais *statutes* ou de seculares *Royal Prerogatives* que tradicionalmente caracterizam o estatuto jurídico da Coroa. Não se trata tanto de normas contratuais especiais, mas antes de prerrogativas da Coroa que, de forma indireta, podem afetar as relações de um contraente com o Governo.

¹⁰⁶ O direito norte-americano prevê o poder de modificação unilateral, prevendo a inserção nos contratos de cláusulas de modificação.

Tais cláusulas permitem ao *contracting officer* proceder a modificação unilateral do contrato. Estas cláusulas de modificação, contudo, tem limites no que respeita a: desenhos, design e especificações, descrição de serviços, métodos de expedição ou de embalagem, local de inspeção, entrega ou aceitação, local de execução. (FREITAS, 2014: 411)

¹⁰⁷ Lourenço Vilhena de Freitas, no volume II do estudo sobre os contratos públicos da UE, fls. 653, informa que, no direito francês, contrato administrativo é qualificado à luz de um de três critérios: poderes exorbitantes; objeto ou regime de direito administrativo. O direito espanhol não se afasta muito desta concepção. Qualifica certos contratos expressamente como administrativos (empreitada, gestão de serviços públicos, fornecimentos, consultoria e assistência) e considera administrativos os sujeitos de direito público ou os que tenham um fim de imediata utilidade pública.

Como bem explicado por Lourenço Vilhena de Freitas (2014: 37), historicamente, após o surgimento do Estado moderno, existiram dois modelos de contrato de direito público: 1) o modelo de matriz francesa^{108 109}, que irradiou para Espanha, Portugal e Brasil e que busca incorporar muitos tipos contratuais e 2) o modelo de matriz alemão^{110 111} e italiano, mais restrito que o modelo de matriz francesa, só sendo qualificados como contratos de direito público alguns dos contratos que nos outros ordenamentos jurídicos são considerados contratos administrativos.

Para os sistemas jurídicos mais influenciados pela matriz francesa, surgiram dois tipos de contratos públicos:

- Contratos da Administração regidos pelo direito privado: Nestes contratos a Administração encontra-se em uma situação de equilíbrio contratual com o particular co-contratante e utiliza do direito comum.
- Contratos da Administração regidos pelo direito público ou simplesmente contratos administrativos: Nestes contratos, pela doutrina tradicional, a Administração tem privilégios que o contratado não tem, sendo uma relação desequilibrada em favor do ente público. A existência desses privilégios deve-se aos interesses da coletividade que o Poder Público representa e seriam resquícios dos atos administrativos.

¹⁰⁸ Em razão da necessidade de viabilizar o deslocamento de uma competência jurisdicional mais favorável, a doutrina francesa criou a figura do contrato administrativo ou contrato de direito público – em que a Administração atuaria em uma posição de supremacia perante o outro contratante – diferenciando do contrato privado, em que a Administração ocuparia uma posição de igualdade perante a outra parte, desprovida, assim, de suas prerrogativas. Neste sentido Lourenço Vilhena de Freitas (2014: 71) cita Maria João Estorninho (*Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1995, p. 183) que apresenta as seguintes ideias fundamentais: Historicamente o contrato administrativo não teria resultado de qualquer “fatalidade”, mas antes de um “acaso”, fruto de uma especial interpretação do princípio da separação de poderes e do princípio da repartição jurisdicional das competências; assim, verificou-se primeiro a autonomização processual de certos contratos da Administração e só num segundo momento terá tido início a substantivação do contrato administrativo; O contrato administrativo não passou de um expediente da doutrina francesa para permitir à administração manter suas prerrogativas de autoridade, mesmo na atividade contratual.

¹⁰⁹ A cláusula exorbitante estipulada no âmbito da autonomia contratual é concebida pela jurisprudência francesa como a criação pelas partes de um efeito de um direito público que determina a natureza administrativa de um contrato. A contratação sobre o objeto de *serviço público* confere ao contrato uma natureza administrativa que determina a produção por ele de efeitos de direito público. (CORREIA, 1982: 374).

¹¹⁰ Pedro Miguel Matias Pereira (2011: 14) informa que a concepção do poder público como insuscetível de negociação ou contratualização é largamente tributária do negativismo alemão quanto à autonomia dogmática do contrato administrativo em que autores como Otto Mayer revelam resistência a qualquer tipo de contratualização pública da atividade administrativa; a doutrina italiana, por seu lado, admitindo a contratualização, considera o contrato administrativo como um *ato sobre condição*, em que a vontade do particular, longe der constitutiva, aparecia apenas como requisito integrador de eficácia ou de legitimidade do ato, *rectius*: contrato.

¹¹¹ Segundo Sérvulo Correia (*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Almedina, Coimbra, 371) o direito comparado revela-nos o uso frequente de um outro critério de qualificação dos contratos como administrativos: trata-se do *critério do objeto do contrato*. Na Alemanha e Suíça ele é expressamente assumido como tal.

Os contratos administrativos, então, podem ser definidos como aqueles ajustes celebrados pela Administração Pública por meio de regras previamente estipuladas por esta, sob um regime de Direito Público, visando à preservação dos interesses da coletividade.¹¹²

Para Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009: 80) o regime jurídico administrativo¹¹³ deve necessariamente reconhecer que:

- a) a supremacia do interesse público primário (pertinente a toda a sociedade) é princípio integrante do regime jurídico administrativo;
- b) é possível que haja, em dadas situações, convergência entre interesses privados e públicos sem qualquer tensão que implique falar em primazia do interesse público;
- c) nas hipóteses de conflito entre interesse público e interesse privado, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais não embasa a negativa de predomínio do bem comum, sendo este o interesse geral a ser tutelado pela Administração, o que não significa o arbítrio ou autoritarismo, mas efetividade do Estado Democrático de Direito; e
- d) não conduz à negação da primazia do interesse público primário o fato deste não ser sempre único, claramente identificável e incidente, de modo exclusivo, em uma dada realidade; o caráter dinâmico e a multiplicidade de interesses públicos inerente ao mundo contemporâneo apenas torna cabível a técnica de ponderação entre os diversos interesses, em face de cada situação específica, à luz da proporcionalidade.

No direito português legislado, qualificar um contrato como público tem apenas o significado de assinalar que está em causa um contrato celebrado por uma “entidade adjudicante” indicada no art. 2º ou no art. 7º do CCP. A seu turno, os contratos administrativos são a espécie de contratos públicos submetidos mais intensamente a uma disciplina juspublicística. (ESTORNINHO, 2014: 315)¹¹⁴

¹¹² Pedro Gonçalves (2015: 21) e José dos Santos Carvalho Filho (2005: 168) opinam por uma equivalência prática entre *contrato público* e *contrato da administração pública*.

¹¹³ O direito administrativo estabelece as condições de legitimidade da atividade desenvolvida no desempenho da função administrativa, designadamente na prática de atos imperiais formais, adotados no exercício de prerrogativas de poder público e em vista à produção de efeitos jurídicos externos (regulamentos, atos e contratos administrativos) (VIEIRA DE ANDRADE, 2013: 43)

¹¹⁴ Vieira de Andrade (2013: 231/236) explica que o Código de Procedimento Administrativo (CPA) estabelecia uma definição de contrato administrativo como “acordo de vontades pelo qual é constituída,

Da mesma forma, o direito brasileiro opta pelo conceito de contrato administrativo, espécie de contrato público, como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza um interesse público. (CARVALHO FILHO, 2005: 169)

No que tange aos contratos privados da União Europeia, Lourenço Vilhena de Freitas (2012: 17) informa que são celebrados por instituições, órgãos e organismos da UE, despidos de poderes públicos, de autoridade, estando, portanto, fora do objeto do direito administrativo da União.^{115 116}

modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”, operando, assim, uma distinção de “contrato de direito privado da Administração”.

Esta concepção remetia para a distinção entre direito administrativo e direito privado, através de um critério estatutário, associado ao objeto, com base em diversos tópicos doutrinários – a “administratividade” do contrato resultava, conforme os casos, de os sujeitos serem públicos, de haver uma relação de supremacia, de a finalidade ser de interesse público, ou, em última análise, de o contrato se desenvolver em uma “ambiência” de direito público.

O CCP, aprovado pelo Decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, segue um caminho diferente: adota dois conceitos polarizadores, embora em grande medida sobreponíveis, para efeitos de delimitação do respectivo âmbito de aplicação, que abrange, por um lado, a contração administrativa (formação do contrato) e, por outro, o regime substantivo de relação contratual (execução do contrato).

Por um lado, o CCP adota uma noção ampla de contrato público, que delimita em função dos sujeitos outorgantes, para efeitos da aplicação de um regime procedimental de formação de contratos em grande medida para cumprimento de diretivas europeias. Este conceito legal de “contrato público” abrange, à primeira vista, todos os contratos celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente de sua designação e da sua natureza (isto é, mesmo que sejam de direito privado), desde que sejam outorgados pelas autoridades adjudicantes. Por outro lado, o CCP estabelece um outro conceito, tendencialmente mais restrito: o de contrato administrativo, celebrado por contraentes públicos entre si ou com co-contratantes privados.

No plano substancial, superando a definição do CPA, o CCP retoma a ideia antiga de uma enumeração, ainda que agora mediante uma tipificação substancial e aberta, dos “contratos administrativos” identificados por aquilo que se pode chamar de “fatores de administratividade”, nos termos do art. 1º, nº 6 do CCP.

Pode-se, assim, concluir que os conceitos legais não coincidem inteiramente pois existiriam contratos públicos que não são contratos administrativos como aqueles qualificados como de direito privado ou submetidos a um regime de direito privado, mesmo que celebrados por contraentes públicos no exercício da função administrativa.

¹¹⁵ Segundo FREITAS (2012: Volume II, 13/16) quatro motivos contribuem para a crescente importância dos contratos de direito público e dos contratos públicos em geral

- 1) O primeiro foi o alargamento das competências da Comunidade para além do núcleo duro de suas tarefas clássicas.
- 2) O segundo foi a crescente estagnação da eficácia da atividade normativa na maior parte das áreas das tradicionais políticas comunitárias.
- 3) O terceiro foi a ausência a nível dos órgãos comunitários de conhecimentos em áreas especializadas.
- 4) O quarto, relacionada ao 3, resulta das novas funcionalidades do contrato que constitui um instrumento privilegiado de desconcentração territorial e sua execução descentralizada.

¹¹⁶A União Europeia pode atuar ao abrigo do direito privado e existem diversos tipos de contratos de direito privado relativos a pessoal; podem destacar-se três tipos: contrato de empreitada, contrato de colocação à disposição de pessoal e contrato de trabalho. (FREITAS, 2012: 605, conclusão 516)

Para o direito comunitário, contrato público é, na acepção da primeira parte do nº1 do art. 88 do regulamento financeiro, “*contrato a título oneroso celebrado por escrito entre um ou mais operadores econômicos e uma ou mais entidades adjudicantes tendo em vista obter, mediante o pagamento de um preço, o fornecimento de bens móveis ou imóveis, a execução de obras ou a prestação de serviços*” (FREITAS, 2014: 106)^{117 118}

Esta definição restrita de contrato público é conceito diverso do adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da UE, nos quais o contrato público pode significar o contrato sujeito ao direito público (abrangendo os contratos constitucionais, as convenções internacionais e os contratos fiscais), ou contrato sujeito a procedimento pré-contratual público ou mesmo contrato equivalente da noção francesa de contrato administrativo.

Assim, como bem constatado por Pedro Miguel Matias Pereira (2011: 25), com a europeização, passou-se a adotar um conceito amplo de *contrato público* num aparente esquecimento de *contrato administrativo*.

Segundo Lourenço Vilhena de Freitas (2012: volume I, 15), tal fato explica-se por duas razões: i) a jurisprudência do TJCE evitou historicamente a terminologia contrato administrativo; ii) porque nem todas as características típicas dos contratos administrativos – poder de modificação e poder de rescisão - estão presentes nos modelos contratuais com a amplitude que é habitual nos ordenamentos jurídicos em que a figura mais floresceu.

Ademais, o direito comunitário intenta harmonizar sistemas jurídicos que, historicamente, aceitavam ou refutavam a possibilidade de a Administração entabular contratos.

¹¹⁷ Novamente Pedro Miguel Matias Pereira (2011: 19) informa que o fenômeno da europeização a que está sujeito todo o sistema administrativo, é particularmente notório no caso da contratação pública. Nesta evolução é possível divisar um primeiro momento de impulso da *liberalização dos mercados* na década de 1970. Já nos anos 90 assistiu-se a um progressivo alargamento dos contratos abrangidos, por exemplo, com a Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de serviços, contratos que, até então, estavam excluídos da regulamentação comunitária.

¹¹⁸ O direito da UE conhece base normativa para a celebração de contratos que já tem sido qualificados como de direito público e que esta figura não se deve confundir com contratos nacionais de direito público, mesmo que celebrados para harmonização da execução do direito comunitário ou com acordos de direito público de natureza constitucional. Também diversa da figura dos contratos de direito público é o ato administrativo da UE.” (FREITAS, 2014: 42)

Maria João Estorninho (2006: capítulo II) bem demonstra este debate histórico nos sistemas jurídicos europeus. Segundo a doutrinadora portuguesa, as teorias negativistas do contrato tinham a seguinte fundamentação: a) o núcleo do instituto contratual reside na igualdade jurídica de duas vontades. Sendo o Estado soberano e encontrando-se quase sempre em uma posição de supremacia, essa ideia de igualdade nunca poderia verificar-se nos acordos por ela celebrados; b) por outro lado, o contrato pressupõe a autonomia da vontade que não ocorrem nas relações administrativas que surgem por determinação legal; e c) os serviços públicos diferenciam-se do comércio, não podendo ser contratualizados.

As teorias negativistas do contrato público foram superadas¹¹⁹ pela teoria do contrato administrativo, de inspiração francesa, que tentou encontrar uma explicação substancial para o dualismo do direito público e privado cuja criação, repita-se, foi pensada originariamente para afirmar a competência processual dos tribunais administrativos. (ESTORNINHO, 1987: 38).

Esta teoria, segundo Maria João Estorninho (2014: 163), buscou critérios para diferenciar o regime jurídico dos contratos públicos administrativos dos contratos privados, passando, a seu ver sem sucesso, por 3 fases:

1ª fase) O início da diferença. Onde se buscou diferenciar o contrato administrativo pela jurisdição especial ou pelas formas e formalidades. Este critério foi falho na medida em que buscou justificar nas consequências, as causas de diferenciação. Ou seja, buscou justificar a exclusão da competência dos tribunais comuns por uma diferenciação então inexistente e artificialmente criada.¹²⁰

2ª fase) A substantivização do contrato administrativo. Nesta fase buscou diferenciar o contrato administrativo em razão da natureza jurídica das partes; do fim de imediata utilidade pública; do objeto de serviço público; da sujeição especial do particular; da existência de cláusulas exorbitantes; e, por fim, de um critério misto de

¹¹⁹ O marco para esta evolução veio do direito alemão, que, desde a Lei do Procedimento administrativo de 1976, passou a acolher um princípio geral de livre utilização do contrato de direito público como alternativa ao ato administrativo. Tal exemplo foi seguido posteriormente por Itália, Espanha e Portugal. (GONÇALVES, 2003: 20)

¹²⁰ La distinción de contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente em el plano procesal y que carece de toda transcendência em el plano material o substantivo. (GARCIA DE ENTERRIA, 1999: 669)

cláusulas exorbitantes conjugada com serviço público. Contudo, a nosso ver, todos estes critérios de diferenciação apontados nesta fase também existem nos contratos privados da administração.¹²¹

3ª fase) Conformismo e regresso às origens. Onde, em um contexto mais recente, buscou-se os critérios de regime jurídico exorbitante e ambiente exorbitante para justificar esta diferenciação.

Assim, é tempo de encontro das duas teorias antagônicas, estabelecendo um critério único, sem a necessidade desta suposta diferenciação de regimes jurídicos.

No nosso entendimento, parafraseando Leonardo Boff¹²², a Águia, mesmo quando nascida e criada entre as galinhas, sempre será uma águia com todas as suas características e poderes.

De nada adianta tentar impor a Administração um suposto regime contratual mais vulnerável, sob a forma de direito privado se, ao cabo, esta mesma Administração, em razão de interesse público, necessitar adequar este contrato a uma nova realidade que, logicamente, implicará na revisão dos termos do contrato.

Isto não significa dizer que o regime de direito público dos contratos administrativos é especial em relação ao direito civil comum. O Estado pode ter uma posição contratual especial ou vantajosa sem, contudo, significar um novo regime jurídico especial e autônomo.

Ousamos discordar, portanto, da doutrina de Pedro Gonçalves (2015: 412) que afirma que o contrato da Administração que não cumpre nenhum dos critérios que permita sua recondução ao conceito de contrato administrativo qualifica-se, pois, como contrato de direito privado. Assim se ordenariam, por exemplo, contratos de fornecimento de serviço público pela Administração (águia, transportes urbanos), contratos de entidades da

¹²¹ Segundo Carla Amado Gomes (2008: 525), a teoria dos ‘poderes exorbitantes’ tem a sua raiz no *Arrêt Societé des grantis porhyroides des Vosges*, prolatado pelo Conselho de Estado francês no ano de 1912.

¹²² BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: a metáfora da condição humana*. 40ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

Administração Pública no âmbito da gestão e da alienação do patrimônio privado ou contratos de constituição de associações de direito privado ou de sociedades comerciais.

Contudo, o mesmo doutrinador afirma que deve-se notar que o contrato de direito privado celebrado pela Administração não se equipara, em termos de regime, aos contratos celebrados entre os particulares. Apesar de não lhe ser vedado a utilização do direito privado – enquanto direito de “toda a gente” – as entidades da Administração não o utilizam no quadro ou para o desenvolvimento de qualquer liberdade de autodeterminação (de que não dispõe), mas antes como ferramenta técnico-jurídica para a realização de missões públicas. (GONÇALVES, 2015: 413)

A nosso ver, mesmo nos contratos privados exemplificados por Pedro Gonçalves, a Administração permanece com suas prerrogativas, existindo um arcabouço normativo protetivo às atividades de interesse público que não são aplicáveis aos contratos entre privados. Claro exemplo que é rotineiro no direito brasileiro é a jurisprudência¹²³ que impede a interrupção de energia elétrica em órgãos públicos em caso de não pagamento em razão da supremacia do interesse público ou mesmo ação de despejo por eventual atraso de contrato de locação de imóveis de modo a manter a continuidade dos serviços públicos

Deste modo, perfilhamos a linha de Maria João Estorninho de que, nos tempos atuais, se mostra desnecessária esta distinção entre contratos da Administração submetidos a um duplo regime (público ou privado), pelo que adotamos um conceito amplo de contrato público como aquele em que a Administração Pública faz parte e, como co-contratante, a outra parte é um particular.¹²⁴

¹²³ O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito (STJ-1ª Turma, Resp. 278532-RO, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.11.00, DJ de 18.12.00).

¹²⁴ Registramos que foge do conceito de contrato público os contratos entre dois ou mais entes públicos que, para o direito brasileiro, são denominados convênios.

3. Características dos contratos públicos.

3.1 Presença da Administração Pública e consensualidade.

Apresentada a nossa visão de superação da dicotomia no que tange ao regime jurídico dos contratos firmados pela Administração Pública, bem como a diversidade de conceitos para estes contratos, cabe apresentar suas características que, a nosso ver, são comuns a todos os contratos firmados pela Administração.

Assim, a primeira e principal característica dos contratos públicos é a presença da Administração Pública como parte, independentemente do *rótulo* do regime contratual que se tenha entabulado. Eduardo García de Enterría (1999: volume I, 680) fala em *la presencia subjetiva de la Administración como requisito sine qua non del contrato administrativo*.¹²⁵

As demais características citadas pela doutrina tradicional¹²⁶ decorrem da necessidade de diferenciar os contratos privados *comuns* dos demais em que a Administração se apresenta, sem que haja um regime jurídico dos contratos públicos que não encontre amparo no ordenamento jurídico ordinário.^{127 128}

Esta necessidade de definição decorreu de que, historicamente, a estabilidade ou até rigidez dos contratos privados (decorrentes do *pacta sunt servanda*) eram muito favoráveis para o contratante privado e punha seriamente em causa a necessidade de atualização do

¹²⁵ As doutrinas alemã e suíça aceitam pacificamente que possam celebrar contratos administrativos, nos mesmos termos que as pessoas coletivas públicas, aquelas pessoas privadas a quem estejam confiados poderes de autoridade para que, através do seu exercício em nome próprio, prossigam fins de interesse público. São exemplos os contratos pelos quais os vizinhos repartem entre si os encargos pela conservação de uma estrada ou de um curso de água. Um alargamento tão grande do âmbito subjetivo do contrato administrativo é criticado com razão haja vista que contratos entre pessoas coletivas privadas só pode ser administrativo na medida em que pelo menos uma delas esteja investida na situação de elemento da Administração e estipule o contrato com base nesta posição. (CORREIA, 1987: 413)

¹²⁶ A doutrina tradicional fala que, além da presença da Administração Pública, os contratos administrativos têm por características a finalidade pública; obediência a forma prescrita em lei; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade.

¹²⁷ O objeto do presente trabalho são os contratos públicos, não sendo objeto de estudo os procedimentos pré-contratuais que possuem toda uma disciplina específica que limita a liberdade de contratação da Administração Pública e tem repercussões no que se refere a autonomia contratual.

¹²⁸ Sérvulo Correia (1987: 473) informa que, ao contrário da autonomia privada que consiste num vazio de norma injuntiva que os sujeitos preenchem sem qualquer referência necessária a situações e conteúdos típicos, a autonomia pública é sempre o fruto de uma abertura de uma norma específica, geralmente por meio de poderes discricionários ou conceitos jurídicos indeterminados.

serviço por exigências de interesse público em face dos progressos de natureza técnica como, por exemplo, o vapor que substituiu a tração animal. Ou seja, o contrato por haver sido entabulado por um regime de direito privado *puro* revelava-se um instrumento pouco adequado às exigências do interesse público que se quedava desprotegido. (GONÇALVES, 2003: 17)

Pedro Miguel Matias Pereira (2011: 56) aduz que o interesse público mutável implica que a Administração deve manter um *ius variandi* razoável que lhe permita alterar ou mesmo extinguir um contrato sem o consentimento do particular contratante e sem a intervenção de um juiz. Desta forma, a Administração necessitava de instrumentos legais ou contratuais para proteger o interesse público de situações de vulnerabilidade contratual.

Assim, para os doutrinadores que perfilham a dicotomia do contrato da Administração, a expansão do consenso na ação administrativa, apesar de criar as condições para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídicas públicas, estaria, contudo, longe de implicar na abolição do ato administrativo, seja porque, por si mesmo, também o ato pode ser produto de um consenso, seja porque, nos casos em que o consenso não é alcançado, a Administração Pública há de continuar a estar em condições de impor o direito da situação concreta: é o princípio da prevalência do interesse público que o exige. (GONÇALVES, 2003: 25)

Sobre o tema, Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009: 68/69) informa que da superioridade do interesse da coletividade decorre a sua prevalência sobre o interesse do particular como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É no interesse geral da sociedade e na soberania popular que se encontram os fundamentos da supremacia do interesse público.

Carla Amado Gomes (2008: 521) informa que não se pode olvidar que há no contrato administrativo especificidades diretamente decorrentes do fato de ele definir os direitos e obrigações das partes, se traduzir, simultaneamente, num instrumento ou mecanismo voltado à persecução de interesses públicos, ou seja, por nele estar presente também a lógica da função.

O mesmo é dizer que a articulação entre a Administração e particulares não se faz sem assegurar a supremacia do contraente público através do reconhecimento de um conjunto de poderes que lhe permite, se e quando necessário, garantir eficazmente a realização de interesse público subjacente ao contrato. Estes poderes são de cinco ordens: direção; fiscalização; modificação unilateral; aplicação de sanções por não execução ou execução indevida e; rescisão unilateral.¹²⁹

No direito brasileiro, Celso Antonio Bandeira de Melo (2005: 58-60) sistematizou a superioridade do interesse público ante o particular e afirmou, como consequência deste princípio: a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e exprimi-lo nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações. Conjugando a posição de supremacia com a posição privilegiada, extraiu-se a exigibilidade dos atos administrativos e, em alguns casos, a executoriedade compreendida como força material exercida sobre a pessoa ou coisa.

Desta forma, não se poderia negar a administratividade de todos os contratos que Administração Pública venha a celebrar no domínio das relações que tem que ser reguladas pelo direito administrativo. Marcado pela nota autoritária, o direito administrativo distanciava-se do direito privado e afirmava-se como um direito autônomo, centrado na figura do ato administrativo de autoridade. (GONÇALVES, 2003: 11 e 14)¹³⁰

No Brasil esta constatação é bastante forte¹³¹ e tende a prevalecer a ideia de que toda a base da atividade administrativa estaria sujeita ao Direito Público. Se observado o

¹²⁹ As “especialidades” que o estatuto da Administração traz para o contrato administrativo visam apenas garantir a prossecução eficaz do interesse público – tendo nesse objetivo o seu fundamento, mas também o seu limite. O seu maior expoente é, porventura, o caráter imediatamente exequível de alguns atos de execução do contrato, fato que investe o co-contratante num ônus de impugnação sob pena de se ver adstrito ao seu cumprimento, ainda que inválidos. (GOMES, 2008: 565)

¹³⁰ Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009: 26) informa que, ao contrário das normas de direito privado que regulam relações jurídicas em termos de igualdade, as normas de direito público outorgam ao ente incumbido de cuidar do interesse público posição de autoridade nas relações jurídicas que trave, sendo os poderes daí decorrentes limitados e condicionados pelo próprio ordenamento.

¹³¹ A posição adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros ressalta a existência de contratos administrativos com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado. Referem critérios para diferenciar o contrato administrativo do contrato de direito privado: 1. Alguns adotam o critério subjetivo ou orgânico, entendendo que no contrato administrativo a Administração age como poder público, com poder de império na relação jurídica contratual; não agindo nessa qualidade, o contrato será de direito privado; 2. para outros, o contrato administrativo tem sempre por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos; se tiver por conteúdo a prestação de atividade privada, será contrato de direito civil; 3. há quem

direito positivo brasileiro, percebe-se que se trata de uma postura que ali encontra grande respaldo. Isto porque a Lei nº 8.666, de 31 de junho de 1993, considera todos os contratos firmados pela Administração como sendo administrativos. Expliquemos.

Tomando-se por base o artigo 62, §3º do citado diploma legal¹³², observa-se que devem ser aplicados a todos os contratos firmados pela Administração os artigos 55, 58 a 61. Tais dispositivos prescrevem não somente normas para a formalização dos contratos como cuidam, outrossim, de definir os contornos das chamadas "cláusulas exorbitantes", cuja sede legal está no sobredito artigo 58. Esta exigência desmistifica grande parte da discussão acerca dos contratos privados do Poder Público brasileiro e, com isso, solapando discussões acerca do regime aplicado, pois este será sempre publicístico, por expressa determinação legal.¹³³

Se os contratos administrativos brasileiros carregam implicitamente as chamadas cláusulas exorbitantes, como base de seu peculiar regime de execução, o mesmo se estenderia aos contratos privados da Administração, em vista de a própria lei não estabelecer qualquer distinção objetivamente identificável entre as duas modalidades

Contudo, esta administratividade possui traços nucleares que residem na conjugação da consensualidade (própria de todo o contrato) com a autoridade (própria do

diferencie o contrato administrativo pela finalidade pública, o que é contestado, sob a alegação de que a Administração, mesmo agindo sob regime jurídico privado, tem que agir com esse objetivo, sob pena de incidir em desvio de poder; 4. outros entendem que é o procedimento de contratação que caracteriza o contrato administrativo, o que também não corresponde à verdade porque existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade; 5. finalmente, há aqueles para os quais o contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque estão fora da órbita (ex orbita) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*, 14ª ed., 1992, Ed. Atlas, p. 244/247.

¹³² Art. 62. (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja rígido, predominantemente, por norma de direito privado;

¹³³ Já o CCP dispõe no seu Artigo 1.º:

1 - O presente Código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.
2 - O regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.

contrato administrativo), ou seja, inerente a presença da Administração Pública.¹³⁴ (GONÇALVES, 2003: 32)

Certo é que a corrente segundo a qual a supremacia do interesse público e a legalidade são fundamentos basilares do regime jurídico administrativo sofreu mutação significativa principalmente depois da década de 80 do século passado. A necessidade de desenvolvimento de técnicas de gestão públicas neutras, com simplificação de procedimentos (desburocratização), flexibilização na execução das políticas públicas, uso preferencial da contratualização e garantia da estabilização mínima nas relações jurídicas daí oriundas, surgiu como valor fundamental capaz de alterar as bases sobre as quais se assentam as normas reguladoras da Administração Pública. (CARVALHO, 2009: 46)^{135 136}

No nosso entendimento, a consensualidade – segunda e também característica primordial de qualquer contrato- também se apresentar no contrato administrativo de modo que não se deve falar em uma posição *impositiva* de supremacia da Administração em razão

¹³⁴ Sérvulo Correia (1987: 720/721) informa que, quanto aos poderes de autoridade da pessoa coletiva administrativas sobre o outro contraente, não há que curar aqui daqueles resultem expressamente da lei. Pelo contrário, aquilo que interessa é a utilização do contrato administrativo como fonte originária de poderes do contraente público sobre o contraente privado. É um ponto que se dividem claramente as doutrinas administrativas francesa e alemã.

De um modo geral, os doutrinadores franceses consideram que as prerrogativas podem ter uma dupla fonte: a lei e o próprio contrato. Isto significa que o contrato tem função de sede complementar.

Já na Alemanha, pelo contrário, o contrato administrativo é quase exclusivamente uma técnica alternativa da do ato administrativo para exercício de competências materiais concedidas pela lei sem aceção da forma do seu exercício.

¹³⁵ Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009: 75) cita Sabino Cassese (*La crisis del estado. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003, p. 158-159*) que trata de um novo modelo de estabelecer as relações entre o público e o privado. O autor italiano adverte que tais relações já não são apenas bipolares, mas multipolares, com interesses que coincidem e às vezes contrapõem-se, sem que a linha de distribuição passe necessariamente pelo binómio público-privado. Estado e mercado, público ou privado, que se consideravam mundos separados ou em oposição, apresentam-se como entidades interpenetráveis, com interesses comuns e por vezes dissonantes.

¹³⁶ O mesmo Sabino Cassese, in "*Le Transformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX ao XXI secolo*", publicado em 2002 na "*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*", informa que cinco seriam as características do direito administrativo ao final do século XIX: *i*) uma postura eminentemente nacional, em que os liames com o Estado e com o território caracterizavam espaços indissociáveis de identidade; *ii*) o seu "*caractère dominant*" do qual exsurtem ideias importantes como a superioridade do interesse público, o princípio da legalidade e o poder discricionário; *iii*) a ligação com a noção de "regime administrativo", com a consequente fixação de sua especialidade e exorbitância em relação ao direito privado; *iv*) o direito administrativo como instrumento eminentemente governativo, voltado à gestão do poder Executivo e *v*) a especialidade da jurisdição administrativa.

O final do século XX marca o período de ruptura com estes cinco elementos originários, em razão da: *i*) globalização e crise de soberania; *ii*) erosão da supremacia do direito administrativo; e *iii*) crise da dicotomia do direito administrativo e direito comum.

da autoridade do ente público. Em verdade, as ditas prerrogativas públicas são disposições contratuais embasadas na Lei específica que o contratante privado aceita, de livre vontade, se submeter ao contratar¹³⁷, não sendo, a meu ver, exorbitantes ao direito comum e que podem implicar em vulnerabilidade estatal.¹³⁸

José Carlos Vieira de Andrade (2013: 75) informa que a Administração Pública dispõe, fundamental e caracteristicamente, de poderes públicos de índole geral, que são poderes deveres ou poderes-funcionais porque visam interesses de outrem- interesse públicos. São por isso, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

Já as posições jurídicas de vantagem, são as posições jurídicas de particulares às quais correspondem obrigações, deveres e sujeições da administração e/ou limitações (negativas) ou condicionamentos (positivos) da atividade administrativa. (VIEIRA DE ANDRADE, 2013: 64)¹³⁹

3.2 Tendência de maior discussão dos termos dos contratos públicos. Mutabilidade em favor de ambas as partes.

As prerrogativas públicas, repetimos, não são impostas unilateralmente como o ato administrativo. Para que seja possível a incidência de tais dispositivos legais, antes, é necessária a concordância do particular a entabular o negócio jurídico com a Administração Pública e, por consequência, a este regime jurídico específico. Se o privado não concordar com os termos contratuais, regidos e protegidos por Lei específica, é impossível a aplicação unilateral destas chamadas “prerrogativas” dos contratos públicos sem a formalização prévia do negócio jurídico.

¹³⁷ Deste modo, afasta-se qualquer resquício da teoria do ato administrativo aos contratos públicos.

¹³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (2005. 59) entende que a posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

¹³⁹ As cláusulas exorbitantes ou as prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos são reflexos do regime jurídico-administrativo. Evidente que devem ser de conhecimento dos licitantes e contratados em geral que de certo modo as cláusulas exorbitantes constituem um custo de transação ou contratação incompleta, a ensejar ao sujeito contratado incluir nos seus preços todos os riscos que eles têm.

De fato, a participação da Administração Pública nesses ajustes, efetivamente, faz com que a esta sejam atribuídas prerrogativas, vantagens, em razão da imperatividade dos interesses representados pela Administração Pública e, particularmente os interesses da coletividade.¹⁴⁰

Assim, para a doutrina tradicional, as cláusulas dos contratos administrativos são unilateralmente elaboradas pelo Poder Público, não interferindo o particular contratado de forma alguma, caracterizando típico contrato de adesão.

As tais cláusulas exorbitantes pré-estabelecidas consistiam na possibilidade da Administração modificar unilateralmente sem depender do consentimento do contratado, com o fim de melhor adequá-lo às finalidades de interesse público.¹⁴¹

¹⁴⁰ Este interesse público pode ser decorrente de necessidade nova ou uma nova ponderação das circunstâncias existentes – razões que justificam o poder de modificação unilateral. Trata-se de um poder de conformação da relação unilateral que não deve confundir-se com o fato do príncipe (*factum principis, fait du prince*) que consiste no poder do Estado e de outras entidades públicas, no uso de poderes normativos gerais, causarem diretamente ou especificamente a modificação de cláusulas contratuais. Trata-se, portanto, de decisão de soberania político-administrativa, mas pode decorrer do exercício de autoridade regulamentar. (Vieira de Andrade, 2013: 257/260).

Já Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto (2012: 14) entende por fato do príncipe os atos lícitos dos poderes públicos, praticados num plano extracontratual, que atingem de modo direto e especial o contrato, provocando a modificação dos seus termos ou a sua própria extinção. Trata-se aqui, no essencial, de medidas políticas-legislativas, adotados por entes públicos terceiros ao contrato ou mesmo pelo contraente público, mas em qualidade diversa da parte contratante, no exercício de outros poderes e até de outras funções estaduais igualmente desempenhada no quadro da organização administrativa ou dos órgãos de soberania.

Informa ainda que, afora a posição isolada de Vieira de Andrade, existe uma corrente minoritária e sobretudo histórica que perspectiva o *fato do príncipe* num plano estritamente contratual. Assim, o *fato do príncipe* seria um ato emanado pelo contraente público no uso de suas prerrogativas de autoridade que detém sobre o contrato, em especial do poder de modificação unilateral por motivos de interesse público. De fora deste âmbito ficariam as medidas gerais adotadas pelo legislador, remetidas para a teoria da imprevisão.

A posição oposta, assente em uma visão extracontratual do fato do príncipe é sustentada pela doutrina maioritária portuguesa. Neste enquadramento, autores como Pedro Gonçalves (1999: 260 e 359) afirmam que, apesar do *fato do príncipe* e dos poderes de confirmação da relação contratual poderem causar problemas semelhantes, designadamente na posição do contratante lesado, tratam-se de duas figuras distintas que não devem ser confundidas.

Novamente Pedro Gonçalves (2003: 109) informa que o que está ou pode estar em causa é uma alteração do contrato por força das atuações públicas de carácter geral, que tem efeitos sobre o contrato, mas não o tem por objeto.

Por último, há a terceira corrente de que fazem parte Sérvulo Correia (1990: 707) e Marcelo Caetano (1984: 620) que defende um sentido amplo de fato do príncipe, nele integrando ambas as teses acima expostas.

¹⁴¹ No que se refere as famosas prerrogativas do poder público, *este formidable poder no resulta propriamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es em sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes em los contratos administrativos há sido la consecuencia, y no la causa, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está em la relación inmediata del contrato com las necesidades públicas o, si se prefiere, com los servicios públicos. Devese notar ainda que*

Como já dissemos, a nosso ver, tais cláusulas exorbitantes em nada têm de especial em relação ao direito comum na medida em que podem ser livremente acordadas pelas partes (públicas ou privadas). A Legislação pública e privada somente confere normas protetivas em caso de desigualdade contratual nociva e desproporcional para qualquer uma das partes, porém não se reveste em caráter absoluto posto que ao final se mencione o respeito aos direitos dos contratados.

Ademais, como bem dito por García de Enterría (1999: volume I, 59), *el Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junto a los privilegios, em más y em menos, que componem el estatuto singular de las Administraciones Públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicados em último extremo em su titularidad de derechos fundamentales que configura una situación de equilibrio.*¹⁴²

Se é fato inconteste que o contrato de adesão é uma rotina nas relações jurídicas públicas e privadas, também é uma tendência uma maior abertura para discussão das cláusulas e termos contratuais entre a Administração e o particular, aprofundando o regime de colaboração e que tem como exemplo moderno as Parcerias Público-Privadas e o diálogo concorrencial previsto no capítulo V, título III, parte II do CCP.

Mesmo para aqueles que afirmam a existência desta Administração Pública superpoderosa, a prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato vem sendo contestada como poder geral independente de previsão legal explícita.

Neste sentido foi construída a chamada “teoria da imprevisão” que autoriza a modificação das cláusulas originalmente pactuadas em vista de surgimento de fatos supervenientes e imprevisíveis capazes de impedir ou dificultar o cumprimento do ajuste nos termos inicialmente avençados.

este poder formidável está restrito ao campo de exercício de direitos legais ou contratuais, referentes a uma questão de autoexecutoriedade. Se a Administração decidisse contra estas regras suas decisões seriam anuladas pelos Tribunais. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: volume I, 677)

¹⁴² No mesmo sentido ESTORNINHO (*Algumas questões de contencioso dos contratos da administração pública: à luz das recentes alterações introduzidas pelo D.L. n. 6/96, de 31 de Janeiro*). Essa dicotomia vem sendo questionada e já há o sentimento cada vez maior de que inexistem contratos integralmente privados haja vista que a Administração nunca vai escapar de algumas regras como os direitos fundamentais.

O grande objetivo de tal teoria da imprevisão é reconstruir ou manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, o que representa um direito do contratado.

Ora, se tal teoria pode ser usada em favor do particular, por igualdade e paridade de armas, também pode ser aplicável em favor da Administração sem a necessidade de amparo da teoria do ato administrativo.

Maria João Estorninho (2014: 470) informa que o regime jurídico da execução dos contratos celebrados por entidades públicas é moldado pelo princípio da prossecução do interesse público, do qual decorrem, simultaneamente, uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade.

A estabilidade traduz-se em exigências de respeito pelo contrato e de respeito pelo procedimento pré-contratual. Corolário da estabilidade é toda a teia de exigências de que a lei rodeia o exercício, em nome da adaptabilidade do contrato à prossecução do interesse público e do poder de modificação unilateral das prestações. O reconhecimento de um direito à estabilidade dos contratos justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses econômicos do contratante particular, mas também o direito de ver a sua relação jurídica readequada a uma nova realidade.

Assim, se esta nova realidade não é vantajosa contratualmente para qualquer das partes, ou cabe uma execução com posterior indenização ou cabe a solicitação de extinção da avença. Não sendo possível um *decreto de execução forçada do contrato*.

A teoria da imprevisão traduz o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* que propõe que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem, flexibilizando a regra geral da *pacta sunt servanda*, na medida em que estabelece que os contratos só devam ser cumpridos, fielmente pelas partes enquanto permanecerem as mesmas condições em que foram celebrados.

A verdade é que a aplicação dessa teoria se assenta muito mais na equidade do que no direito e foi a jurisprudência brasileira que, seguindo a doutrina e jurisprudência francesa,

acabou por igualmente admitir a revisão dos contratos administrativos em razão de fatos supervenientes altamente onerosos para o particular contratado.¹⁴³

Ademais, não se pode olvidar a existência do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos.

Como ensina Jesús Gonzalez Pérez¹⁴⁴, o princípio geral da boa-fé atua não só no âmbito do exercício de direitos e poderes, mas também na constituição das relações e no cumprimento dos deveres, implicando na necessidade de uma conduta leal, honesta, estimada e que se pode esperar de uma pessoa, protegendo a confiança que, fundamentadamente, pode-se depositar no comportamento de outrem. A boa-fé supõe uma regra de conduta ou uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem comum, de um homem médio.

A jurisprudência portuguesa através do Supremo Tribunal Administrativo abordou o tema com profundidade no processo 01188/02, acórdão de 18/06/2006¹⁴⁵, onde ficou assentado que:

“III- O princípio da boa-fé assume-se como um dos princípios gerais que servem de fundamento ao ordenamento jurídico.

IV- Tal princípio apresenta-se como um dos limites da atividade discricionária da Administração.

V- Um dos corolários do princípio da boa-fé consiste no princípio da proteção da confiança legítima, incorporando a boa-fé o valor ético da confiança.

VI- A exigência da proteção da confiança é também uma decorrência do princípio da segurança jurídica, imanente ao princípio do Estado de Direito.

VII- Contudo, a aplicação do princípio da proteção da confiança está dependente de vários pressupostos, desde logo, o que se prende com a necessidade de se ter de estar em face de uma confiança "legítima" o que passa, em especial, pela sua adequação ao Direito, não podendo invocar-se a violação do princípio da confiança quando este radique num acto anterior claramente ilegal, sendo tal ilegalidade perceptível por aquele que pretenda invocar em seu favor o referido princípio.

¹⁴³ Cumpre destacar que a aplicação da referida teoria se refere aos fatos posteriores à celebração contratual e não poderiam ser previstos pelas partes e que tornem impossível ou extremamente difícil o cumprimento do contrato conforme inicialmente pactuado.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 69/70 *apud* CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos*.

¹⁴⁵ Número Convencional: JSTA00060046, Nº do Documento: SA12003061801188. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d91f021221d2fdde80256d55003780fd?OpenDocument>>, acesso em 27/09/2015.

VIII- Por outro lado, para que se possa, válida e relevantemente, invocar tal princípio é necessário ainda que o interessado em causa não o pretenda alicerçar apenas, na sua mera convicção psicológica, antes se impondo a enunciação de sinais exteriores produzidos pela Administração suficientemente concludentes para um destinatário normal e onde seja razoável ancorar a invocada confiança.

IX- As meras expectativas fáticas não são juridicamente tuteladas.

X- O cuidado e as precauções a exigir da parte que reivindica a proteção da sua boa-fé serão tanto maiores quanto mais avultados forem os investimentos feitos com base na confiança, já que se não pretende tutelar o "excesso de confiança".

XI- Por outro lado, mesmo em sede do princípio da boa-fé, a Administração terá sempre de valorar os condicionantes que entretanto, se tenham produzido, sendo que a mudança do circunstancialismo em que se tivesse baseado numa anterior conduta, poderá legitimar à luz da vinculação ao princípio da legalidade e da prossecução atualizada do interesse público, uma alteração aos critérios anteriormente assumidos não estando, assim, a Administração impedida de avaliar a nova situação que, porventura, se tivesse desenvolvido, por forma a melhor acautelar os interesses que lhe incumbisse defender.

XII- Por obediência ao princípio da proporcionalidade a Administração deverá escolher dentro dos diversos meios ou medidas idóneas e congruentes do que disponha aqueles que sejam menos gravosos ou que causem menos danos.

XIII- Estamos aqui no domínio do princípio da intervenção mínima por forma a que se consiga compatibilizar o interesse público e os direitos dos particulares, de modo a que o princípio da proporcionalidade jogue como um fator de equilíbrio garantia e controlo dos meios e medidas.

XIV- O princípio da igualdade é de conteúdo pluridimensional, postulando várias exigências, sendo que, no fundo, o que se pretende evitar é o arbítrio, mediante uma diferenciação de tratamento irrazoável, a que falte inequivocamente apoio material e constitucional objectivo.

XV- A ilicitude não se basta com a genérica anti-juridicidade, tudo se devendo centrar nas específicas relações eventualmente existentes entre as normas ou princípios tidos por violados e a esfera jurídica do Particular, devendo existir como que uma conexão da ilicitude entre a norma ou o princípio e a posição juridicamente protegida do Particular.

XVI- Ou seja, nem toda a ilegalidade implica ilicitude, para efeitos indemnizatórios, devendo o conceito de ilicitude ser integrado pela já apontada exigência de violação de uma posição jurídica substantiva do Particular.

XVII- O princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos constitui o fundamento da responsabilidade por actos lícitos, acolhida no art.º 9.º do D. Lei 48051 de 21/XI/67.”

Assim, há preocupação de conjugar a cláusula exorbitante e a boa-fé dos contratados, podendo-se flexibilizar as cláusulas de privilégio em casos concretos, afastando sua aplicação em favor da equidade, da justiça contratual e afastando enriquecimento sem causa da Administração.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Suzana Tavares da Silva (*A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos*. In Estudos de Contratação Pública, volume I, fl. 893/942. Coimbra Editora, 2008) faz abordagem ainda pouco explorada referente às atuações administrativas informais que ganharam estatuto de “categoria jurídica” a partir dos estudos da doutrina alemão dos anos 80. Desde os primeiros esforços de

Diante da garantia da prossecução do interesse público de forma prioritária, os contratos públicos não são respeitados na mesma medida em que o são no direito privado pois aqui podem existir alterações impostas unilateralmente ou até a cessão antecipada por razões de interesse público e independentemente da vontade da outra parte, sem que seja necessário, como no direito privado, provar a alteração substancial das circunstâncias e ou a discordância com a base contratual.

Contudo, ao revés de buscar aparelhar a Administração Pública com as prerrogativas unilaterais, mais sentido faria utilizar a teoria da imprevisão para revisar um contrato que se tornou oneroso em demasia para o erário, mantendo a equidade das partes.

3.3. Prerrogativas públicas como normas protetivas.

Em outra vertente, cabe informar que, por ser fundada em Lei, mesmo que não prevista no termo contratual, as ditas prerrogativas públicas são aplicáveis a esta relação jurídica. Pedro Gonçalves (2015: 523/524) comunga este entendimento para o direito português ao afirmar que, malgrado o CCP aduzir que os poderes do contraente público devem estar descritos no contrato, isto não significa que, caso não escritos, signifique uma renúncia a estes.

Assim, entendemos que as chamadas prerrogativas públicas são, em verdade, normas protetivas a serem usadas somente em caso de necessidade.

Como bem dito por Maria João Estorninho (1987: 38), os poderes públicos não apresentam qualquer especificidade face ao Direito Civil, existindo ferramentas legais e contratuais *comuns* para resguardar estes direitos e equilibrar relações jurídicas injustas.

Mesmo a ideia de busca do interesse público pela Administração (usada como fundamento para justificar estas prerrogativas no contrato público) deve ser inerente a qualquer relação jurídica (pública ou privada) sob pena de ilegalidade ou reprimenda. Afinal, a busca do interesse individual não pode sobrepor o interesse coletivo que é protegido pelo direito.

sistematização desta realidade vemos uma expansão destes mecanismos associada à sua estreita ligação com o princípio da eficiência e o enfraquecimento do princípio da legalidade.

Sobre o tema, Alexandre Santos Aragão (2013: 10) acertadamente cita Luciano Parejo Afonso¹⁴⁷, e afirma que o interesse público ou geral deixou de ser uma categoria clara e taxativamente separada e contraposta, quase que por natureza, de algo distinto que é o interesse privado. A interpenetração do Estado e sociedade e a progressiva incapacidade do primeiro para realizar e impor apenas por sua própria vontade e ação o interesse público, relativizou a autonomia deste, vinculando com naturalidade sua consecução à cooperação e colaboração com os interesses privados ou, quando menos, com o incentivo a estes.

Tal fato está alinhado a atual busca de modelos privados para a administração pública que, logicamente, obedece a uma regulação da legislação comum, o que implica no fenômeno da *fuga para o direito privado*¹⁴⁸.

A Administração quando usa o direito privado continua a ser a Administração, razão pela qual se tem de concluir que uma coisa é o direito privado enquanto direito dos privados, outra, diferente, o direito privado enquanto direito utilizado pela Administração: é o que resulta da Administração, em qualquer caso, atuar para prosseguir interesses alheios (interesse público) e não, como os particulares, para prosseguir interesses próprios. Quer isto dizer que o direito privado só pode ser usado como uma técnica jurídica de atuação e não como um sistema normativo ao serviço da liberdade da autonomia (privada) sem aplicabilidade para a Administração Pública. Disso resulta o fenômeno de publicização do direito privado utilizado pela Administração e da impossibilidade de se falar de um “direito privado puro” usado pela Administração. (GONÇALVES, 2003: 47)

A questão que se coloca reside concretamente em saber que regime substantivo de direito público é esse que nos permite falar de uma autonomia do contrato administrativo. Para alguns, a resposta é que se trata de um regime jurídico que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante, pois aquela entidade fica investida de certos poderes públicos de autoridade, por

¹⁴⁷ AFONSO, Luciano Parejo, *Crisis y renovación em el derecho publico*. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 24.

¹⁴⁸ Pedro Gonçalves (2003: 39, 46/47) fala da *fuga para o direito privado* que tem por uma de suas razões a busca por maior agilidade e flexibilidade.

vezes designadas de prerrogativas exorbitantes – que desigualizam as posições jurídicas em que as partes são colocadas. (GONÇALVES, 2003: 33)

Entendo que a supremacia da Administração no contrato seria, hoje, em verdade, uma posição de proteção do interesse público em caso de vulnerabilidade, a exemplo da aplicação da legislação protetiva do consumidor, quando possível, mesmo em favor da Administração. Neste regime especial protetivo, a Administração ou o consumidor são tratados de forma diferente do fornecedor de produtos e serviços, possuindo outros poderes e amparos legais que são negados a parte supostamente mais forte de modo a igualar a posição contratual dos co-contratantes.

Assim, cabe a reflexão: Será que as prerrogativas públicas previstas na lei ou nos contratos públicos são normas de autoridade, de *ataque*, a serem utilizadas conforme a conveniência do Estado ou será que, hoje, em verdade, tais prerrogativas não seriam *normas de defesa* que somente podem ser utilizadas em caso de desigualdade da relação com vistas a proteger a parte mais fraca e necessária, qual seja, o interesse público.

Se interpretarmos as prerrogativas públicas nos contratos como normas de autoridade, perfilharemos a corrente de dualidade do contrato público. Por outra banda, ao entendermos que tais prerrogativas seriam normas de defesa, passamos a questionar a necessidade da existência do contrato administrativo como ramo autônomo.

Desta forma, em razão da presença do ente público são apresentadas normas especiais protetivas que são denominadas pela doutrina tradicional de prerrogativas públicas, cláusulas exorbitantes ou posições jurídicas substantivas da Administração que caracterizam os contratos públicos.

4. Posição jurídica substantiva da Administração no direito Luso-Brasileiro.

E de que forma se apresentam as posições jurídicas substantivas no direito luso-brasileiro?

Maria João Estorninho (1990: 117) afirma que com base nestes princípios de consensualismo e prossecução do interesse público, foi construído todo o regime exorbitante do contrato administrativo em que a Administração surge investida de poderes de autoridade de que os particulares não se beneficiam no âmbito do contrato privado, sendo, portanto, um regime exorbitante do direito comum.

Independentemente de qualquer dissenso doutrinal que possa ter marcado a história dos contratos administrativos e sua recusa inicial, com base na ideia de que *no direito não há consenso, mas (apenas) autoridade*¹⁴⁹, ainda é hoje assente que a Administração quando contrata não se reduz, por isso mesmo, ao estatuto de mero particular, mas antes transporta, para o interior do contrato, a autoridade que geralmente lhe é associada. Esta autoridade ou supremacia jurídica sobressaem, designadamente, nas prerrogativas exorbitantes que lhe são atribuídas com vistas à prossecução e salvaguarda do interesse público, prevalecendo sobre a escrita da lógica do contrato. (PINTO, 2012: 70)

Neste ponto, cada doutrinador estabelece o seu critério de classificação e nomenclatura destas prerrogativas ou posições substantivas da Administração.

Novamente Maria João Estorninho (1990: 121) classifica estas prerrogativas geralmente reconhecidas a Administração em três categorias: 1) interpretação do contrato; 2) fiscalização, direção ou imposição de sanções; e 3) modificação ou extinção unilateral do contrato.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) elenca como *cláusulas exorbitantes* a exigência de garantia; possibilidade de alteração e extinção unilateral do contrato; fiscalização; aplicação de penalidades; anulação; retomada do objeto; exceções ao *exceptio non adimplenti contractus*.

¹⁴⁹ Pedro Gonçalves (2003: 102) informa que a marca essencial ou decisiva do regime substantivo do contrato administrativo reside no fato da Administração estar colocada numa posição de supremacia jurídica sobre seu contratante, transportando assim, para o interior do contrato a autoridade que geralmente lhe é associada.

Tais prerrogativas estão previstas na legislação¹⁵⁰ ¹⁵¹porém, não sendo normas exclusivas, limitadoras ou excludentes de outros dispositivos legais ou contratuais eventualmente mais benéficos a Administração.

Embora sempre com base na lei, o contrato pode ser a fonte imediata de poderes públicos da Administração contratante. Quer isto dizer que a existência de um concreto poder público (previsto em lei) pode depender da sua estipulação em um próprio contrato (GONÇALVES, 2003: 110)

Desta forma, temos que nos filiar a corrente que entende que a disciplina de contrato administrativo nada tem de especial ou singular em relação ao contrato privado na medida em que possibilita a adoção de modelos contratuais diversos e as chamadas cláusulas exorbitantes¹⁵² podem ser pactuadas mesmo entre particulares.

Todavia, embora a Administração Pública disponha de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, o contrato administrativo não chega a ser tão "exorbitante", não se podendo mais considerar as prerrogativas da Administração Pública no contrato administrativo como caracterizadoras de uma natureza jurídica ou de um conteúdo totalmente incompatíveis com o direito privado.

É que a ideia de contrato evoluiu e torna-se mais difícil a cada dia manter-se aquela visão tradicional de um contrato rigidamente paritário e consensualista, teimosamente decantada em algumas passagens doutrinárias mais ortodoxas, notadamente em um contexto atual em que a maioria dos contratos decorrentes de relações privadas são marcados pela desigualdade e amparados pela legislação protetiva dos vulneráveis.

¹⁵⁰ No direito português, conforme art. 180 do CPA, se confere a Administração uma série de poderes públicos extracontratuais, de fonte legal e que ela dispõe mesmo que não esteja prevista no contrato. (GONÇALVES: 2003, 34)

¹⁵¹ Já a legislação brasileira, no art. 58 da Lei nº 8.666/93, vai além ao relacionar os seguintes princípios das prerrogativas contratuais públicas: 1) alteração e rescisão unilateral do contrato; 2) fiscalização da execução do contrato; 3) aplicação de sanções; e 4) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais. (CARVALHO FILHO, 2005: 189)

¹⁵² Como já dito, a maioria da doutrina sustenta que o contrato administrativo é um contrato singular e exorbitante do direito comum. A distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado é feita, basicamente, pela presença das chamadas "cláusulas exorbitantes", que na opinião de grande parte dos doutrinadores, seriam ilícitas em contratos celebrados entre particulares, por conferir privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra, portanto, exorbitando o direito comum.

Assim, a alegação de exorbitância do contrato administrativo em face do contrato privado tem sido defendida de forma não muito convincente e não resiste a uma análise mais detalhada no campo do Direito, nos dias atuais.

Para Estorninho, "a doutrina vai evoluindo para critérios nos quais cada vez é mais diluída a fronteira entre o contrato administrativo e os contratos privados. A doutrina começou por reconhecer a dificuldade - ou mesmo a impossibilidade - de identificar em concreto as "exorbitâncias" do contrato administrativo, já não erigindo em elemento de qualificação do contrato um regime jurídico concreto, mas sim uma mera intuição acerca de um "clima" ou "ambiente" exorbitante. Contudo, na última fase da evolução, acaba-se mesmo por prescindir de qualquer ideia de "exorbitância" e por reconhecer que o regime jurídico concreto de um contrato administrativo não difere, normalmente, pela sua natureza do de um qualquer contrato privado."

Os chamados poderes exorbitantes ou corretamente chamados de posições substantivas da Administração existem corriqueiramente nas relações privadas e, hoje, ainda não são suficientes para proteger de forma ampla a Administração Pública que se mostra, em muitos casos, vulnerável nas suas relações jurídicas.¹⁵³

Afinal, será que um particular não pode fiscalizar e direcionar a execução correta de um serviço ou obra de construção? Será que um contrato particular não pode estabelecer um modo de alteração de contrato conforme interesse posterior de uma das partes, como o

¹⁵³ Antonio José Avelãs Nunes (2013: 246) mostra-se crítico ao atual modelo econômico ao afirmar que o atual Estado incentivador-garantidor se coloca ao nível dos agentes privados (assumindo-se como uma espécie de *primus inter pares*) e subordina-se às regras de direito privado, para, desse modo, garantir a prossecução do interesse geral. Assim, como diz Suzana Tavares da Silva (*O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, tese de doutoramento, Coimbra, 2008, fls. 59 e 67): "o estado incentivador é fundamentalmente aquele que adota a roupagem privada e prossegue o interesse público a partir do mercado. Este Estado Garantidor é, assim, a forma bizarra através da qual se pretende que o Estado *garanta* a prestação do serviço público essenciais, ao mesmo tempo em que entrega a sua produção a empresas privadas que atuam segundo os mecanismos do mercado em busca da maximização do lucro.

Os defensores do Estado *incentivador-orientador-garantidor* reconhecem, candidamente, que a necessidade de garantir a saúde económica das empresas que operam nos setores de serviços públicos essenciais é fundamental para garantir os resultados pretendidos e, sobretudo, garantir a prestação de um serviço público essencial.

Por fim, arremata às fls. 256/257 que o Estado garantidor é um superestado feudal onde os súditos consumidores devem pagar aos parceiros privados caso o lucro destes não seja obtido com as PPPs.

acréscimo do pedido de compra ou extinção automática por inadimplência? Não é instituto comum do contrato civil as cláusulas penais que tem caráter de sanção?

A nosso ver nenhuma destas posições substantivas da administração, previstas no arcabouço legal luso-brasileiro, extrapolam o direito comum, podendo ser livremente (e assim é) acordadas entre as partes.¹⁵⁴

A única dúvida recai sobre a legislação brasileira, especificamente o art. 58¹⁵⁵, inciso V da Lei nº 8.666/93 que permite a *encampação*. Se tal prerrogativa for dotada de autoexecutoriedade, a nosso ver, trata-se de ato administrativo clássico que sobrepõe a relação contratual.¹⁵⁶¹⁵⁷

¹⁵⁴O direito luso-brasileiro tem como traço comum a indicação dos “poderes do contraente público” ou “prerrogativas de: poder de modificação unilateral; poder de direção da execução; poder de fiscalização; poder sancionatório; e poder de resolução unilateral. Capítulo IV da Parte III do CCP e art. 58 da Lei nº 8.666/93.

¹⁵⁵ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

¹⁵⁶ Artigo 307.º Natureza das declarações do contraente público 1 - Com excepção dos casos previstos no número seguinte, as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa comum. 2 - Revestem a natureza de acto administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em:

- a) Ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização;
- b) Modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público;
- c) Aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato;
- d) Resolução unilateral do contrato.

Artigo 311.º Modificação objectiva do contrato. 1 - O contrato pode ser modificado com os fundamentos previstos no artigo seguinte: a) Por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato; b) Por decisão judicial ou arbitral.

2 - O contrato pode ainda ser modificado por acto administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público

¹⁵⁷ No direito português, a modificação de contratos administrativos sujeitos às normas de contratação pública não pode ser livremente empreendida pelas partes, sob pena de se violarem, em certos casos, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. O Acórdão Pressetext (P. C-454/06, de 19 de Junho de 2008) refere que uma modificação deverá ser considerada uma nova adjudicação quando se verificar que “as alterações introduzidas (...) apresentam *“características substancialmente diferentes”* das do contrato inicial, demonstrando portanto “a vontade das partes em *renegociar os termos essenciais* do contrato”.

Mas, se, por um lado, resulta da própria teoria da reposição do equilíbrio financeiro que o contraente privado não pode ser prejudicado pela modificação unilateral (não podendo, portanto, a Administração beneficiar com essa imposição), parece resultar que, por outro lado, caso tal aconteça, quer seja por acordo ou por modificação unilateral, esse desequilíbrio não será apto a violar os interesses da concorrência.

Já na doutrina portuguesa, a questão da natureza jurídica das declarações do contraente público na execução dos seus contratos há muito vinha sendo discutida. O CCP veio expressamente resolver a questão nos termos do art. 307, n.º 2 que dispõe que os poderes de conformação da relação contratual são exercidos através de ato administrativo do contraente público e não de uma mera declaração negocial.

No entanto, somente os atos que determinem a resolução do contrato – em especial, o sequestro e o resgate de concessões – é que gozam de autotutela executiva, sendo que os restantes não podem ser coercitivamente impostos pela Administração (artigo 309.º, n.ºs 1 e 2 do CCP) (ESTORNINHO, 2014: 478)^{158 159}

Vários autores têm se pronunciado sobre esta questão. Vieira de Andrade (*A Justiça Administrativa*, p. 197) defende que deve valer a presunção de que os poderes concedidos à Administração correspondem a declarações negociais, só havendo lugar à prática de atos administrativos quando a lei ou o contrato expressamente o prevejam ou como tais devam ser considerados por razões de interesse público ou da necessidade de proteção de terceiros. (ESTORNINHO, 2014: 484)

Neste ponto, novamente concordamos com Vieira de Andrade (2013: 181) quando se afirma que atualmente esta posição da executoriedade é insustentável num quadro de uma administração democrática, em que os administrados são cidadãos titulares de direitos perante as autoridades administrativas. Assim, não se pode falar de uma verdadeira presunção de legalidade dos atos administrativos, nem faz sentido reconhecer à Administração um poder geral de uso da força fora de situações excepcionais ou de urgência.

¹⁵⁸ Vide Capítulo V, art. 311.º do CCP: 1 - O contrato pode ser modificado com os fundamentos previstos no artigo seguinte: a) Por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato; b) Por decisão judicial ou arbitral. 2 - O contrato pode ainda ser modificado por acto administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público.

¹⁵⁹ ESTORNINHO (2014, 479) informa que Pedro Gonçalves (*O contrato administrativo*, p. 114) lembra três posições na jurisprudência portuguesa: uma corrente tradicional para qual se trata de atos administrativos (ex. Ac. STA/a.º de 14/2/2002, proc. n.º 47543); uma corrente revolucionária, para qual se trata de meras declarações negociais, emitidas no exercício de direitos potestativos (ex. Ac. STA/1.ª, de 29/1/98); uma corrente indecisa, para a qual podem ser atos administrativos, mas também podem ser meras declarações negociais (ex. Ac. STA/1.ª, de 20/10/2000, proc. n.º 46372).

Por tudo isso, afirma-se que o regime jurídico do contrato administrativo é em si mesmo compatível com o direito contratual privado contemporâneo. Aliás, como fica patente e fácil de compreender, a tese da exorbitância do contrato administrativo não pode mais resistir à evolução do direito contratual.

Em sendo o regime do contrato administrativo compatível com o direito comum, com base no consenso, há que se constatar a ineficiência das “prerrogativas públicas” para proteger os interesses do Estado nas PPPs.

Ora, estando o parceiro privado em uma posição de supremacia negocial, o instrumento contratual limitará a aplicabilidade ou eficiência destes “poderes públicos” de modo que o Estado, mesmo mantendo estas posições jurídicas substantivas, será considerado vulnerável.

Prova desta vulnerabilidade é a constatação de que os atuais contratos de PPPs outorgam algumas das prerrogativas contratuais públicas aos parceiros privados como, por exemplo, as cláusulas de modificação contratual unilateral (*step in, step out*), garantia de lucro ou assunção de riscos pelo parceiro privado, etc...

4.1 Aplicabilidade de regime jurídico privado nos contratos públicos.

Neste ponto cabe analisar e repensar a aplicabilidade direta ou subsidiária da legislação privada para os contratos públicos.

A construção da autonomia do direito administrativo impôs uma compreensível ruptura com os quadros e as instituições do direito civil: o processo de emancipação exigia, em palavras escritas em 1913, uma “*campanha de descivilização*” que procura libertar os institutos do direito administrativo do direito civil. (GONÇALVES, 2015: 379)

Contudo, diante das inovações das relações privadas que impactavam nas ciências jurídicas, foi-se discutindo a desnecessidade de submissão total a um regime totalmente construído à luz do direito público ou a admissibilidade de aplicação subsidiária do direito privado, bem como são de referir alguns princípios gerais aplicáveis.

Para tanto, surgiram duas correntes: 1) a tese negativista, com larga aceitação no direito administrativo francês, que entende inaplicáveis na totalidade aos contratos administrativos os preceitos de direito civil (entre eles LAFFERIERE e JÉZE); e 2) uma tese afirmativa - que conhece reflexos nos ordenamentos jurídicos italiano, alemão e espanhol - que entende pela aplicação subsidiária ou analógica do direito privado nas relações públicas. (FREITAS, 2014: 87)

Como se sabe a legislação luso-brasileira é expressa ao apontar a aplicabilidade subsidiária da legislação comum haja vista que a legislação especial se sobrepõe a comum.

O direito português dispõe no art. 280º, nº 1º do CCP que na falta de Lei especial, as disposições do presente título são aplicáveis às relações contratuais jurídicos administrativas. Dispõe ainda o nº 2 que as disposições do presente título são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídico administrativas reguladas em especial no presente Código ou em outra Lei, sempre que os tipos de contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa. Já o nº 3 admite a aplicação subsidiária do direito civil. (FREITAS, 2014: 88) ¹⁶⁰

Neste mesmo sentido o direito brasileiro ao dispor no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 que subsidiariamente incidem em caráter supletivo os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos públicos.

Ocorre que, com a referida *fuga para o direito privado*, inúmeros modelos de negócios não encontram, ainda, regulação especial no direito administrativo. O que, a meu ver, implica em uma utilização direta do direito comum, obedecidas as restrições inerentes a licitação pública, de modo a viabilizar o mínimo de flexibilidade para uma Administração pública que busca uma referência *privada* para a sua gestão, suplantando o caráter *subsidiário* da legislação. ¹⁶¹

¹⁶⁰ O art. 280º, nº 3 do CCP dispõe que: ‘*Em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil*’.

¹⁶¹ Em 1953 Wolfgang SIEBERT (*Privatrecht im Bereich oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von oeffentlichem Recht und Privatrecht*) afirmava que a Administração Pública devia poder recorrer ao Direito Civil, porque o Direito Público ainda não tinha desenvolvido as formas necessárias para a Administração de providência e proteção. Tratava-se de utilização, como argumento justificativo desse recurso

Com razão Pedro Gonçalves (2003: 39) ao afirmar que a liberdade de utilizar o contrato administrativo em vez do contrato de direito privado é um poder ou uma capacidade da Administração que resulta, em geral, do princípio consagrado no art. 179º/1 do CPA (autonomia pública contratual).

Ora, se é possível optar pelo *rótulo* do contrato, escolhendo um regime jurídico público ou privado, não se está obrigado a escolher um regime jurídico especial, aplicando subsidiariamente o direito comum, com as particularidades inerentes a pessoa pública contratante.¹⁶²

Assim, os operadores do direito devem atentar para a legislação comum, pugnando por sua aplicabilidade direta em caso de ausência de normatização pelo direito administrativo.

às normas de Direito Privado, da ideia que mais tarde veio a ser qualificada como uma situação de *pobreza* ou *escassez* de formas do direito contratual público. É exatamente esse também o argumento de Fritz OSSENBUEHL (*Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*) ao afirmar que o Poder Público prosseguiu, desde sempre, as suas tarefas de prestação sob formas jurídico-privadas, porque o Direito Público não tinha à disposição, ou não tinha de forma apta, as formas de atuação adequadas. (ESTORNINHO, 1996: 58)

¹⁶² Os chamados contratos privados da administração não podem ser considerados absolutamente idênticos aos dos particulares e, pura e simplesmente, ser votados ao esquecimento; o reconhecimento do fenômeno da publicização da atividade administrativa de direito privado obriga a que todos os contratos da Administração sejam encarados em termos idênticos (ESTORNINHO, *Réquiem...*, p. 184).

III- A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VULNERÁVEL NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

1. Conceito de PPP.

Apresentado o conceito e as características gerais do contrato público, adentrando ao campo das vulnerabilidades estatais nas PPPs, o primeiro desafio é impor um conceito a este tipo de contrato público.

Não há uma definição consensual muito menos um modelo único de aplicação universal existindo, como tal, vários modelos de Parcerias Público-Privadas que se diferenciam pelos níveis de controle e financiamento pelos parceiros privados.

Licínio Lopes Martins (2012: 382), citando Gunnar Folke Schuppert¹⁶³, informa que tentar definir PPP assemelha-se ao gesto de tentar “pregar um pudim a parede”. Em geral, entende-se que o conceito refere à participação das organizações, entidades ou parceiros privados na execução de tarefas públicas ou na prestação de serviços públicos. Essenciais ao conceito são, ainda, os elementos de distribuição de risco e de cooperação a longo prazo entre entidades do setor público ou privado, que sejam conjuntamente responsáveis pela execução de uma tarefa pública específica, que mobiliza recursos privados.^{164 165 166}

No direito brasileiro define-se PPP como um contrato entre o setor público e uma entidade privada em que esta última presta o serviço de acordo com os requisitos definidos, sendo remunerada pela entidade pública, onde o privado é responsável pela concepção, construção e financiamento. Assim, a PPP se situa entre a contratação tradicional e a

¹⁶³Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperations-rechts – Gutachen im Auftrag des Bundesministerium des Innern (BMI), Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – DHV, Speyer, 2001, p. 4.

¹⁶⁴ Julia Steets (2010: 7) informa que parceria é definida como um acordo voluntário de cooperação, envolvendo setores públicos, privados ou sociedade civil.

¹⁶⁵ Segundo Maria do Sacramento Bombaça Basílio (2011: 2): *PPP are, in general, long term cooperation agreements between the public sector and private sector for the provision of an asset, socially relevant, an infrastructure or a service. Typically, the private sector is responsible for design, built, finance and operate the new asset. The possibility of risk transfer from the public sector to the private sector is at the heart of the PPP model and the main reason for its recent expansion.*

¹⁶⁶ Van Ham and Koppenjam (2001: 598) conceituam PPP como: “*cooperation of some sort of durability between public and private actors in which they jointly develop products and services that share risks, costs and resources which are connected with these products*” (apud GREVE & HODGE, 2010: 150)

privatização. O aspecto mais relevante, contudo, é a posse do ativo e partilha do risco. (SARMENTO, 2013: 14)¹⁶⁷

Reza o art. 2º da Lei brasileira nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004:

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 (lei de concessões públicas), 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.

§ 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.

Já a doutrina portuguesa define PPP como *“um modelo de contratação pública utilizado na provisão de infraestruturas e serviços. Os setores público e privado estabelecem uma relação (contratual ou institucional), com responsabilidades preestabelecidas, para projetar, financiar, construir, gerir uma determinada infraestrutura e/ou disponibilizar um serviço. Uma PPP pode consistir num contrato de concessão de obra pública ou serviço público e, geralmente, inclui uma componente significativa de financiamento privado, na forma de capital e/ou dívida assumida pela banca comercial ou pelos mercados de capitais”* (AZEVEDO, 2014: 20)

¹⁶⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016: 155/1557) informa que as PPPs brasileiras têm muitos pontos em comum com as concessões, como a existência de cláusulas regulamentares; outorga de prerrogativas públicas; sujeição do parceiro privado aos princípios inerentes a prestação de serviços públicos; reversão, ao término do contrato, dos bens do parceiro privado afetados à prestação do serviço.

Por outro lado, são traços distintivos a forma de remuneração que abrange outros fatores além da tarifa; obrigatoriedade de constituição de uma sociedade de propósito específico; a possibilidade da Administração Pública oferecer garantias de cumprimento de suas obrigações; o compartilhamento dos riscos e de ganhos econômicos.

A autora afirma que, tal qual a concessão comum, a concessão patrocinada tem que prezar pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que este princípio não esteja previsto expressamente na Lei nº11079/2004.

Ocorre que o art. 5º, inciso III da Lei brasileira fala em “repartição de riscos entre as partes”, isso significa que, em caso de ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração não tem como arcar sozinha com os prejuízos sofridos pelo parceiro privado, cada parte deve assumir uma parte do prejuízo conforme disposto no contrato.

Do ponto de vista normativo lusitano, o Decreto Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, cf. Artigo 2º, nº 1, define PPP como “o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”^{168 169 170}

As PPPs não encontram um conceito definido a nível europeu, sendo a preocupação principal, apenas, saber se as mesmas se submetem às normas de contratação pública¹⁷¹. Neste sentido, existem, relativamente ao processo pré-contratual, Diretivas Comunitárias que definem os procedimentos de adjudicação de contratos públicos, provenientes do Parlamento Europeu e do Conselho.

A comissão europeia agrupou de duas formas a colaboração entre o setor público e o setor privado: 1) formas de colaboração contratuais e; 2) PPPs de cariz institucional onde a colaboração entre os dois setores se corporiza em uma nova entidade detida por ambas que explora, por um contrato público, em regra, uma concessão. (CAMPOS, 2010: 96)

¹⁶⁸ Como bem registrado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, constituiu a primeira iniciativa legislativa, de carácter transversal, especificamente dirigida às parcerias público-privadas. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho, veio introduzir diversas alterações ao regime então vigente, designadamente ao nível da preparação de processos de parceria e da execução dos respetivos contratos, com vista a um pretendido, mas não demonstrado, reforço da tutela do interesse financeiro público. Mais recentemente, por força da aprovação do Código dos Contratos Públicos, o regime aplicável às PPP registrou novos desenvolvimentos, o que motivou a atualização da legislação portuguesa nos termos do atual Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio.

¹⁶⁹ No direito português, o conceito legal de PPPs apresenta as seguintes características: i) A parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado (ainda que parcial); ii) Deve haver a previsão de partilha de benefícios previstos no art. 341 do CCP; e iii). Deve ser explicitado o critério fonte da remuneração. (MARTINS, 2012: 415)

¹⁷⁰ Interessante notar que a legislação portuguesa admite a pluralidade contratual para a configuração de uma PPP, o que flexibiliza a relação jurídica, porém, a nosso ver, dificulta o controle.

¹⁷¹ O legislador comunitário preferiu que a noção de concessão de obras públicas tivesse por base a noção de empreitadas de obras públicas. A Directiva 93/37/CEE antevê que as empreitadas de obras públicas “são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante (...), por outro lado, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra (...), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante”.

Em 2004, a Comissão difundiu o Livro Verde ¹⁷² ¹⁷³ ¹⁷⁴ sobre as PPPs, onde se delineou as práticas presentes na União Europeia, no âmbito do Direito Comunitário. Por último, a Comissão lançou mais duas Comunicações Interpretativas sobre contratos públicos e concessões; e sobre PPPs institucionalizadas.¹⁷⁵

Neste sentido, o Livro Verde sobre parcerias público-privadas identificou os elementos fundamentais das PPPs: a duração longa da relação contratual entre os parceiros; o desenvolvimento de uma atividade tendente a satisfação a necessidades coletivas; financiamento privado e a transferência de risco de investimento e exploração num quadro de partilha de riscos.¹⁷⁶ (AZEVEDO, 2013: 273)

Desta noção ressaltou a preferência do direito comunitário por um conceito restrito de parceria enquanto uma forma de colaboração entre o Estado e o setor privado, firmada no desenvolvimento de projetos de interesse público e assente no “apport” de capacidades técnicas, de financiamento e gestão privadas, permitindo ao setor público não só concretizar mais projetos, mas também se beneficiar da obtenção de ganhos de valor para o erário. (AZEVEDO, 2013: 275)

¹⁷²A Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário (2000/C121/02) distingue contratos públicos de concessões, baseando-se no direito de exploração: “quando a remuneração do contraente particular estiver associada ao risco inerente à exploração, será uma concessão”.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.tcontas.pt/eventos/ContratacaoPublica/Docs/COM/com2004_0327pt01.pdf>. Acesso em 14/01/2016.

¹⁷⁴ O Livro Verde diferencia dois modelos de PPP: As PPPs do tipo meramente contratual, onde a parceria tem por base relações puramente contratuais e permite integrar-se à luz das diretivas europeias sobre contratos públicos. E as PPPs do tipo institucionalizado, que originam uma cooperação numa entidade distinta, levando à criação de uma entidade de participação conjunta ou ao controle de uma entidade pública por um operador privado.

¹⁷⁵ Relativamente à distinção entre Concessões e Contratos Públicos, na maior parte dos Estados-Membros, exemplo de Inglaterra e França, a noção de concessão abrange somente as Concessões Clássicas, englobando os Contratos PFI e Contratos SCUT nos já mencionados Contratos Públicos. Relativamente a Portugal, o conceito de Concessão assenta no risco de exploração, logo os Contratos PFI e Contratos SCUT são considerados Concessões.

¹⁷⁶ O risco se tornou o elemento decisivo da qualificação contratual, sobretudo na jurisprudência europeia. No caso do TJUE, acórdão *Parking Brixen, de 13-10-2005, sobre gestão de estacionamento públicos pagos, proc. C-458-03*; Acórdão *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (anav)/ Comune de Bari, de 6-4-2006, sobre adjudicação, por um organismo público, de um serviço (público) de transporte público local diretamente a uma sociedade cujo capital seja detido integralmente por aquele; e outros*, o TJUE decidiu, que o artigo 1º, nº 2, alínea “d”, e nº 4, da diretiva 2004/18/CE, relativa à coordenação de processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de serviços e dos contratos públicos de fornecimento deve ser interpretado no sentido de que, quando a remuneração do operador económico escolhido é integralmente assegurada por pessoas distintas da entidade adjudicante que atribuiu o contrato relativo aos serviços, esse operador económico incorre num risco de exploração ainda que limitado, em razão do fato de o montante das taxas de utilização dos serviços em causa depender dos resultados de negociações anuais com terceiro. (MARTINS, 2012: 410/411)

2. Características, vantagens e desvantagens das PPPs.

As PPPs difundiram-se de forma muito significativa em razão da necessidade de controlar a despesa pública, sendo uma ferramenta que viabilizava o investimento privado com a parceria e garantia do Estado.

Como já visto, no direito luso-brasileiro, a sua introdução no ordenamento jurídico ocorreu com base no paradigma do contrato de concessão, associando tipos de colaboração mais complexos em termos de responsabilidades, formas de contrapartida financeira e do risco de longo prazo contraído pelo setor privado. Esta concepção equivale a um exemplo de financiamento garantido pelos direitos, ativos e receitas resultantes do contrato de concessão, diferindo, assim, do *corporate finance* uma vez que não assenta no estudo de crédito do parceiro privado, mas sim na atratividade do projeto em análise. (LUÍS, 2011: 13)

As PPPs não são a solução para todos os projetos e nem para todas as áreas de intervenção. Possuem benefícios e desvantagens, com várias alternativas que podem ser usadas, com menores custos, menor risco e maior eficiência da utilização dos recursos. Em suma, deve-se avaliar se cada projeto de PPP apresenta benefícios reais, ou seja, se proporciona *Value for Money*¹⁷⁷ ao projeto.

Desta forma, podem ser elencadas como vantagens das PPPs: i) trazer para um projeto público competências e eficiências privadas; ii) envolvimento do parceiro privado em várias fases de um projeto de longo prazo; iii) partilha de riscos entre os setores público e privado; e iv) viabilização de construção de infraestruturas que não são contingenciadas por questões orçamentárias por meio de recurso ao financiamento privado. (SARMENTO, 2013: 28/29)

¹⁷⁷ VfM – *Value for Money* que em Português significa, Valor Acrescentado de uma PPP é a combinação ótima de todo o ciclo de vida relativamente aos custos, aos riscos, ao tempo e a qualidade, com o intuito de satisfazer as exigências públicas. (LUÍS, 2011).

Maria do Sacramento Bombaça Basílio (2011: 58) explica que *value for money is a relative concept and is measured in terms of a comparison between different approaches to deliver public services. The ultimate goal is to inquire if public resources are spend economically, efficiently and effectively. It can be defined as “the optimum combination of whole-life cost and quality (or fitness for purpose) to meet the user’s requirement” (HM Treasury, 2008). It is important to stress that this does not mean choosing among methods with the purpose of cost minimization. Cost is only one feature to be considered. Obviously, factors determining VfM will vary from project to project and between sectors, but it is na imperative that the VfM assessment hould integrate any project appraisal.*

Contudo, tais características deste *novel* instrumento contratual, a nosso ver, implicam na ineficácia das prerrogativas públicas estatais e coloca o Estado em uma situação de vulnerabilidade contratual que, se não for bem observada e resguardada, pode comprometer o orçamento público de toda uma geração de nacionais de determinado País.¹⁷⁸

Explica-se.

De partida, o conceito de PPP traz o conceito de risco¹⁷⁹ ao Estado e ao privado como elemento característico fundamental¹⁸⁰. No mundo das intenções, o sentido do estabelecimento de um quadro otimizado de afetação de partilha dos riscos inerentes à correspondente realização e exploração¹⁸¹ tem a ideia de facilitar a obtenção de financiamentos mais baratos para a realização de obras pertinentes e necessárias à coletividade através da garantia estatal.^{182 183}(AZEVEDO, 2009: 373)

¹⁷⁸ Discussão em curso atualmente em Portugal e com risco concreto ao Brasil que, em pouco menos de dois anos da realização da copa do mundo de futebol e a pouco menos de um ano da Olimpíada de 2016 já começa a sentir as consequências da realização destes eventos esportivos com a infraestrutura construída através destes instrumentos contratuais.

¹⁷⁹ *A risk is defined as any factor, event or influence that threatens the successful completion of a project in terms of time, cost or quality.* COMISSÃO EUROPEIA. *Guideline for succesful public-private partnerships.* Março de 2003, p. 50. Disponível em: <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf> Acesso em 11/02/2016.

¹⁸⁰ Licínio Lopes Martins (2012, 645) concorda com Thomaz Pez (*Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique de contrat*) ao defender que o elemento risco está presente nos diversos tipos contratuais, não podendo, por isso, servir de critério decisivo para qualificação de contratos. A nosso ver, o risco está presente em todos os atos da vida, afinal, “cada escolha impõe infinitas renúncias”, contudo, do ponto de vista normativo, entendemos que o risco foi institucionalizado nas PPPs o que configura uma característica distintiva dos demais instrumentos contratuais.

¹⁸¹ Do ponto de vista jurídico, a gestão do risco se confronta com a crise de neutralidade e da capacidade da ciência em fornecer “certeza”. (BARONE, 2006: 48) A valoração científica do risco é voltada para a identificação do perigo; sua caracterização; valoração da exposição ao perigo; e caracterização do risco. (BARONE, 2006: 80)

¹⁸² Neste sentido: B. Li, *Risk Managment of public-private partnerships*, unpublished Phd tesis, Glasgow, 2001.

¹⁸³ Neste sentido é o art. 4º da Lei Brasileira de PPPs que estabelece que na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; e VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Sabe-se ainda que, com a utilização deste tipo de contrato, o Estado possui mais flexibilidade no sentido expandir sua política fiscal ou pode-se considerar que esta entidade estará realizando gastos com maior cautela, principalmente pelo fato do compartilhamento dos riscos. Em contrapartida, o governo também pode se beneficiar, utilizando estes arranjos para a realização de política fiscal, mascarando seus déficits ou *esticando seu orçamento*¹⁸⁴ (FERNANDEZ, 2008)

Ocorre que, na realidade, a maioria dos contratos de PPPs analisados¹⁸⁵ prestou-se a registrar o ônus do Estado como garantidor de lucros dos parceiros privados que ficam desvinculados da utópica busca de eficiência, em uma situação de comodidade e tranquilidade decorrente desta vulnerabilidade contratual estatal.¹⁸⁶

Sobre o ponto, Avelãs Nunes (2013: 242 e 256/257) afirma que é por demais efêmera a glória dos falsos heróis. É o que acontece com o Estado regulador, criticado hoje por alguns dos seus defensores de ontem, que acusam as entidades reguladoras de falta de transparência, de cometerem erros e de se deixarem por vezes, capturar (pelos regulados e pelo Estado). Ademais, outros invocam os custos da regulação, que constituem um encargo extra sem qualquer benefício social. Este é caso do Estado garantidor que se apresenta como um superestado feudal onde os súditos consumidores devem pagar aos parceiros privados caso o lucro destes não seja obtido com as PPPs.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Na literatura, pode-se usar o termo *soft-budget* (orçamento leve, maleável).

¹⁸⁵ Este trabalho fez uma análise superficial dos seguintes arranjos de PPPs:

No Brasil: PPP para construção da Estádio Arena Fonte Nova, em Salvador-Ba (TUROLLA: 2009); Construção do Estádio do Mineirão, em Belo Horizonte-MG (OLIVEIRA: 2014); construção da Estádio Arena Pernambuco, em Recife-PE e construção do Estádio do Maracanã, no Rio de Janeiro – RJ.

Em Portugal: Concessão Lusoponte; concessões SCUT; Concessão Fertagus; Concessão Metro Sul do Tejo; Concessão setor de saúde (BASÍLIO, 2011: 72/105); e Concessão do Cais de Alcântara.

¹⁸⁶ Há, contudo, várias medidas mitigadoras dos riscos envolvidos no PF como seguros, contratos, instrumentos de mercado, oneração de ativos, participação de instituições internacionais ou consórcio de agentes financeiros. Cada instrumento mitigador atende a um risco específico. O risco financeiro pode ser diluído por um consórcio de agentes financeiros que repassam seus riscos a terceiros, em um tipo de resseguro. Pode-se ainda dividir o projeto em módulos com prazos e condições distintas. (ARAÚJO, 2008)

¹⁸⁷ O liberalismo que as elites portuguesas apregoavam transformou-se numa distorção profunda de mercados que garantem negócios protegidos. E por estarem protegidos, por não correrem riscos, por não sofrerem o embate da verdadeira concorrência, levam seus agentes a investir cada vez mais sem se preocuparem com as fontes e o custo do financiamento, nem com os mercados a que são destinados. (AZEVEDO, 2014: 10)

Desta forma, os riscos do projeto devem estar bem definidos e se espera que os parceiros privados suportem estes riscos independentemente da autoridade pública assumir outros riscos.^{188 189 190}(RANDALL & ALDER, 2007: 347)

Discordamos, assim, de Pedro Gonçalves (2008: 13) que sugere medidas e providências que o contraente público dispõe para adotar com o propósito de evitar ou de atenuar o eventual efeito de degradação ou de fragilização da situação econômica do contraente privado atingido por circunstâncias associadas à crise econômica e financeira geral. Ora, a lógica do risco pressupõe a possibilidade de sua ocorrência, sendo um contrassenso imputar ao Estado a obrigação de socorrer empresas que gerem de forma indevida seus negócios.

Afora o conceito de risco, inovador para uma Administração Pública outrora burocrática, controlada e *segura*; os contratos de PPPs tem por característica o seu longo prazo de duração também associado a uma necessidade ou tentação de fugir aos limites orçamentais, o que compromete o controle por meio das autoridades contábeis e fiscalizatórias estatais. Assim, este novo modelo contratual tem repercussões sobre a *accountability* do custo do financiamento privado, que pode ser superior ao público; a qualidade da obra ou serviço.

Sendo necessariamente incompletos, os contratos de longa duração surgem como modelo normativamente aberto e apto para absorver a dinâmica da realidade, incluindo as mutações estruturais projetadas no interesse geral, nos serviços públicos ou no interesse específico do contrato ou na causa do contrato, a determinarem uma instabilidade estrutural inerente à evolução e mutação das condicionantes econômicas, financeiras e sociais, legais, tecnológicas, organizatórias, culturais, laborais ambientais, etc...o que justifica o remédio da

¹⁸⁸ Helen Randall & Richie Alder (2007: 348) informam que os riscos podem ser categorizados em: riscos de design; riscos de construção e desenvolvimento; riscos de avaliação e performance; riscos de volume e demanda; riscos de custos operacionais; riscos não previsíveis; riscos terminativos decorrentes do poder ou autoridade pública. Já Geraldo Lourenço de Almeida (2012:76) apresenta a seguinte tipologia de riscos: 1) riscos técnico; 2) risco de construção; 3) risco operacional; 4) risco a nível de rendimento; 5) risco financeiro; 6) risco de força maior; 7) riscos políticos/regulatórios; 8) riscos ambientais; e 9) perfil do projeto.

¹⁸⁹ Sobre riscos das PPPs: E. R. YESCOMBE, obra citada, capítulo 14, páginas 242 a 269.

¹⁹⁰ Os custos de uma PPP são, em média, 2 a 3 por cento maiores do que se um projeto fosse financiado exclusivamente pelo Estado. Isso ocorre porque nas PPPs os privados assumem grandes riscos. (YESCOMBE, 2007: 18) Contudo, os investidores e os bancos são experts em análise de risco, e entendem como uma margem de risco aquela inferior a 1/1000 (um em mil).

cláusula *rebus sic stantibus*, a salvaguarda do interesse jurídico-econômico e social; com base na estreita cooperação das partes inerentes ao princípio da boa-fé e da confiança. (MARTINS, 2012: 590/592)

Ademais, inerente ao longo prazo das PPPs, os contratos são bastante complexos, com uma terminologia voltada para juristas especialistas em legislação financeira, o que afasta a interferência política e dificulta a simples leitura por pessoas “comuns”, sofrendo a crítica de ser pouco transparente. (GREVE & HODGE, 2010: 153)¹⁹¹

Acrescente-se, ainda, o outro desafio de manter o parceiro privado vinculado a agenda pública. Em muitas PPPs o poder público não possui capacidade suficiente para administrar as PPPs ou obrigar os parceiros privados a agir de acordo com as finalidades públicas. Assim, as empresas privadas podem tentar não cumprir a integralidade de suas obrigações ou peticionar outras vantagens não previstas contratualmente. (GREVE & HODGE, 2010: 155)

Desta forma, a boa execução dos contratos, em especial dos de longa duração, depende essencialmente da cooperação das partes sem excluir um dever (contratual e pré contratual) de colaboração para ultrapassar os desequilíbrios contratuais resultantes de assimetrias de informação, de conhecimento, de ciência a que podem associar-se o risco moral (*moral hazard*) e fenômenos de seleção adversa que compõe a vulnerabilidade estatal nestes contratos (MARTINS, 2012: 596/597).

Em ambos os lados do oceano Atlântico, desde cedo, houve quem alertasse para a perversidade deste sistema. Não faltou quem olhasse para as PPPs, ou para a forma como sempre foram feitas, com desconfiança e prudência. Mas o imperativo eleitoral impôs-se em muitos casos. O problema das PPPs não está no seu modelo, a partilha de risco entre o público e o privado traz virtudes que podem e devem ser incentivadas, contudo, tem de ser fiscalizadas e criados mecanismos que reequilibrem o contrato de parceria em razão da vulnerabilidade estatal. (AZEVEDO, 2014: 14/15)

¹⁹¹ Neste ponto, os parceiros privados recorrem a toda uma doutrina econômica repleta de fórmulas e linguagens matemáticas que ampara a negociação, gestão do risco e tomada de decisão.

Inclusive, a posição negocial do Estado português face aos parceiros privados e sua capacidade técnica foi um dos temas que produziu discussão no âmbito da CPI que analisou as PPPs portuguesas e observou a pertinência, força e consequência da “decisão política”.
192

Na ata da 6ª reunião da CPICRGPPPSRF, de 29 de maio de 2012, página 29 e 30, Dr. Manuel Avelino de Jesus informou que: o aparelho de Estado português não está preparado para negociar, em igualdade de circunstâncias, ou seja, com técnicos com a mesma capacidade, com a mesma experiência e com o mesmo traquejo que a parte privada tem. Portanto, a defesa do interesse público está prejudicada pela decapitação do aparelho de Estado a que assistimos nas últimas décadas. Podemos dizer que os quadros altamente qualificados da Administração Pública foram desnatados pelas empresas privadas e estão hoje do lado do setor privado. Portanto, temos de um lado os melhores técnicos, alguns dos quais trazidos das funções públicas e do outro lado um conjunto de funcionários desmotivados, mal pagos muitas vezes mal treinados para defender com rigor o interesse público. Portanto, uma das principais medidas a tomar para a defesa do interesse público é voltarmos a ter na função pública quadros não só prestigiados, mas capazes e muito melhor pagos do que são neste momento. (AZEVEDO, 2014: 38)

Sérgio de Azevedo (2014: 41) também informa que, das audições da CPI portuguesa sobre as PPPs, é possível assumir com clareza que algumas parcerias foram utilizadas como um modelo de financiamento do Estado fundamentalmente com pretexto político, aliás, corroborado pela Comissão Europeia e pelo EUROSTAT de que não eram classificados como dívida do Estado.

¹⁹² Portugal tem 36 PPPs. Destas, 22 (62%) no setor de estradas, 10 (27%) no setor de saúde, 3 (8%) no setor ferroviário e uma no setor de segurança que totalizaram 16 mil milhões de euros em 20 anos, propiciando um desenvolvimento rápido das infraestruturas. (SARMENTO, 2013: 51)

3. O Estado vulnerável nas PPPs.

Em tempos de crise, como os que temos vivido e que motivaram o surgimento das PPPs, toda a sociedade torna-se vulnerável, inclusive o Estado. As razões e medidas de combate a crise são propostas pela economia e respaldadas pela ciência jurídica e, por vezes, a solução de crise econômica passa pela escolha voluntária do Estado em respaldar financeiramente os setores produtivos, assumindo déficit público.

Pedro Gonçalves (2008:10) com razão informa que, no atual contexto de crise e como um expediente de auxílio à economia e às empresas, surgiram medidas designadas a flexibilizar a contratação pública como o *self-cleaning*¹⁹³.¹⁹⁴

O que discordamos no presente trabalho é a ideia de que a ordem jurídica impõe o Estado como *segurador universal* de todos os percalços econômicos, assumindo uma posição de garantidor de lucros.

Em verdade, verifica-se que a ciência jurídica afeta negativamente a economia ao colocar o Estado em uma vulnerabilidade¹⁹⁵ contratual que obriga a coletividade a arcar com o déficit público, carecendo que a Administração se resguarde para tais fatos.

Assim, neste capítulo, aborda-se com mais profundidade a vulnerabilidade do Estado nas PPPs, iniciando pela ineficácia dos poderes contratuais públicos para proteger a Administração.

¹⁹³ Trata-se de regulamentações que asseguram aos operadores econômicos abrangidos por casos de impedimento ou de proibição de contratar a possibilidade de “reaquisição” do direito de participar em procedimentos de contratação pública: para esse efeito deverão demonstrar ter adotado certas providências.

¹⁹⁴ Pedro Gonçalves (2008:14) propõe as seguintes soluções legislativas para facilitar o acesso de operadores econômicos à contratação pública: i) diminuição do valor das garantias; ii) relativização das restrições de contratar com o parceiro público; iii) abolição de causas automáticas de exclusão de participação em procedimentos de contratação.

¹⁹⁵ A expressão *vulnerabilidade* tem origem latina que remetem a *vulnus* e *habilitas*, especificamente, em uma tradução literal, ferida e habilidade. Segundo o dicionário Aurélio, o termo vulnerável se refere a “todo aquele suscetível de ser ferido, ofendido ou atacado, ou seja, diz-se do lado fraco de uma questão, ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou tocado”. (HOLANDA, 2010: 944) A vulnerabilidade evoca o *vulnus*, a ferida; mas a ferida, pelo menos de modo mais simbólico, evoca por sua vez a abertura, sangrenta, dolorosa e sofrida. Já o conceito de habilidade provém do termo latino *habilitas* e refere-se à capacidade e à disposição para (fazer) algo. A habilidade é aquilo que uma pessoa executa com talento e destreza e o enredo disposto com engenho, artimanha e perícia. Desta forma, por outras palavras, a vulnerabilidade, em um conceito literal, é a capacidade de ser ferido, é a qualidade de vulnerável (que é susceptível de ser exposto a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade). Por ter sentido amplo, aplicável a diversos ramos da ciência, a vulnerabilidade aponta situações de risco inerentes a situações específicas e, no âmbito jurídico, possui conceitos relacionados a sociologia, ao meio ambiente, ao direito do consumidor, a informática, a biologia, a ética, etc.

3.1 Ineficácia dos poderes contratuais públicos.

Como vimos no item 4 do capítulo II desta obra, a relação contratual pública concede para a Administração posições jurídicas substantivas¹⁹⁶ que são aceitas previamente pelos particulares co-contrantes e que permitem a modificação do contrato em razão de necessidade pública.

Caso esta relação jurídica tenha um curso normal, em que ambas as partes encontram-se em uma posição favorável, em um processo que as técnicas de negociação chamam de *ganha-ganha*, inexistirão problemas jurídicos a serem discutidos e o contrato será extinto por cumprimento de seu objeto.

Contudo, caso exista algum problema durante a execução do contrato, as chamadas prerrogativas públicas não se mostram suficientes para proteger a Administração, demonstrando uma vulnerabilidade contratual pouco explorada na doutrina.

Assim, como visto, as prerrogativas contratuais públicas são elencadas como: 1) interpretação do contrato; 2) fiscalização, direção ou imposição de sanções; 3) modificação ou extinção unilateral do contrato; e 4) exceções ao *exceptio non adimplenti contractus*.¹⁹⁷

Ocorre que o modelo de PPP, em verdade, confere algumas destas vantagens contratuais para o parceiro privado, a exemplo da modificação ou extinção unilateral do

¹⁹⁶ Entre os poderes do contraente público, previstos no artigo 302.º do CCP, destacam-se: a) O poder de dirigir o modo de execução das prestações devidas; b) O poder de fiscalizar o modo de execução do contrato; c) O poder de modificar unilateralmente o conteúdo do contrato e o modo de execução das prestações previstas neste; d) O poder de aplicar as sanções previstas no contrato para a sua inexecução; e e) O poder de resolver unilateralmente o contrato. Já na legislação brasileira, o art. 58 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

¹⁹⁷ Novamente relembramos que nos filiamos a corrente de que inexistente a distinção entre contratos públicos de direito público ou privado e concordamos com Alexandra Leitão (2015: 128/130) de que a inexistência de prerrogativas de autoridade de um contratante sobre o outro não significa que esses contratos não tenham um regime substantivo de direito público, que resulta da funcionalização do seu regime jurídico à prossecução de um interesse público inserido nas atribuições das entidades administrativas contratantes. Com efeito, mesmo que as partes pretendessem se despir completamente do regime de direito público que as envolve, não só não o poderiam fazer, atendendo ao caráter imperativo de muitas normas de direito público, como a sujeição ao direito privado se revelaria desadequada à prossecução direta do interesse público, que é sempre objeto destes contratos.

contrato por meio das cláusulas de *step in* e *step out*^{198 199} ou ausência de fiscalização face às especificidades do objeto contratual.

De nada adianta ao Estado alterar ou extinguir unilateralmente o contrato de parceria para, após, pagar uma grande indenização ao parceiro privado. O mesmo ocorre se não cumprir suas obrigações contratuais ou se interpretar a avença de forma divergente ao que foi discutido e acordado, o que certamente redundará em processo judicial ou de arbitragem.²⁰⁰

Como as prerrogativas públicas partem do pressuposto de uma Administração superpoderosa, dotada de prerrogativas *imperiais*, o direito público não observa as situações de vulnerabilidades “externas” e “internas”.

Afinal, como já dito, as PPPs tem como característica fundamental a partilha de riscos, o que implica na incorporação do conceito de vulnerabilidade ^{201 202} dentro do contrato público, afinal, só corre risco que possui alguma vulnerabilidade.

¹⁹⁸ Os contratos de PPP brasileiros, diferentemente de outras relações negociais públicas, são caracterizados por um alto índice de cobertura de garantias. Neste respeito um fundo foi instituído, e parte dos recursos já foi integralizado, especificamente para oferecer garantias nos contratos de PPP.

¹⁹⁹ Pedro Melo (2009: 945/946) faz ainda uma análise interessante sobre o juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das PPPs ao demonstrar outra vulnerabilidade contratual do Estado com a previsão de hipóteses de “*step in*” e “*step out*” em favor do parceiro privado, revertendo a prerrogativa pública de rescisão e modificação unilateral do contrato. Tais vantagens contratuais somente ocorrem em caso de alteração de circunstâncias de modo que o parceiro privado poderá exercer o direito a resolução do contrato, estribado numa alteração das circunstâncias, quando a extinção do contrato por esta via, não acarrete grave lesão ao interesse público, destacando que este direito a resolução somente é exercido por via judicial ou arbitragem nos termos do art. 332 do CCP.

²⁰⁰ O incumprimento da avença pelo contraente público também é regulamentada pelo direito público, porém, com um viés favorável ao erário. Assim, para a legislação portuguesa, temos que o caso de atraso no pagamento das contrapartidas pecuniárias públicas, faz incorrer aquele em juros de mora, nos termos do artigo 326.º e ss. do CCP.

²⁰¹ Segundo Claudia Lima Marques (2010: 87), vulnerabilidade significa “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação jurídica. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”. Em outras palavras, vulnerabilidade é a situação na qual um dos sujeitos de determinada relação figura em polo mais frágil e, em virtude disso, carece de cuidados especiais, o que deve ser preocupação do legislador e do aplicador da lei que garante a proteção. A vulnerabilidade exclui a premissa de igualdade entre as partes envolvidas: se um dos polos é vulnerável, as partes são desiguais, e justamente por força da desigualdade é que o vulnerável é protegido. A proteção do vulnerável significa concretizar o princípio constitucional da igualdade ou isonomia, pelo qual serão tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

²⁰² Vulnerabilidade e hipossuficiência são institutos jurídicos, são características das quais algumas pessoas são dotadas. Se diferenciam nas suas consequências: a vulnerabilidade traz a consequência vital de

Reconhecemos que, enquanto representação dos poderes do Estado, causa estranheza a concepção da Administração Pública - amparada com poderes de império - ser considerada um ente *vulnerável*.

Esta visão preconceituosa agrava esta vulnerabilidade na medida em que a doutrina não analisa este viés e alguns advogados públicos mantêm uma visão de que ainda são *procuradores do rei*²⁰³.

Pedro Gonçalves²⁰⁴ vai além ao defender que, em tempos de crise, onde o Estado é afetado, o ente público deve flexibilizar os dispositivos contratuais e auxiliar os parceiros privados. Assim, defende que deve existir um dever de solidariedade entre os contraentes de modo que o interesse público pode ser resguardado com a proteção do parceiro privado haja vista que a rescisão do contrato pode implicar em custos sociais (desemprego, anulação de investimento, etc...)

Deste modo, em uma análise fundada na bilateralidade do contrato, buscou-se identificar e sistematizar as vulnerabilidades estatais. Assim, optamos em abordar as vulnerabilidades em três categorias: vulnerabilidades externas, que podem ser identificadas pelo co-contratado privado contra o Estado; vulnerabilidades internas, causadas, visualizadas ou sentidas pela própria Administração; e vulnerabilidade contratual, que seria a concretização destas vulnerabilidades no corpo contratual.²⁰⁵

aplicabilidade de uma norma protetiva, enquanto que a hipossuficiência traz consequências exclusivamente processuais. Tanto vulnerabilidade quanto hipossuficiência são *atributos fáticos* dos quais algumas pessoas são dotadas. A hipossuficiência é auferida casuisticamente. Já a vulnerabilidade pode ser presumida no caso de pessoa física, podendo ser, também, percebida no caso concreto, no caso de pessoa jurídica. São duas as principais noções de hipossuficiência, segundo a lei brasileira. A primeira, mais geral, é a aplicação do art. 4º da Lei n.º 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária), que concede o benefício da gratuidade da justiça aos que alegarem pobreza no sentido técnico, na forma da lei – são hipossuficientes. A segunda noção relaciona-se à inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, mas que não se relaciona necessariamente à condição econômica dos envolvidos. O que difere a hipossuficiência da vulnerabilidade é que, enquanto aquela só tem consequências processuais, esta atrai dispositivos protetivos, em especial a aplicabilidade de normas protetivas (como também é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente ou do Estatuto do Idoso, cada um com as suas peculiaridades).

²⁰³ Expressão originária para referenciar os atuais Procuradores da Fazenda Nacional brasileira.

²⁰⁴ *Gestão de contratos públicos em tempos de crise*, 2008, pág 32/33.

²⁰⁵ Tomamos a liberdade de propor uma classificação e sistematização não amparada em doutrina. Logicamente que uma vulnerabilidade interna ou endógena pode ser objeto de exploração pelo parceiro privado, contudo, a razão da proposta buscou a causa da vulnerabilidade. No mesmo sentido, uma vulnerabilidade externa ou exógena só existe em razão das fraquezas da Administração.

3.2 Vulnerabilidades externas.

3.2.1 Vulnerabilidade informacional.

No que se refere às vulnerabilidades externas, a nosso ver, a principal *vulnerabilidade exógena* do Estado nas PPPs é a *informacional*.²⁰⁶

A Administração Pública vem reduzindo sua atuação na sociedade ao mínimo possível, optando por relacionar-se com os particulares que notadamente tem uma maior *expertise* na realização de determinadas tarefa e, por isso, tem todo um acervo informacional que, inclusive, é mantido em sigilo por questões de estratégia empresarial.

Em sendo o contrato o instrumento que formaliza o negócio e impõe as obrigações de cada parte, mostra-se importante demonstrar com clareza as causas do risco contratual que decorrem do risco do negócio.

Ora, ao admitir que o negócio proposto apresenta riscos, tais riscos devem ser minuciosamente identificados e detalhados por ambas as partes com base no princípio da boa-fé objetiva e transparência.

Repetimos que uma das causas da realização das parcerias é o reconhecimento de que o parceiro privado possui amplo conhecimento do negócio, não sendo prudente nem tampouco eficiente que o Estado estabeleça o modelo do negócio ou entre em particularidades de gestão que, no futuro, seriam objeto de repactuação com o aumento do ônus financeiro estatal.

Para tanto, uma das ideias base das PPPs é a transferência do modelo e gestão do negócio para o parceiro privado de modo a aproveitar sua *expertise* e gestão do risco. O princípio básico para gestão de risco é que cada agente deve gerir o risco de que possui maior competência para fazê-lo. Seguindo esse princípio, o setor privado deveria assumir os riscos

²⁰⁶ Um desdobramento desta *vulnerabilidade informacional* é a *vulnerabilidade técnica* que decorre do fato de o ente vulnerável não possuir conhecimentos específicos sobre os produtos e/ou serviços que está adquirindo, ficando sujeito aos imperativos do mercado, tendo como único aparato a confiança na boa-fé da outra parte. Esta vulnerabilidade concretiza-se pelo fenômeno da complexidade do mundo moderno, que é ilimitada, impossibilitando o consumidor de possuir conhecimentos das propriedades, malefícios, e benefícios dos produtos e/ou serviços adquiridos diuturnamente.

de construção e operacionais, enquanto o governo deveria se concentrar nos riscos de políticas, de fiscalização e de regulação do projeto. (FERNANDEZ, 2008)

Contudo, uma das regras do capitalismo é a busca pela maximização dos lucros e, ao transferir a modulação do projeto para o privado, o Estado apresenta-se em situação de vulnerabilidade informacional na medida em que não tem conhecimento dos riscos envolvidos.²⁰⁷

Assim, aproveitando-se desta falta vulnerabilidade informacional, o parceiro privado obtém uma grande vantagem comercial que vai desaguar na vulnerabilidade contratual com repartição desequilibrada dos riscos.^{208 209}

Esta repartição desequilibrada de riscos foi constatada pelo Tribunal de Contas de Portugal nas PPPs do setor de águas²¹⁰ onde foi relatado que:

- Os riscos de procura, riscos financeiros, riscos de construção e de exploração deveriam ter sido, tanto quanto possível, transferidos para o parceiro privado, o que não se verificou em quase todos os contratos de concessão analisados;
- O clausulado de alguns contratos de concessão não garantia, na prática, uma significativa e efetiva transferência de risco para o parceiro privado/concessionária;
- As projeções adotadas quanto ao crescimento populacional, bem como as capitações estimadas, apresentavam, em muitas concessões, um desfasamento substancial da realidade de muitos municípios;
- Falta de rigor e prudência quanto aos pressupostos técnicos e económicos adotados no âmbito da modelização financeira dos projetos;

²⁰⁷ WILLIAMSON (1987) aborda o comportamento oportunista dos agentes económicos que tendem a “fugir de suas responsabilidades” e buscam o máximo de benefícios.

²⁰⁸ Estudos no USA mostram que, em geral, no setor da construção, os contratos públicos do “mundo real”, reconduzem-se, quanto ao preço, a dois tipos essenciais: contratos por preço global (*forfaitaire*) ou contratos a custos reembolsáveis (*cost-reimburserment contracting* ou tão só *reimbursable costs*). Em ambos os tipos contratuais os contraentes podem fazer uso de informações incompletas quanto às condições em que o contrato será executado. Porém, há um conjunto de áleas que não são suscetíveis de ser antecipadas ou dominadas, podendo surgir no decurso da execução, pondo em causa o equilíbrio financeiro-económico do contrato. (MARTINS, 2012: 573)

²⁰⁹ Rodrigo Nobre Fernandez (2008) informa que o descompasso no nível de conhecimento entre as partes pode ocasionar situações de oportunismo tanto por parte da empresa privada devido a sua experiência de mercado quanto ao governo pela compreensão da máquina pública. Ambos podem utilizar-se destes fatores para adquirirem vantagens e pleitear por futuras renegociações contratuais.

²¹⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. *Relatório n.º 02/2015 - 2.ª Secção. Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa) Auditoria de seguimento*. Janeiro de 2015. Pagina 6 e 7, Item 30.

- Falta de evidência, por parte dos municípios concedentes, de que tenha sido realizada análise de risco e de sustentabilidade dos potenciais impactos financeiros associados à evolução de eventuais cenários adversos das concessões;
- Os reequilíbrios financeiros nunca funcionaram em benefício dos municípios concedentes ou dos respetivos utilizadores, quando se verificaram situações suscetíveis de gerar rendimentos líquidos superiores aos previstos no caso base para as entidades gestoras;
- Em 99% dos processos de reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão analisados, as respetivas reposições foram realizadas através do recurso às modalidades de alteração do prazo das concessões, eliminação/redução das retribuições a pagar aos municípios concedentes, alterações dos tarifários ou qualquer combinação de algumas modalidades anteriores;
- A necessidade de revisão do quadro legislativo atual definido pelo Decreto-Lei n.º 194/2009, em consonância com os princípios e boas práticas constantes do Regime geral das PPP, no sentido de salvaguardar os interesses dos utentes e dos municípios. Destacando-se, neste domínio, uma situação clara de favorecimento às concessionárias, prevista no n.º 1 do artigo 54º do DL 194/2009, o qual estabelece que o concedente apenas poderá exigir a revisão do contrato de concessão quando a concessionária perspetivar uma rentabilidade acionista superior ao dobro da prevista inicialmente no caso base.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas de Portugal²¹¹ criticou a repartição dos riscos nas PPPs no caso da Concessão do Terminal de Contentores de Alcântara – Porto de Lisboa- onde foi afirmado que o risco nuclear do negócio, ou seja, o tráfego subjacente à expansão do terminal, acabou por ser transferido para o concedente público. Assim, se é certo que, no caso do resgate, o parceiro privado assumiria um conjunto de riscos não negligenciáveis, também não é menos certo que, no caso da prorrogação, os riscos assumidos, nos termos do contrato que assinou, acabaram, igualmente, por ser não negligenciáveis. Com efeito, o Tribunal verificou que não se constatou evidência de que o concedente público tenha procedido nem à análise nem à quantificação dos riscos incorridos nos termos do aditamento ao contrato que assinou, tendo, em consideração, nomeadamente, as diversas cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

Ora, será que o ônus de ter esta informação relevante que justificou os reequilíbrios criticados pelo Tribunal de Contas de Portugal é do parceiro público que, ao admitir sua falta de expertise, celebra este contrato de parceria? Ou será que o ônus pelo estudo incorreto é

²¹¹ PORTUGAL. TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. *Relatório n.º 26/2009 2.ª Secção. Concessão do Terminal de Contentores de Alcântara (Adenda 2008) – Porto de Lisboa Auditoria à “Gestão das Concessões/PPP Portuárias”*. Julho de 2009, fls. 08/09.

do parceiro privado que omitiu esta informação, que deveria ter, para buscar um posterior “reequilíbrio” do contrato?

Estes problemas de ocultação ou transferência dos riscos integram o rol de informações assimétricas que podem ser categorizados em ações encobertas (*hidden actions*), também conhecidos como problemas de perigo moral (*moral hazard*) e informações encobertas (*hidden information* ou *hidden knowledge*) ou de seleção adversa. De maneira geral, a diferença entre estes dois tipos é que, no primeiro, as duas partes iniciam o jogo e acertam um acordo com informação simétrica, com a assimetria de informação apresentando-se posteriormente, enquanto, no caso de seleção adversa, há uma assimetria de informação que antecede a realização do acordo. (RASMUSEN, 1996)^{212 213}

Para os financistas²¹⁴, a projeção do fluxo de caixa é uma informação vital, sendo bastante relevante para a decisão do negócio. Contudo, o *Project Finance* é, acima de tudo, uma técnica de estruturação contratual que quebra ou segmenta os diversos padrões de risco-retorno com base nos recebíveis, motivo pelo qual é necessário levantar, no mínimo, outras duas informações tão importantes quanto o fluxo de caixa:

²¹² *In the late 1960s and 1970s, another conceptual breakthrough took place with the introduction of “private information” and “hidden actions” in contractual settings. The notion of “incentive compatibility” and incentives of “truth telling” provided the basic underpinnings for the theory of incentives and the economics information. They also provided the first formal tools for a theory of the firm, corporate finance, and, more generally, a theory of economic institutions. (BOLTON: 2005, 1)*

If the transaction is an Insurance contracts, we shall be interested in determining how the terms vary with the underlying risk, with the risk aversion of the parties, or with the private information the insuree of the insurer might have about the exact nature of the risk. (BOLTON, 2005: 4)

²¹³ A importância da informação nos negócios é de tal monta importante que os economistas criaram a “teoria dos jogos” para analisar este fenômeno. Assim, as categorias que influenciam a teoria dos jogos são: informação perfeita; informação certa; informação simétrica; informação completa. (RASMUSEN, 1996: 49 e 181) Cumpre assinalar a verificação do fenômeno que se pode chamar de economização do direito, em que a evolução econômica se projeta na ordem jurídica, levando-a a refletir as preocupações e valorações econômicas e a corporizar um fato dinâmico de orientação da economia quando não procura apenas influir o comportamento dos agentes econômicos, mas também determinar, por esse meio, o rumo evolutivo do processo econômico. A interdependência do direito e da economia torna-se, de facto, um dado de observação da vida social em toda a sua complexidade, mostrando-se o jurídico e o econômico como duas facetas, por sinal de particular relevo, dos fenômenos sociais e espelho de seu caráter pleno, comprovando como é ilusória a pretensão de centrar a explicação de todo o sistema social exclusivamente no primeiro ou na segunda. Correspondem a facetas conexas e interligadas, mas cuja autonomia relativa acaba por legitimar seu estudo a luz de óticas e métodos distintos assumindo-se, no presente, que tais relações não-de-ser encaradas ao nível fundamental da comunidade política como uma vertente constitucional do Estado. (AZEVEDO, 2013: 14)

²¹⁴ Profissional que atua com circulação monetária; concessão e tomada de crédito, avaliação de risco, investimentos, alocação e captação de recursos financeiros e todo o tipo de operações financeiras. Profissionais da área estratégico-comercial de Bancos, Financeiras e Correspondentes Bancários.

- 1- Se os riscos estão sendo apropriadamente identificados e mensurados para que possam ser mitigados ou, se for o caso, conscientemente assumidos por um ou mais dos participantes do empreendimento, em troca de uma remuneração adequada ao risco assumido;
- 2- Se cada participante²¹⁵ está sendo remunerado dentro de suas expectativas. Para isso, faz-se necessária a projeção das demonstrações financeiras e os respectivos resultados econômicos que considerem a abordagem no foco da *criação de valor ao acionista*.

Assim, concordamos com Licínio Lopes Martins e Vieira de Andrade que apontam a informação sobre o risco das receitas de risco como o mais fundamental de todos os fatores envolvidos nos projetos de PPP.²¹⁶ (PIMENTEL, 2012: 20)

Desta forma, a principal desvantagem deste modelo de contratualização pública é a assimetria de informação que pode causar um considerável aumento de custos públicos no contrato. (LANE, 2003: 208).

Se não forem adotados instrumentos complementares para buscar informações sobre o efetivo ganho que se está a obter e qual a verdadeira *criação de valor* de cada um dos interessados, pode-se tomar decisões equivocadas, especialmente ao longo da vida do empreendimento.²¹⁷ (BONOMI & MALVESSI, 2002: 21) Este problema de assimetria

²¹⁵ Wagner Frederico Gomes Araújo (2008) informa que, nas PPPs, podem-se identificar os seguintes participantes, além da SPE: a) Poder concedente, em geral o Estado; b) Acionistas (*Sponsors*) que possuem interesse direto no projeto, o qual torna-se mais uma oportunidade de negócio; c) Compradores (*Off-takers*); d) Financiadores (*Lenders*) – Bancos, agências bilaterais e multilaterais, fundos de pensão e fundos de investimento; e) Operadores (*Operators*); f) Banco líder (*Arranger*) – É o estruturador, um dos bancos envolvidos no financiamento que possui a missão de estruturar o financiamento, sendo o responsável pelos termos do empréstimo e pela documentação; g) Fornecedores (*Suppliers*); h) Construtores (*Constructors*); i) Seguradoras (*Insurance Companies*); j) Conselheiro financeiro (*Financial Advisor*), geralmente, um banco comercial de reconhecida reputação, cujo papel é instruir os acionistas quanto aos riscos envolvidos e quais seriam os instrumentos e as fontes de financiamento que poderiam mitigá-los; k) Engenheiro independente (*Independent Engineer*) que desempenha um papel semelhante ao dos auditores independentes, ou seja, assegura aos demais participantes a viabilidade e as condições técnicas do projeto; l) Agente fiduciário (*Trustee*) que é responsável pela administração do fluxo de caixa, realização de pagamentos e o controle do recebimento de receitas do projeto; m) Assessoria jurídica (*Legal Advisors*), uma das figuras mais importantes na fase de análise e preparação do financiamento em virtude da complexa estrutura contratual.

²¹⁶ MARTINS, Licínio Lopes; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Parcerias Público Privadas. Tópicos de apoio*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2010/2011.

²¹⁷ A assimetria de informação compromete a escolha negociada da administração com base no “Niskanen model of public choice” (NISKANEN, 1971) e, conseqüentemente, a busca por eficiência. (LANE: 2003, 70).

informativa também se apresenta no âmbito da regulação pública onde o ente regulador busca instrumentos para buscar eficiência na sua missão de regulação²¹⁸.

Portanto, para que o agente regulador atue de forma a conseguir extrair da empresa a prestação do serviço de forma eficiente, este necessita de informações detalhadas sobre as atividades econômico-financeiras e operacionais das firmas. As melhores formas de obtenção destas informações são as próprias empresas reguladas pois elas são detentoras das informações consideradas relevantes. Entretanto, essa forma de adquirir informação é um processo oneroso para o órgão regulador e, na maior parte dos casos, não é do interesse dos regulados.^{219 220} (PIRES, 2000: 1)

O regulado tem um conhecimento profundo de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, enquanto o regulador não possui estas informações. Isso significa que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos regulados. O regulador não dispõe de mecanismos de mensuração do “esforço” dos regulados sendo o ideal a criação de um sistema que induza a firma a revelar as informações que o regulador necessita ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com os consumidores, suplantando a vulnerabilidade informacional. (PIRES, 2000: 2)

3.2.2. Vulnerabilidade econômica.

A assimetria de informação pode resultar em vantagens para o contraente privado suscitando o problema que a teoria econômica tem vindo a designar por *agente e principal*²²¹ segundo a qual o agente que controla um negócio tem acesso a mais informação do que o agente principal (no caso a Administração), com consequência, esta assimetria de

²¹⁸ Pedro Gonçalves (2013: 14) informa que a regulação pública apresenta várias conexões com a instituição contratual, quer porque o contrato (público) surge como instrumento de implementação da regulação, quer porque o contrato privado surge como objeto da regulação.

²¹⁹ Não é do interesse das empresas divulgar informações a seu respeito, de forma que os concorrentes não se beneficiem destas informações. Por essa razão, cada empresa tenta guardar ao máximo as informações que dizem respeito a sua estrutura de custo; pesquisa e desenvolvimento; capacidade financeira; e demais aspectos que possam influenciar as estratégias dos concorrentes.

²²⁰ Dentro da tarefa de regular, a questão da formação do preço é central pois envolve aspectos do excedente e sua distribuição. Por essa razão, dentre as atribuições do órgão regulador destaca-se, em geral, a tarefa de fixar regras tarifárias que conciliem os interesses dos consumidores e das firmas reguladas.

²²¹ O modelo básico da teoria considera a existência de dois atores. Estes são denominados *principal* e *agente*. Ambos se relacionam por meio das transações de mercado. O *principal* é um ator cujo retorno depende da ação de um *agente* ou de uma informação que é propriedade exclusiva deste.

informação pode ser utilizada para conferir uma vasta quota de benefícios de um negócio ao agente controlador. (MARTINS, 2012: 596/597)

A solução estatal para a vulnerabilidade informacional seria a busca de outras formas de obter a informação que não através do parceiro privado, evitando-se o risco de captura muito discutido no direito da regulação. Ocorre que esta busca impõe custos pois os órgãos estatais precisariam estar bem aparelhados sobre as questões setoriais ou o objeto do contrato de modo a reduzir as assimetrias informativas. Contudo, a assimetria informativa nunca será eliminada, tão somente minimizada.

Por isso se apresenta outra vulnerabilidade externa, a *vulnerabilidade econômica*.

Apesar de também soar estranho em um primeiro momento, no contexto atual de relações globalizadas com a *crise de soberania*, se verificam pessoas jurídicas de direito público em posição de inferioridade econômica perante outros parceiros privados, em especial grandes multinacionais.

Uma das facetas sobre esta vulnerabilidade econômica é exemplificada por José Luis Meilán Gil (2011: 93/94) a respeito das agências de qualificação de risco²²² que, apesar de serem agências privadas, tem o poder para desestabilizar economias nacionais. Segundo o autor “*Los E.E.U.U. pueden destruir con bombas, y las agencias destruir rebajando la calificación de los bonos*”. Assim, de fato, estas companhias estão regulando os mercados financeiros, influenciando nas políticas do Estado que tem de atender às recomendações sob pena de não conseguir acesso a crédito mais barato.

Aliás, como já vimos, uma das razões propulsoras desta *busca pelo privado* foi justamente a crise fiscal do Estado que implicou na incapacidade de custeio e investimento da máquina estatal.

Ora, nenhum dos *poderes imperiais* outorgados pela legislação pública tem o poder de obrigar qualquer parceiro privado a investir ou mesmo contratar de forma desvantajosa com a Administração Pública, o que confirma esta face vulnerável da Administração.²²³

²²² As mais conhecidas são *Standard & Poor's rating Services; Moody's Investors Service; e Fitch Investors Services*.

²²³ Na busca de maximizar seus lucros, o contratante privado pode se aproveitar de uma situação de vulnerabilidade econômica da Administração Pública para firmar determinada avença em condições superiores ao praticado no mercado. Esse contexto de *vulnerabilidade fiscal* ou *vulnerabilidade econômica* permanece presente nos dias atuais e se apresenta com bastante força no Brasil onde foram alçados como integrantes do pacto federativo brasileiro os

Ademais, ao buscar o modelo de parcerias para a realização de investimentos em infraestruturas, o Estado assume sua ineficiência e sua falta de capacidade financeira para custeio, o que reforça a ideia de vulnerabilidade econômica perante o parceiro privado.

Desta forma, o parceiro privado reconhece a vulnerabilidade econômica do parceiro público, sabendo que o Estado não dispõe de recursos suficientes para reduzir de forma satisfatória esta assimetria informativa, conferindo a este uma posição de supremacia negocial que repercute no contrato.

3.3. Vulnerabilidades internas.

Afora as vulnerabilidades externas, existem vulnerabilidades “internas” que são causadas por problemas organizatórios do Estado ou pela “agenda política” dos dirigentes públicos que necessitam demonstrar periodicamente aos eleitores a concretização de investimento com posterior análise das repercussões deste modelo negocial para as futuras gerações.^{224 225 226}

Sobre o tema, são pertinentes os ensinamentos de Vital Moreira (2008: 188-190) de que esse esquema mostra-se importante ao permitir aos governos lançarem e fazer executar obras e serviços públicos sem a necessidade de sobrecarregarem o orçamento e a dívida pública em um contexto de que os crescentes encargos financeiros com os serviços públicos (por exemplo da área da saúde) coabitam com a necessidade de equilíbrio das finanças públicas (déficit zero), de aperto das receitas fiscais (sob pressão da competitividade fiscal) e de limitações ao endividamento público. Por outro lado, porém, a PFI, embora desonerando

Municípios, pessoas jurídicas de direito público dotadas de todas as prerrogativas estatais, porém, na maioria dos casos, tratam-se de pequenas vilas sem potencial financeiro para sequer manter as despesas de custeio quiçá para subjugar grandes multinacionais.

²²⁴ Não será abordado neste trabalho a vulnerabilidade interna decorrente de corrupção ou outros desvios de conduta legalmente vedados haja vista que, por serem tais atos ilegais, a Administração pode buscar a anulação e ressarcimento ao erário em caso de comprovação destes casos.

²²⁵ Henrique Carreta Pimentel (2012: 8) informa que a colaboração entre parceiros público e privados sempre teve como motivo o corte de gastos no governo, resultando em influência direta nos investimentos em infraestrutura e prestação de serviços públicos.

²²⁶ Edite Mesquita Hupsel (2013: 51) informa que, em Portugal, as PPPs foram decididas e negociadas pelo setor público com a ausência total de legislação específica, que impusesse, por exemplo, a utilização do comparador do setor público e a adequada partilha de riscos. Grandes obras públicas, então, foram realizadas, com ganhos eleitorais significativos, endividando, demasiadamente, as gerações futuras. Estimativas pontam que os encargos assumidos pelo Estado com estes contratos em execução atingem mais de 48 milhões de euros, sem serem computados os encargos com os projetos e com os lançamentos previstos.

o Estado de investimento inicial, não o libera naturalmente do pagamento do investimento privado, limitando-se a reparti-lo ao longo de um período de tempo mais longo. Tal como no caso de investimento direto do Estado com recurso ao endividamento público, também na PFI serão os contribuintes que pagarão no futuro a fatura. O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem a obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes. A desnecessidade de endividamento público para construir a obra e o diferimento dos encargos para o futuro têm em si mesmos um efeito anestesiador da opinião pública. As cláusulas de revisão de custos normalmente inseridos nos acordos de PFI só muito depois se vêm a revelar mais onerosas que o previsto. E a gratuidade destes serviços para os utentes torna-os impróprios para funcionarem como “*countervailing power*” face aos concessionários no que respeita aos custos financeiros (são os contribuintes em geral que pagam). Como disse rudemente o insuspeito jornal “Economist”, a principal virtude da PFI para os seus promotores está em que ela permite “esconder o verdadeiro custo dos programas de despesa do setor público”. A isso acresce a vantagem de permitir liberar endividamento para outras despesas públicas, ampliando assim as disponibilidades financeiras do Estado (mas sempre sobrecarregando mais os futuros contribuintes).

Assim, podemos classificar como uma das vulnerabilidades internas a “agenda política” que suplanta análises técnicas com vistas a manutenção de poder, implicando em consequências orçamentais que não são devidamente contabilizadas.

Em desdobramento desta vulnerabilidade interna inerente a “agenda política”, configura-se outra vulnerabilidade interna com a falta de contabilização dos riscos das PPPs. Com efeito, em caso de ocorrência de algum problema no modelo do negócio, as PPPs apresentam um risco que não é devidamente quantificável pelo sistema tradicional da administração pública na medida que não é devidamente contabilizado^{227 228}

²²⁷ Sobre o tema: AZEVEDO, Maria Eduarda. *As PPPs e as finanças públicas: reflexões sobre a moldura orçamental*.

²²⁸ Os projetos de PPP se caracterizam por um elevado investimento inicial e um custo de manutenção relativamente baixo. Exemplo o das rodovias de Portugal onde 1 km de construção custou 1,5 milhão de euro no Alentejo e 6/7 milhões na zona urbana e, os custos de manutenção variam entre 30 e 100 mil euros por ano. (SARMENTO, 2013: 17)

Sabendo-se que a falta de controle de hoje é a falta de opções políticas de amanhã, a fixação de limites às ações dos agentes públicos sempre é uma preocupação latente. Se uma PPP implica em empreendimentos deficitários, e como consequência lógica, em pagamentos públicos, a tendência é que se pense serem as PPPs um meio de elevação da despesa pública. (STARLING, 2014)

O fato de envolver pagamentos estatais é o grande responsável pelo debate sobre como registrar tais obrigações no balanço contábil do ente público. A controvérsia gira em torno da seguinte questão: as obrigações de pagamento devidas pelo Estado em contrapartida à construção da infraestrutura, bem como dos serviços associados, devem refletir nas contas públicas ou devem ser considerados como mero contrato de serviços sem qualquer reflexo contábil para o parceiro público?²²⁹

Nesse sentido, segundo a orientação do *Statistical Office of The European Communities (Eurostat)*²³⁰, para que o ativo objeto do contrato não conte para o déficit público o Estado deve assumir o risco de construção; e, além disso, ao menos um dos seguintes riscos – disponibilidade e demanda. (HUPSEL, 2013: 39/40)

No Brasil, a Portaria STN n° 614/2006 dispõe que a assunção de “parte relevante” do risco de demanda, de disponibilidade ou de construção implicará no registro dos ativos da SPE no balanço das contas públicas e, em contrapartida, na assunção de dívida de igual valor. A definição para o termo “parte relevante” está indicada na referida portaria e tem por marco o valor de 40% sobre o total dos respectivos riscos. A opção por analisar a repartição apenas dos riscos de demanda, disponibilidade e construção indica a clara influência do modelo utilizado pelo Eurostat, com a diferença que, enquanto no órgão europeu há necessidade de assunção relevante do poder público de no mínimo dois destes riscos (sendo necessária a presença do risco de construção), no modelo brasileiro, mais conservador, basta

²²⁹ Contratos de prestação de serviços não são incluídos no endividamento público, pois, em regra, são contratos de curta duração cujos pagamentos são efetuados em parcelas durante a sua execução. Até a chegada das PPP, a dívida pública era o reflexo tão somente das operações de crédito realizadas, não envolvendo qualquer contrato de prestação de serviços. Este cenário começará a sofrer algumas modificações com o registro dos contratos de PPP.

²³⁰ EUROSTAT. *Nem decision of Eurostat on deficit and debt – treatment of public-private partnerships*. STAT/04/18, Fev/2004. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_STAT-04-18_en.htm?locale=en>. Acesso em 07/02/2016.

a assunção de parte relevante de um deles para implicar o registro do ativo na dívida pública consolidada.^{231 232 233}

Rodrigo Reis Oliveira (2014) complementa, informando que o caso do Reino Unido é paradigmático para exemplificar este risco contábil. A regra do investimento sustentável (*Sustainable Investment Rule*) consolidada pelo tesouro britânico em 1998 (HM Treasury, 1998) estabelece que a proporção entre uma das principais contas governamentais relativas ao endividamento (*Public Sector Net Debt*) e o PIB será mantida em níveis estáveis e prudentes no curso dos ciclos econômicos. Entretanto, o valor dos investimentos promovidos por PPPs não eram incluídos no *Public Sector Net Debt*, apesar de produzirem os mesmos efeitos sobre a disponibilidade futura de recursos e flexibilidade orçamentária que o endividamento tradicional. Além disso, uma considerável parte dos empréstimos tomados por empresas para o desenvolvimento de infraestrutura pública por meio de PPPs também não são incluídos em uma outra conta governamental, a *Public Sector Net Borrowing*, utilizada para indicar a conformidade do endividamento público com as disposições financeiras do tratado de Maastricht, estando, portanto, fora de qualquer contabilização governamental.

²³¹ Outro aspecto importante a esta comparação diz respeito ao que se entende por “risco relevante”. Enquanto para o Eurostat significa a assunção da maior parcela de um determinado risco, o que se um quantum superior a 50% (cinquenta por cento) do risco em questão, o modelo conservador brasileiro considera que a “parte relevante” corresponde a assunção de 40% (quarenta por cento) do risco analisado.

²³² A dívida pública consolidada representa o total das obrigações financeiras assumidas pelo ente federativo cujos prazos sejam superiores a 12 meses. De acordo disposições constitucionais combinadas com dispositivos legais, os limites globais para o montante das dívidas públicas consolidadas da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios devem ser propostos pelo presidente da República ao Senado Federal, ao qual caberá fixá-los. Apesar de tal competência do Senado Federal, a lei determina certos parâmetros para tal fixação, como exemplo a necessidade de se determinar tais limites em percentuais das respectivas receitas correntes líquidas dos entes federativos. O termo dívida pública consolidada é definido pelo art. 29, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses. Já a Lei brasileira nº 4.320/64 utiliza o termo dívida fundada, dispondo compreender os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos. Por fim, a Lei de PPP brasileira estabeleceu o limite de 1% da receita corrente líquida para a soma das despesas anuais derivadas do conjunto dos contratos de parceria celebrados pela União.

²³³ Desta forma, fica evidente que quanto maior forem os impactos das PPP no endividamento público, mais comprometida estará a maximização de investimentos, pois significa que diferença alguma haverá entre a PPP e um financiamento diretamente realizado pelo Estado. Caso o plus de investimentos em infraestrutura representado pelos financiamentos privados nesta seara não seja possível, em função da sustentabilidade do empreendimento sob ponto de vista financeiro concentrar-se na entidade pública, restará como justificativa para adoção do mecanismo de PPP tão somente os ganhos de eficiência.

Desta forma, a situação contábil britânica gerou a falsa percepção, por parte de governos, de que as PPPs aumentariam o volume de investimento em infraestrutura. Na verdade, o que se criou foram caminhos para o descumprimento das regras que estabelecem padrões de gestão fiscal saudável. Como os constrangimentos para o endividamento são rígidos e as PPPs não pressionam este constrangimento, a implementação de projetos por meio de PPP pode ser preferida simplesmente porque representa um atalho de fuga das regras fiscais.

Por fim, outra vulnerabilidade interna é a falta de expertise estatal para tratar deste complexo sistema de contratação ainda pouco usual para o corpo técnico estatal.²³⁴

Enquanto os parceiros privados investem em uma equipe técnica qualificada, aproveitando de sua supremacia informacional e econômica, o parceiro público não possui corpo técnico para busca uma negociação menos deficitária de modo a identificar e quantificar os riscos do negócio.

Tal fato foi reconhecido pelo Tribunal de Contas de Portugal no *Relatório n.º 26/2009 2.ª Secção. Concessão do Terminal de Contentores de Alcântara (Adenda 2008)*, página p. 19, item 5.3, ao recomendar *no sentido de garantir o value for money dos contratos de PPP, devem os concedentes públicos munir-se de adequados meios humanos e técnicos, quer para efeitos de negociação dos contratos com os parceiros privados, quer tendo em vista a monitorização, gestão e fiscalização do cumprimento pontual das obrigações contratuais.*

A tentativa de atender a esta determinação do Tribunal de Contas de Portugal implicou na redação da atual Lei portuguesa sobre PPP que afirmou no seu preâmbulo que “a necessidade de aperfeiçoar e otimizar os meios técnicos e humanos ao dispor do setor público no apoio a esta modalidade complexa de contratação justifica, à semelhança do que se verifica em vários países da União Europeia e do resto do mundo, que se concentre numa única unidade um conjunto assinalável de responsabilidades e competências, eliminando-se, assim, a dispersão de múltiplas tarefas por diferentes entidades públicas.

²³⁴ Deixamos de lado a análise sobre aspectos de governança democrática por não termos certeza se estes aspectos superam os eventuais ganhos de eficiência oferecidos por PPPs.

A unidade agora criada, designada Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, que tem a natureza de entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças, assume responsabilidades no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegura um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira. Simultaneamente, reconhece-se à Unidade Técnica a possibilidade de, na área das parcerias, prestar apoio técnico a entidades públicas na gestão de contratos, assumir a qualidade de gestora de contratos e promover ações de formação, bem como de prestar apoio técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na definição legal de PPP.”

3.4. Vulnerabilidade contratual.

Partindo de uma visão sobre as consequências destas vulnerabilidades, têm-se que analisar as vulnerabilidades contratuais do Estado, que reconhece e legaliza a partilha do risco do negócio.

Vimos que esta vulnerabilidade contratual decorre de vulnerabilidades internas e externas que terminam por transferir o risco do negócio ao setor público em favor do parceiro privado, transformando o Estado em garantidor de lucros.

Deste modo, a partilha de riscos entre os parceiros públicos e privado deve atender à capacidade de cada um para gerir de forma mais económica os riscos que lhe hajam sido atribuídos e, bem assim, estar nitidamente identificada no contrato.

A legislação luso-brasileira²³⁵ ²³⁶é clara ao determinar que o estabelecimento da parceria implica uma transferência de risco significativa e efetiva para o setor privado e que

²³⁵ Conforme art. 7º, do Decreto Lei nº 111/2012, de 23 de maio:

1 - A partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente e obedece às seguintes regras:
a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos; b) O estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado; c) A criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada; d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.
2 - Os contratos devem incluir um anexo com a matriz de riscos, em formato de tabela ou outro de natureza semelhante, donde conste uma descrição sumária daqueles, que permita a clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros.

²³⁶ Já o art. 5º da Lei brasileira sobre PPPs estabelece que as cláusulas dos contratos de parceria público-privada devem prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – 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;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

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

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

o risco de insustentabilidade financeira, por causa não imputável a incumprimento ou a modificação unilateral do contrato pelo parceiro público ou, ainda, a situação de força maior, há de ser transferido, tanto quanto possível, para o parceiro privado. (AZEVEDO, 2009: 310)

Contudo, na prática, constata-se que inexistente essa transferência de risco ao setor privado.

Ora, em sendo estabelecido no contrato que, se um esquema de PPP não for inteiramente pago pelo utilizador, há que recorrer, a título supletivo, a fundos públicos, é inegável que um espectro significativo das parcerias acabam por ter implicações financeiras muito variadas para o Estado, cuja participação pode assumir formas diversas: a concessão de subsídios não reembolsáveis para a construção da parte de uma infraestrutura, assumindo o Estado uma parcela da obra; a atribuição periódica de subsídios não reembolsáveis, quando os resultados da exploração do projeto se preveem negativos em resultado da imposição, pelo parceiro público, de um esquema tarifário reduzido com o objetivo de minimizar a carga suportada pelos utilizadores; a concessão de garantias ao agente privado, que se traduzem em assegurar determinados fluxos de tráfego de modo que, não sendo cumpridos certos mínimos pré-estabelecidos, é o ente público que cobre a diferença; ou a locação financeira ou outros mecanismos financeiros semelhantes. (AZEVEDO, 2009: 339)

Este risco de gastos não previstos deve ser objeto de estudo e contabilização pelo Estado para verificar se a execução do investimento pelo poder público de forma direta, sem o uso das PPPs, não seria mais eficiente e econômico, o que nos remete novamente ao conceito de *Value for Money*²³⁷.

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

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

²³⁷ O VfM traduz uma combinação ideal dos custos de um ciclo completo de um projeto, incluindo os riscos e a gestão dos riscos, o tempo de finalização e a qualidade, equacionado sempre nas perspectivas do cumprimento de requisitos públicos. A síntese destes elementos viria a ser generalizada na linguagem jurídica através do “caso base”. O caso base, também designado por caso empresarial, ou por “caso empresarial e projeto de referência”, é generalizadamente entendido, na linguagem econômica, financeira e de gestão, como “uma clara definição do projeto, em termos da prestação de serviço visado: a especificação do produto. Adiantando-se que esta não deveria constituir a descrição de um determinado ativo, mas uma prescrição de um determinado serviço. Em todo caso, é tida como útil definição na perspectiva de gestão de valor, pois implica o entendimento da função, um fator que se situa no âmago da gestão do valor. O projeto de referência demonstra que existe

Assim, o *Value for Money* do investimento e alocação do risco é o ponto crítico de uma PPP na medida em que o setor privado tem um custo de financiamento maior que o público. Deste modo, a PPP somente gera *Value for Money* se o privado for mais eficiente que o público²³⁸ (SARMENTO, 2013: 21)

Por isso a PPP só será mais eficiente se o seu custo global for inferior ao da contratação tradicional. Sendo o financiamento público mais barato que o privado (pela ausência de risco de falência do Estado), essa eficiência tem de estar demonstrada nos outros custos globais como: custo de concepção, construção, manutenção, operação e gestão do risco. (SARMENTO, 2013: 15)

Pelo que se vê, então, as vulnerabilidades internas e externas, consolidam-se na vulnerabilidade contratual que sedimenta ao Estado a função de garantidor de lucros ao parceiro privado sem a análise das alternativas do investimento direto do Estado no empreendimento.

Tal fato também foi constatado pelo Tribunal de Contas de Portugal no *Relatório n.º 26/2009 2, página 19*, onde foi afirmado que *o contrato, que o concedente público negociou e assinou, mostra-se desequilibrado, do ponto de vista financeiro e do modo como o risco ficou repartido pelas partes. Para o ilustrar, basta ter presente que o financiamento do projecto foi estruturado sem capitais próprios, com base apenas em empréstimos bancários e suprimentos dos accionistas, cujo reembolso, porém, está garantido pelo concedente público, caso se registem situações adversas, que prejudiquem a viabilidade económica e financeira da concessionária... devem os concedentes públicos proceder, sistematicamente, à contínua reavaliação dos riscos decorrentes de qualquer processo de negociação ou de renegociação de contratos de PPP, no sentido de poderem aferir do respectivo impacto no seu esforço financeiro, bem como do value for money do contrato, face a outras alternativas possíveis.*

uma opção de investimento que deve ser financeiramente comportável. O caso base deverá conter, pelo menos, os seguintes elementos: i) planejamento financeiro; ii) timing do projeto (ciclo de tempo de execução); iii) forma e tipo de contratação do projeto; iv) restrições ambientais; v) demandas públicas específica; vi) custos anuais. (MARTINS, 2012: 377)

²³⁸ Contudo, o Estado não deve transferir todos os riscos para o privado porque terminaria por encarecer o financiamento. Assim, os riscos são divididos em 3 partes: a) os riscos retidos pelo setor público; riscos que o privado não controla como licenças ambientais ou catástrofes naturais; b) os riscos retidos pelo setor privado; riscos de construção, manutenção e operação; c) os que são partilhados. (SARMENTO, 2013: 22/23)

O mesmo Tribunal de Contas de Portugal, no *Relatório nº 14/2003*, p. 06, disse que *apesar das boas práticas internacionais o recomendarem, o lançamento do programa de concessão SCUTs (sem custos para os utilizadores) não foi precedido de uma avaliação sobre a sua economia, eficiência e eficácia, face ao modelo tradicional, via orçamento do Estado. Por outras palavras, o programa foi lançado sem se avaliar se o mesmo acarretaria Value for Money para o Estado. A ausência de um modelo contratual Standartizado, especialmente no que respeita ao sistema de partilha de riscos, em nada beneficiou o Estado, dada a maior pressão e capacidade negocial, aliás, já tradicionais do setor privado.*

Neste sentido, posteriormente a tais recomendações, a legislação portuguesa consubstanciada no Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, estabeleceu em seus arts. 12 e 13 que a equipe de trabalho que desenvolver os trabalhos preparatórios necessários ao lançamento da parceria deve elaborar a justificação do modelo a adotar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade económica e financeira; elaborar o estudo estratégico e económico-financeiro de suporte ao lançamento da parceria; e demonstrar a comportabilidade orçamental da parceria, tendo, designadamente, em consideração os encargos brutos gerados. Se no desenvolvimento dos trabalhos de preparação do lançamento da parceria, se configurar um diferente modelo de contratação suscetível de apresentar vantagens para o setor público, a equipe de projeto, ouvido o órgão de gestão da entidade pública interessada, pode imediatamente recomendar ao Governo a utilização de um modelo de contratação diferente da parceria.

Por esse motivo, na Inglaterra, segundo os documentos doutrinários do *HM treasury*²³⁹, o recurso a um contrato PPP, para além dos requisitos já mencionados, deve ser avaliado a diversos níveis, designadamente quanto ao investimento – tem de estar em causa a execução de um programa ou de um projeto – o tipo de “produção” ou de fornecimento, a pressupor um modelo de contratação específico, e o procedimento, num quadro alternativo de opções entre o “diálogo, aberto, restringido ou concorrencial”. Essencial é ainda a

²³⁹ *HM Treasury is the government's economic and finance ministry, maintaining control over public spending, setting the direction of the UK's economic policy and working to achieve strong and sustainable economic growth. HMT is a ministerial department, supported by 11 agencies and public bodies. Mais informações disponíveis em: < <https://www.gov.uk/government/organisations/hm-treasury>>. Acesso em 11/02/2016.*

avaliação e comparação do modelo PPP com outras alternativas, nomeadamente a realização de infraestruturas. A este nível tem de demonstrar-se e fundamentar-se as vantagens de utilização de PPP/PFI relativamente aos outros tipos contratuais e/ou a outros modelos de execução de tarefas públicas. Nesta equação surge o “comparador do setor público” (*public sector comparator*), a exigir uma prévia comparação entre os projetos a executar ou com financiamento público ou com financiamento privado, a relação qualidade-preço. É nesta balança que entra o conceito de risco: a equação deve incluir uma quantificação de transferência (proposta) de riscos para o co-contratante, garantindo igualmente a quantificação dos riscos a suportar pela Administração. (MARTINS, 2012: 375/376)

Ademais, contratos de longa duração tem por característica conterem cláusulas abertas para facilitar os ajustes decorrentes de alterações fática-temporais. Tais “cláusulas abertas” incorporam riscos futuros não sinalizados que não são expressamente repartidos pelo Estado contra os particulares, configurando o que se chama de riscos dos “*incomplete long terms contracts*”. (WILLIAMSON, 1987: 333)

Neste contexto, o princípio da partilha do risco deve ser temperado com outro, colhido no *project finance* e que com ele faz contraponto: a otimização da transferência do risco. Assim, a partilha não significa nem a transferência pura e simples da totalidade dos riscos do projeto para o parceiro privado, nem, necessariamente, da parte mais significativa, antes a atribuição de cada risco à parte que está em melhores condições para o gerir ou mitigar da forma mais econômica, uma vez que o que está em causa é o estabelecimento do quadro de transferência e partilha suscetível de proporcionar maiores ganhos de valor para o parceiro público, incluindo a relação qualidade preço. (AZEVEDO, 2009: 368/379)

Na modelagem das transações PPP, a transferência de risco constitui um fator vital e insubstituível para gerar ganhos de *VfM*, sendo certo que o princípio nuclear da afetação de riscos não visa transferir o máximo risco para o parceiro privado, antes otimizar a afetação de riscos entre os parceiros. Presumindo-se que é possível estabelecer uma afetação ótima dos riscos, no desenho de um modelo de parceria cada risco há-de-ser cometido à parte que está em melhores condições de o gerir ou mitigar da forma mais eficiente ou econômica. (AZEVEDO, 2009: 403)

Em termos de grandes categorias de riscos, a vocação do setor público aponta para a retenção, no mínimo, dos riscos políticos e de natureza legislativa, enquanto que os determinados riscos comerciais são transferíveis, em princípio, para o setor privado, podendo emergir modelos que contemplam ainda uma partilha em relação a alguns componentes do risco comercial. (AZEVEDO, 2009: 404)

O setor público não é treinado, avaliado nem compensado por assumir o risco. O risco é a indeterminação relativamente a custos e benefícios, devendo-se ter em linha de conta tanto potenciais ganhos, como perdas latentes. Este risco está maioritariamente associado a desvios nos custos e nos timings de execução. (LUÍS, 2011)

4. Propostas para mitigar a vulnerabilidade estatal nas PPPs

Diante deste cenário²⁴⁰ em que o Estado se apresenta vulnerável, o modelo de PPP para a construção de infraestruturas deve ser descartado?

Em nossa opinião o modelo é válido mas deve ser aplicado de maneira vinculada ao que foi idealizada, evitando uma posição de supremacia do parceiro privado que investe em um negócio sem riscos, com a garantia de financiamento do Estado.

E de que forma podem ser minoradas tais vulnerabilidades?

4.1. Uso do comparador do setor público e responsabilização dos agentes públicos.

Em uma análise das vulnerabilidades endógenas, inicialmente deve ser imputada responsabilidade aos agentes públicos que optem por este modelo de contratação com viés eleitoreiro, sem a análise concreta dos riscos envolvidos para as futuras gerações.

Não se pode permitir que grande parcela dos futuros recursos públicos sejam utilizados como garantia de pagamento de contratos de PPPs idealizados sem uma finalidade pública claramente identificável, como ocorreu em grande parte dos contratos de construção dos estádios para a copa do mundo de futebol de 2014 e das olimpíadas de 2016 no Brasil.

²⁴⁰ Segundo Alexandra Leitão (2015: 110), correntes doutrinárias de diferentes países criticam a proliferação “*ad nauseam*” da técnica contratual como forma de associar os particulares às atividades da Administração, duvidando de sua eficácia prática, na medida em que há frequentes violações e poucas garantias de cumprimento. Nesta linha, muitos autores norte-americanos têm vindo a questionar este recurso numa escala sem precedentes que, nos Estados Unidos da América, inclui setores como defesa, sistema prisional, controle fronteiras e segurança interna defendendo, pelo contrário, a procura de soluções dentro da própria Administração.

Portugal passou por este problema, tanto que a falta de fixação de um teto de endividamento, de um limite para o comprometimento anual de despesas com essas concessões, trouxe sérios problemas e o crescimento dos encargos futuros com contratos públicos é um dos fatores contabilizados na crise financeira portuguesa. Tanto assim é que, se, anteriormente, a Comissão Europeia recomendara a contratação pública como uma medida de relançamento da economia, posteriormente a mesma comissão opinou em sentido inverso. (HUPSEL, 2013: 52)²⁴¹

O perigo é tamanho que o governo português prevê para o ano de 2016 um agravamento dos encargos brutos com as PPPs rodoviárias e uma diminuição das receitas de portagem face ao ano de 2015, implicando em uma subida dos custos do Estado português em 13,65% em comparação ao ano de 2015, atingindo 1.690 milhões de euros.²⁴²

Já no Brasil, dois anos após a realização da copa do mundo de futebol, noticia-se o início de discussões sobre vultosas indenizações aos parceiros privados com a retomada do estádio arena Pernambuco para o parceiro público, fruto de superfaturamento de despesas superiores a noventa milhões de reais e frustração de receitas por subutilização do equipamento²⁴³; e do emblemático estádio do Maracanã²⁴⁴.

Assim, afora a discussão sobre existência de corrupção de agentes públicos nestes contratos, deve ser imputada responsabilidade civil e administrativa aos agentes públicos que atuaram com dolo, culpa ou desídia na escolha de contratação de PPPs sem a efetiva transferência de risco para os parceiros privados.

²⁴¹ Neste ponto, as informações sobre o impacto financeiro das PPPs no Brasil não são divulgadas de forma clara e sistemática. A verificação do comprometimento da receita corrente líquida dos entes federados nas PPPs é passível de ser realizada mediante o confronto dos contratos assinados por cada ente federativo brasileiro com os dados fiscais de cada unidade coletados pela Secretaria do Tesouro Nacional do Brasil. A falta de um comando legal que imponha a realização desse levantamento seguido da publicação dos seus resultados dificulta, sobremaneira, o acesso às informações referentes aos Estados e Municípios (HUPSEL, 2013: 139/140)

²⁴² Conforme JORNAL DE NEGÓCIOS. Disponível em: <www.jornaldenegocios.pt/economia/financas_publicas/orcamento_do_estado/detalhe/encargos_com_ppp_rodoviarias_sobem_20_em_2016.html>. Acesso em 08/02/2016.

²⁴³ Jornal O Globo. *Governo do Estado decide rescindir contrato com Arena Pernambuco*. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/pe/noticia/2016/03/governo-do-estado-decide-rescindir-contrato-com-arena-pernambuco.html>>. Acesso em 05/03/2016.

²⁴⁴ Revista Isto É. *Após seguidos prejuízos, consórcio deve devolver estádio do maracanã*. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20151226/apos-seguidos-prejuizos-consorcio-podera-devolver-maracana-governo-rio/329405>>. Acesso em 05/03/2016.

Esta configuração de responsabilidade pode ser obtida por meio dos instrumentos do comparador do setor público que verifica se o projeto de PPP, de fato, obtém *Value for Money*.

Mariana Oliveira Alves Luís (2011) bem explica o tema ao afirmar que a adaptação de um projeto público ao modelo de PPP prevê uma correta estimação do seu custo potencial na situação (opcional) de ser executado pelo sector público pelo denominado Custo Público Comparável (CPC) ou Comparador do Sector Público (CSP). O seu cálculo possibilita aperfeiçoar a definição dos objetivos e resultados desejados, apreciar o custo estimado do projeto, dispor de um parâmetro de comparação, ajustar o plano do modelo contratual e atestar a consistência com as políticas globais, incluindo a política orçamental.^{245 246}

Na mesma linha, Pedro Melo (2009, 952) informa que o parceiro público está legalmente vinculado a demonstrar que a parceria com o setor privado reúne condições objetivas para assegurar uma eficiência global do projeto superior àquela que resultaria da opção tradicional de financiamento e assunção de riscos pelo setor público.^{247 248}

Espera-se que, com tal responsabilização pessoal, a agenda política não supere a agenda técnica acerca da viabilidade e acerto na escolha deste modelo de contratação.

²⁴⁵ A Lei do Enquadramento Orçamental obriga à apreciação de um Custo Público Comparável e à orçamentação plurianual dos projetos de PPP. Artigo 6º alínea d) do DL 86/2003: Uma PPP pressupõe “a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no art.16º nº2, da lei de enquadramento orçamental, e que simultaneamente apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem”

²⁴⁶ O Comparador do Sector Público (CSP) deve ser constituído por: Resumo do projecto; Estimativas dos custos atuais, incorporando tanto custo de capital, como de operação; eventuais receitas abrangidas; Matriz de riscos; Valor dos ativos a transferir no final do contrato; Cash-Flows descontados, VAL; Análise de sensibilidade; Eventuais Anexos. (LUÍS, 2011)

²⁴⁷ Pedro Melo (2009: 921) fala em um princípio da subsidiariedade da PPP, posto que estas devem revelar vantagens objetivas em face de outras formas clássicas de satisfazer as necessidades coletivas.

²⁴⁸ Alexandra Leitão (2015: 110/111) informa que nos países anglo-saxónicos aplica-se um teste de eficácia prévio à opção pela contratação com os privados, que se traduz num estudo comparativo dos custos da contratação administrativa em comparação com o *outsourcing*, só se optando por este último se for mais favorável em termos económicos. Este *market test* é conhecido pelo teste dos três “es”: eficiência, eficácia e economia dos serviços e obras realizadas pela Administração local, devendo cada departamento examinar, de 5 em 5 anos, se a atividade em causa é privatizada, prestada diretamente ou prestada através de celebração de contratos com particulares. Outros autores têm criticado o fato de estes testes de eficácia se centrarem apenas numa perspectiva económica, salientando a necessidade de definir um conjunto de funções inerentemente governamentais que não podem ser objeto de *contracting out*; e chamando a atenção para a introdução de critérios que tenham a ver com valores e modos de atuação.

4.2 Redução do déficit informacional. Capacitação do corpo técnico estatal. Uso de técnicas de regulação.

No que se refere às vulnerabilidades exógenas, o Estado deve possuir um corpo técnico competente para diminuir a assimetria informativa que redundará na construção de contratos potencialmente danosos para o erário.²⁴⁹

Este corpo técnico deve elaborar um estudo técnico preliminar²⁵⁰ sobre os riscos envolvidos no projeto e acompanhar a execução contratual²⁵¹. Neste ponto, nota-se avanço da legislação portuguesa sobre a brasileira ao estabelecer a criação da unidade técnica de acompanhamento de projetos.

Ademais, devem ser buscados os instrumentos já previstos na teoria da regulação para reduzir o déficit informacional do Estado. Entre estes, merece destaque a teoria institucionalista de Oliver Williamson (1987) que previu dois mecanismos básicos de diminuição de assimetrias visando amenizar o oportunismo pré-contratual: i) sinalização (*signaling*), que diz respeito a obrigação de emissão de sinais e fornecimento de informações por parte do agente que a detém²⁵²; e ii) varredura (*screening*), que ocorre quando a informação assimétrica é revelada por iniciativa de outra parte, ou seja, diz respeito a busca de informações.²⁵³

Relativamente à relação contratual, a obtenção de eficiência na parceria envolve a criação de entidades públicas que possuam capacidade técnica na sua área específica de desempenho. Implica também a formação de entidades públicas com efetiva competência de

²⁴⁹ Carlos Moreno (2010: 698) informa que o Estado português desenvolveu um vasto programa de PPP sem dispor nem de conhecimento, nem de experiência, nem de quadros técnicos indispensáveis não só a gestão global daquela complexa e especializada figura, como a negociação dos minuciosos e tecnicamente exigentes contratos de concessão, os quais, do lado privado, apresentavam como negociadores os bancos financiadores e os consórcios de empresas privadas concessionárias, que se tinham tecnicamente bem apetrechados para negociar as PPPs com o Estado.

Assim, cita erros cometidos pelo Estado nos contratos de PPPs que vão impor pesados ônus para as próximas gerações como: a má partilha de riscos; e modificações unilaterais dos contratos de concessões; má gestão dos concursos públicos. (MORENO, 2010: 701/704)

²⁵⁰ Sobre o tema Henrique Carreta Pimentel (2012: 64) apresenta métodos de simulação de gestão de riscos

²⁵¹ O uso do monitoramento é eficiente até certo nível. Os benefícios do monitoramento caem rapidamente a medida que os custos deste mesmo monitoramento aumentam. (LANE, 2003: 84)

²⁵² Tal medida é bastante utilizada na regulação financeira.

²⁵³ No que se refere ao risco moral, WILLIAMSON (1987) advoga como solução os mecanismos de monitoramento, através de auditorias independentes; contratos de incentivo; e *joint-ventures*, que implica na posse conjunta dos ativos e criação de compromissos.

negociação e de gestão dos contratos e, ainda, com sensibilidade para o interesse público presente e para as necessidades dos utentes das parcerias. Dever-se-á preservar os riscos alocados aos parceiros privados que contratualmente assumiram, assegurar o controle da qualidade dos investimentos e serviços prestados, conciliar a resolução política com as condições e prazos contratuais combinados. Por último, deve-se evitar modificações na etapa de execução dos projetos, dado que quaisquer variações acarretam ao agravamento dos valores do projeto, admitindo a devolução dos riscos adotados pelo parceiro privado e que já estão obviamente refletidos no custo.

Neste ponto, Pedro Gonçalves (2008: 18/19 e 21) é feliz ao apontar que a gestão de contratos públicos constitui missão complexa e multifacetada que abrange ações e medidas de acompanhamento, de supervisão e de fiscalização da execução do contrato público, bem como a tomada de decisões de cariz muito variado que tem em comum o desencadeamento direto de efeitos no desenvolvimento de uma relação contratual. A ideia de gestão do contrato público começa por nos remeter para responsabilidade ou incumbência específica que recai sobre o contraente público de, em nome do interesse público, assegurar o cumprimento das obrigações contratuais por parte do contraente privado.²⁵⁴

Nesse contexto, demanda-se por uma competente e empenhada gestão dos contratos públicos já na fase operativa, de execução; sem isso, deixando o contraente privado entregue a si mesmo ou a mecanismos informais e privados de acompanhamento, é realmente sério os riscos de se perderem os benefícios e toda a *public value* de um originário “bom contrato”. A Administração Pública tem, pois, o dever de não dormir na forma (“*asleep at the switch*”) e de se esforçar por adquirir competências de gestão de contratos e de, em cada caso, desenvolver uma competente administração dos contratos que subscreve.

²⁵⁴ Importante destacar que inexistente uma correspondência exata entre gestão de contratos públicos e prerrogativas pública porque, em certas vertentes, a gestão de contratos está ligada ao conceito de *dever*, alheia a qualquer conotação com *poder* ou *prerrogativa*. (GONÇALVES, 2008:22)

4.3. Atenção a redação e interpretação das cláusulas contratuais.

Além da busca de redução da vulnerabilidade informacional, o Estado deve remediar sua vulnerabilidade econômica através da construção cautelosa do contrato, evitando suportar todos os riscos do empreendimento, transferindo, efetivamente, parte dos riscos ao parceiro privado.²⁵⁵

O setor público irá operar melhor se os contratos sejam feitos de forma explícita, com termos contratuais amplos e completos que digam, na inteireza, o que é esperado de cada um e de que forma será feita a *accountability*.²⁵⁶²⁵⁷

Tal medida já é prevista na legislação luso-brasileira sem, contudo, prever a solução jurídica para a repartição inadequada dos riscos. A legislação portuguesa vai além ao prever a repartição de benefícios em casos de vantajosidade excessiva ao privado medida esta que não se teve notícia de ocorrência, talvez em razão do déficit informacional.

O contrato de PPP, ao fazer a gestão dos riscos, deve colaborar para um resultado no qual a sociedade receba o serviço com qualidade e, ao mesmo tempo, o valor da tarifa paga ao empresário garanta o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. (FERNANDEZ, 2008)

De fato, é importante garantir que as PPPs serão voltadas para o aumento da eficiência na gestão de serviços públicos, em detrimento da gestão que apenas cria novas despesas. Para isto a estrutura de contrato deve ser apropriada para garantir a transferência de riscos para o setor privado e também se refletir de forma acurada as contas fiscais e na análise de sustentabilidade da dívida. (FERNANDEZ, 2008)

Apesar do trabalho não abordar questões concorrenciais, nos processos de escolha das firmas para o estabelecimento dos contratos de PPPs, as últimas podem utilizar o que se

²⁵⁵ O contraente público deve conhecer, em cada momento, a situação econômica do contraente privado, de modo a poder antecipar a degradação ou fragilização da situação econômica do contraente. (GONÇALVES, 2008: 28)

²⁵⁶ O contrato como mecanismo chave de coordenação é uma ideia nova em uma Administração Pública fundada no sistema de autoridade. (LANE, 2003: 193)

²⁵⁷ Pedro Gonçalves (2013: 14 e 73) informa que a base ideológica que conduziu ao Estado regulador, assente na premissa da redução ou do recuo da intervenção pública na economia, aumenta a dimensão do Estado contratante e, sem surpresa, o contrato vê-se transformado num mecanismo prioritário da ação pública. Contudo, importa assinalar, como finalidade central do Estado regulador e de garantia, a definição de uma articulação coerente, eficiente e sinérgica entre os dois setores, de modo a evitar qualquer espécie de desenvolvimento totalitário, quer no sentido de uma pan-publicização da vida civil, quer no sentido oposto, da captura ou da colonização do Estado e do setor público por interesses privados.

chama de “maquiagem” para reduzir custos e ganhar o processo de concorrência. Se à primeira vista esse resultado demonstra eficiência, percebe-se logo a seguir que a estratégia de redução artificial dos custos gera a necessidade de uma renegociação de contrato (risco contratual), visto que os custos estimados não estão adequados à realidade financeira da obra.

Como os agentes públicos e privados podem renegociar o contrato sempre que perceberem melhores oportunidades, torna-se interessante para a empresa privada ocultar seus verdadeiros custos. Além disso, se na formação de parcerias a empresa privada ou o governo detiverem um nível informacional privilegiado, estes poderão perceber previamente que reajustes deverão ser executados. Nesses casos, a diferença informacional poderá ser um fator que beneficiará o agente que possuir o maior nível de conhecimento e, em alguns momentos, poderá ser interessante para o governo prover renegociações contratuais para demonstrar que está agindo em prol da sociedade, adquirindo prestígio com seus futuros ou atuais eleitores.

Assim, propõe-se, de forma redundante, atenção e zelo à redação das cláusulas contratuais.

Registre-se a importância não só da clara e correta redação do contrato bem como sua interpretação. Neste ponto a doutrina inglesa e norte americana se aprofunda mais sobre o tema. Para que a interpretação dos termos contratuais seja objetiva, evitando “subjativismos” relacionados a “intenção”²⁵⁸ (RANDALL & ALDER, 2007: 132) e se o contrato dispõe expressamente sobre o risco assumido, a parte implicada deve assumir sua obrigação contratual ou ser sancionada pela sua falta. (CHEN-WISHART, 2008: 246)

Como a PPP é um contrato de longo prazo, é razoável pressupor a existência de cláusulas que prevejam a possibilidade de renegociação do que foi acertado no início da parceria. Mas é justamente a possibilidade de renegociação legal do contrato que possibilita a ação oportunista. De um lado, a permissão de renegociação incentiva as empresas envolvidas na competição pela obtenção do direito de assinar o contrato de PPP a ofertarem serviços a valores artificialmente baixos, colocando em risco a sustentabilidade econômica-financeira da parceria. Por outro lado, a possibilidade legal de renegociação pode ser utilizada pelo governo para aumentar (ou antecipar) gastos às vésperas de novas eleições,

²⁵⁸ Tanto que o uso correto da “pontuação” é importante para os contratos e sua interpretação (RANDALL & ALDER, 2007: 164)

com isso transferindo ônus para administrações futuras. A existência de incentivos para que ambas as partes busquem abrir processos de renegociações pode tornar a PPP em si um elemento de risco: a renegociação que deveria ser a exceção corre o risco de ser a rotina. O que nos remete a teoria da imprevisão.

Outra medida interessante é a possibilidade de estabelecimento de uma metodologia padronizada para avaliação dos ganhos de eficiência previstos. Como cada contrato conta com estudos e análises que partem de premissas distintas e usam métodos de comparação de alternativas de investimento diferentes, a ausência de uma metodologia consolidada limita a comparabilidade entre os projetos e introduz insegurança quanto a generalização setorial de suas conclusões.²⁵⁹

No que diz respeito ao modelo de negócio detalhado, deve-se delinear objetivos escalonados e claros que possibilitem a inovação e conduzam à performance, ao longo da sua implementação. Não esquecendo a apreciação da sua execução, através de procedimentos pré-definidos de avaliação e de coleta de informação, bem como da administração de possíveis conflitos.

Referente à estratégia de permuta e repartição de riscos, o parceiro mais capacitado na gestão do risco deverá suportá-lo, com o intuito de diminuir-se os prêmios de deslocação dos mesmos. Dever-se-á apenas transferir os riscos que o parceiro privado possa controlar e esteja apto a adoptar.²⁶⁰

²⁵⁹ Outra possibilidade para minimizar os problemas relacionados a fragilidade de aspectos de *accountability* é o exercício da chamada “micro engenharia contratual”. Um bom exemplo é o caso do Complexo Penal de Minas Gerais onde o contrato previu a instalação de um conselho consultivo composto pelo governo, parceiro privado, Conselho Estadual de Direitos Humanos, Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária, dentre outros. Dentre as funções do conselho está a análise dos relatórios de desempenho do parceiro privado, além da possibilidade de realizar diretamente avaliações qualitativas nas atividades desempenhadas pela empresa, cujo resultado impacta diretamente na remuneração do parceiro privado. A forte presença da sociedade civil organizada, incluindo órgãos de proteção de Direitos Humanos, aliada ao acesso privilegiado, e em primeira mão, a informações relativas a operação das unidades prisionais pode ter papel central em garantir transparência e controle das atividades desempenhadas pelo parceiro privado. Além disso, o envolvimento de atores externos a relação contratual, e consequentemente imparciais, pode incentivar o desenvolvimento de mecanismos de governança corporativas que evidencie riscos, mitiguem-nos e permitam o desenvolvimento de padrões adequados de responsabilização. Ainda é cedo para se avaliar o efetivo impacto destes mecanismos contratuais na mitigação dos efeitos de longo prazo da utilização de PPPs nas estruturas de governança democrática em Minas Gerais. Entretanto, resta evidente que houve grande preocupação em desenhar arquiteturas institucionais nos contratos que produzam incentivos para a redução da complexidade institucional e para a preservação de instrumentos de *accountability*.

²⁶⁰ Pedro Gonçalves (2008: 34/37) propõe, como medidas de auxílio o contraente privado em tempos de crise: i) adiantamento de preço não contratualmente previsto; ii) prêmios por cumprimento antecipado; iii)

Alusivo ao fluxo de receitas e despesas estabilizados, convém prever a minimização dos riscos provenientes de situações de força maior, equacionando sempre os potenciais problemas que poderão afetar os tarifários ou a sua aplicação. Agindo sempre com o objetivo de reduzir a incerteza em relação à procura e a pagamentos diferidos.

Neste ponto, entendemos que a elaboração dos estudos preliminares não transfere o risco de sucesso do empreendimento ao parceiro público sob pena de mantê-lo como garantidor de lucros. Cabe ao parceiro privado analisar o estudo inicial e, a partir de então, afiançar a sua viabilidade, assumindo o risco.

Ademais, podem ser buscadas outras alternativas para minorar ainda mais o risco como o repasse destes mesmos riscos a terceiros através de contratos de seguro.

Por fim, parafraseando o Tribunal de Contas Português²⁶¹, o modelo de gestão concessionada apresenta vantagens acrescidas quando comparado com os modelos de gestão direta ou delegada, designadamente a possibilidade de superar restrições orçamentais e limitações de financiamento, de contratualizar metas e objetivos de qualidade de serviço com responsabilização das concessionárias, na obtenção de ganhos de eficiência e *know how* tecnológico na área da operação e manutenção, na maior celeridade da execução dos planos de investimento, desde que possam consubstanciar ganhos efetivos para os utentes e municípios. Contudo, o sucesso deste modelo dependerá, no essencial, da verificação de alguns pilares chave, a saber:

- O estabelecimento de um clausulado contratual que permita uma partilha equilibrada dos riscos envolvidos com a prestação do serviço. Por princípio, os riscos financeiros, os riscos de procura e os riscos da operação devem ser assumidos pela concessionária, de modo a registar-se uma efetiva transferência de risco para a concessionária;
- A previsão de cláusulas de *clawback* (partilha de benefícios) que permitam que o reequilíbrio financeiro funcione, também, em benefício dos municípios e dos seus utentes, designadamente, por via da redução do tarifário;
- A implementação de mecanismos de penalização e responsabilização das concessionárias por situações de incumprimento verificadas no âmbito das metas e objetivos de qualidade de serviço contratualizados;

alargamento de “refaseamento” dos prazos de cumprimento das obrigações; iv) contenção e prudência no uso dos poderes públicos; v) suspensão da execução dos contratos; e vi) sequestro do contrato.

²⁶¹ Relatório n.º 02/2015 - 2.ª Secção. Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa) Auditoria de seguimento. Janeiro de 2015, Itens 55 a 57, página 12.

- A adoção, por parte dos municípios concedentes, de um sistema de monitorização, controlo e fiscalização rigoroso para (i) as obrigações contratualizadas no âmbito do plano de investimentos, (ii) os objetivos e metas de qualidade de serviço, bem como (iii) os riscos e o (iv) desempenho financeiro das concessionárias, em sede de caso base.

4.4. Possibilidade de uso da teoria da imprevisão de direito público.

Em uma análise sob o prisma do direito público, cabe repisar que, em caso de modificação da realidade fática por causas imprevisíveis, a teoria da imprevisão²⁶² pode ser aplicada para onerar não somente o Estado mas também para rediscutir uma posição de vantajosidade excessiva pelos particulares.²⁶³

Como já dito, entendemos que eventual erro ou falha no projeto inicial elaborado pelo poder público não implica em vinculação ou garantia de que os estudos e simulações apresentados venham a se tornar uma realidade haja vista que, no modelo de PPPs, a expertise do negócio adentra a seara do parceiro privado que tem a obrigação de verificar a razoabilidade e probabilidade do estudo, assumindo o risco de uma frustração do negócio.

264

Por isso, vantagens econômicas anormais poderão constituir uma das causas de reequilíbrio do contrato a favor do contraente público, consubstanciada em Portugal na partilha dos benefícios a que se refere o art. 341 do CCP, onde foi estabelecido que sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o co-contratante que não resulte da eficiência de sua gestão e das oportunidades por si criadas, há

²⁶² A teoria clássica imprevisão diz que a alteração das circunstâncias deve ser *anormal e imprevisível, a exigência dos deveres assumidos não deve estar coberta pelos riscos do contrato*. (MARTINS: 2012, 603)

²⁶³ A exemplo do sistema português, o sistema brasileiro consagra o princípio geral do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo por meio da teoria da imprevisão (no direito administrativo) e da excessiva onerosidade (direito civil, art. 478 CCB). (MARTINS: 2012, 492)

²⁶⁴ Segundo Sérgio de Azevedo (2014: 300/301), os contratos de PPP carecem de estudos exaustivos que justifiquem o seu lançamento, assim como de um conjunto de estudos de acompanhamento e monitorização durante todo o período da sua execução. O Estado português promovia estudos que antecederam a contratualização via PPP, embora com cenários inflacionados e pouco realistas na maioria dos casos, mas não fazia estudos de acompanhamento e monitorização suficientes que avaliem com rigor o desempenho das PPPs. A posição negocial do Estado face aos parceiros privados é deficitária. O Estado português não possuía e não possui ainda uma estrutura técnica forte e especializada neste tipo de contratação que defendesse com absoluto e inquestionável rigor o interesse público.

lugar a partilha equitativa desses benefícios que, na falta de estipulação contratual, será feita pela revisão de preços ou de pagamento dos valores excedentes. (MARTINS, 2012: 598)²⁶⁵

Pedro Melo (2009: 949/951) também reforça a imprevisibilidade contratual ao destacar o fato de que, por força da longa longevidade de uma PPP, pode bem suceder que o ambiente circunstancial em que a mesma foi celebrada sofra uma alteração superveniente, anormal e imprevisível, que não se comporte dentro do designado “plano de risco” do contrato que lhe serve de instrumento. Neste cenário, configuram-se três hipóteses: 1) a alteração das circunstâncias irá implicar em uma reformulação dos moldes em que a PPP vem sendo executada pois, caso seja mantido os termos contratuais, o privado será penalizado. 2) caso a alteração das circunstâncias decorra do exercício de poderes do parceiro público, o parceiro privado terá direito à modificação do contrato e muito provavelmente a um reequilíbrio contratual. 3) caso haja a alteração das circunstâncias por caso fortuito ou força maior, de uma evolução técnica ou tecnológica, de uma alteração legislativa, não imputável a qualquer das partes, o parceiro público deverá resolver esta parceria, indenizando o parceiro privado.

Data Vênia, discordo de parte desse posicionamento na medida em que a assunção dos riscos nas PPPs deve ser repartida conforme a capacidade de cada contratante, sem transformar o ente público em segurador universal em caso de ocorrência do risco. Assim, se parceiro privado assumiu o risco ele não será “penalizado”. Na verdade, este cumprirá uma obrigação contratual livremente acordada. Da mesma forma ocorre com a superveniência de caso fortuito, força maior ou evolução tecnológica. Tais fatos fazem parte de riscos possíveis que devem ser devidamente explicitados na minuta contratual.

Neste sentido, é válida a ideia proposta por Carlos Moreno (2010: 706) de que o Estado deve buscar renegociação das PPPs em vigor em virtude do manifesto desequilíbrio para os parceiros públicos, na linha do atual Decreto Lei nº 111/2012, podendo ser utilizada a teoria da imprevisão do direito público.

²⁶⁵ Neste mesmo sentido o art. 21 da Lei portuguesa sobre PPPs estabelece que quando, nos termos de contrato de parceria já celebrado, se verificarem ou sejam invocados factos suscetíveis de fundamentar uma partilha de benefícios, ou a sua integral atribuição ao parceiro público, a reposição de equilíbrio financeiro ou a renegociação do contrato, deve ser constituída uma comissão de negociação para o efeito. Em casos excepcionais, devidamente fundamentados, os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa podem dispensar a constituição da comissão de negociação.

Registre-se que a modificação de contratos administrativos sujeitos às normas de contratação pública, mesmo em caso de circunstâncias supervenientes, não pode ser livremente empreendida pelas partes, sob pena de se violarem, em certos casos, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Neste sentido o Acórdão Pressetext²⁶⁶ refere que uma modificação deverá ser considerada uma nova adjudicação quando se verificar que “as alterações introduzidas (...) apresentam “*características substancialmente diferentes*” das do contrato inicial, demonstrando, portanto, “a vontade das partes em *renegociar* os *termos essenciais* do contrato”.

Assim, o Estado pode utilizar a teoria da imprevisão em seu favor e, em caso de utilização em favor do parceiro privado, tem que haver a cautela de não *modificar substancialmente* o contrato, o que pode configurar ofensa ao direito da concorrência.

4.5. Possibilidade de uso da teoria da onerosidade excessiva de direito privado.

Repisando a nossa visão de superação da dicotomia de regimes do contrato público, em uma análise de aplicabilidade do direito privado como solução para a vulnerabilidade do Estado nas PPPs, pode-se aplicar a teoria da onerosidade excessiva que se assemelha a teoria da imprevisão mas está categorizada no direito comum com algumas particularidades.²⁶⁷

A teoria da onerosidade excessiva nos contratos está atualmente contida nos artigos 478 a 480 do vigente Código Civil brasileiro e sua aplicação do instituto é exclusiva ao campo contratual.

Assim, o artigo 478 a 480 do Código Civil brasileiro dispõe que:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06 Pedro Gonçalves, In Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 73, Janeiro/Fevereiro de 2009. (GONÇALVES: 2009)

²⁶⁷ Pedro Melo (2009, 932) aborda a teoria da imprevisão em uma roupagem do direito civil português ao afirmar que deve se ter em atenção o art. 437 do Código Civil no sentido de que a situação em que se ancora o “lesado” para invocar uma alteração de circunstância não se encontre abrangida pelos “riscos próprios do contrato”

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Desse modo, para o direito brasileiro, o desequilíbrio das prestações fica provado com a presença de duas situações: i) pela onerosidade excessiva da prestação a ser cumprida por uma das partes e ii) a vantagem extrema da outra parte.

Muito se tem discutido acerca do requisito da extrema vantagem para o outro contratante pois nem sempre os fatos extraordinários e imprevisíveis, que tornam inviável a prestação para uma das partes, corresponderão, necessariamente, a vantagens extremas à outra. Além disso, o devedor terá um novo ônus, provar a vantagem obtida pela outra parte. Essa exigência limita o campo de abrangência da cláusula.

Independente de tais características, para o direito brasileiro, a resolução do contrato em caso de onerosidade excessiva é a regra, visto que o contrato só poderá ser revisado na hipótese do réu se oferecer a modificar, não podendo o magistrado revisar o contrato, impondo novas regras, modificando a forma de execução ou reduzindo as prestações.

Assim, a teoria da onerosidade excessiva brasileira se assemelha a teoria da imprevisão do direito público só que, por sua vez, fundada em dispositivos do direito civil comum, sendo menos vantajosa para o erário diante da necessidade de provar a vantagem do parceiro privado, situação difícil face a vulnerabilidade informacional.²⁶⁸

Ademais, o direito comum brasileiro restringe a possibilidade de alteração ou adequação do contrato, o que torna preferível o uso da teoria da imprevisão para o Estado no direito brasileiro.

²⁶⁸ Interessante notar que, para novamente demonstrar as contradições entre o direito público e privado, a França resiste a aplicar a teoria da onerosidade excessiva aos contratos privados.

Já o direito português regulamenta a teoria da onerosidade excessiva nos arts 437 a 439 do Código Civil nos seguintes termos:

Artigo 437.º (Condições de admissibilidade)

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Artigo 438.º (Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Portanto, vê-se que o direito português incluiu como requisito de aplicação da referida teoria a boa fé e expressamente definiu como requisito que a alteração das circunstâncias não esteja coberta pelos próprios riscos do contrato, o que se aplica diretamente aos contratos de PPP.²⁶⁹

O pressuposto do regime português é a ocorrência de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. E é da base do negócio que se trata, ou seja, inclui as circunstâncias que as partes, conscientemente, consideraram necessárias, e ainda aquelas cuja manutenção é necessária para que não se frustrasse o fim que o negócio teve em vista ou não se perturbe o equilíbrio contratual de modo inaceitável. Ademais, a manutenção do contrato em circunstâncias extremamente adversas tem que afetar gravemente os princípios da boa fé para ensejar a resolução dos contratos.²⁷⁰

A lei portuguesa exige que a possibilidade de resolver ou modificar o contrato se fundamente no fato de que a manutenção das obrigações assumidas pela parte lesada afete

²⁶⁹ O Código Civil português contém ainda uma norma que rege a percepção deficiente das circunstâncias ao tempo, ou antes, da celebração do contrato que é regida pelo art.º 252.º e, indiretamente, pelo mesmo art.º 437.º (por força da remissão do art.º 252.º). Ou seja, a distinção entre os dois regimes é temporal: no art.º 252.º trata-se de circunstâncias passadas ou presentes em relação à data em que as partes celebraram o contrato, ao passo que no art.º 437.º estamos perante a alteração das circunstâncias posterior à data do contrato.

²⁷⁰ Ou seja, a alteração das circunstâncias a de ser “anormal”, excepcional, um acidente no curso ordinário ou na série de acontecimentos conaturais da vida de um determinado contrato. (MELO, 2009: 929)

gravemente os princípios da boa fé, isto é, o mecanismo só deve funcionar quando a justiça contratual for de tal forma perturbada que uma pessoa de bem, séria e honesta, se absteria de exigir o cumprimento do contrato sem atender à alteração das circunstâncias. A lei não aponta para qualquer violação da boa-fé, exige que ela seja gravemente afetada. Tanto que o regime do art. 437.º/1 afasta, desde logo, aqueles casos em que a alteração das circunstâncias é coberta pelos riscos próprios do contrato.

Diferentemente do direito brasileiro, o direito português confere ao lesado a possibilidade de pedir a resolução ou modificação do contrato, segundo juízos de equidade. Se optar pela resolução, permite-se à outra parte opor-se ao pedido ou declarar aceitar a modificação do contrato. O tribunal decide, segundo critérios de equidade, pela resolução ou pela modificação, não lhe competindo, porém, modificar o pedido do lesado, substituindo-se à outra parte. Por conseguinte, se possível, deverá aproveitar-se o contrato através da revisão do seu conteúdo, atualizando e adaptando o contrato na medida da evolução das circunstâncias, de forma a manter a sua verdade originária, o seu sentido inicial; mas se este tiver perdido a sua razão de ser e não for possível estabelecer um equilíbrio justo, o tribunal deverá optar pela resolução.

Por fim, se a parte estiver em mora no momento em que se concretizou a alteração das circunstâncias, perde o direito a alteração ou resolução do contrato.

Os requisitos do direito comum português em caso de alteração das circunstâncias nas PPPs são extremamente válidos ao conjugar a boa-fé como requisito para a obtenção da revisão ou resolução do contrato na medida em que constitui um remédio para o aproveitamento do parceiro privado das vulnerabilidades do Estado, podendo ser utilizados pelos representantes do Estado português, com base nos mesmos fundamentos das chamadas prerrogativas públicas.

Nesta linha, parte da doutrina administrativa portuguesa entendeu pela aplicabilidade do art. 437 do Código Civil português aos contratos administrativos, entre eles Pedro Gonçalves (2003, 126) que referiu que “faz todo sentido admitir que a Administração não está impedida de requerer judicialmente a modificação do contrato nos termos gerais”. (MELO, 2009: 940)

IV- CONCLUSÃO

Atribui-se ao filósofo alemão Arthur Schopenhauer a frase: “A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”.

Esta foi a finalidade do presente trabalho que lançou um olhar ao Estado enquanto vulnerável nas modernas relações contratuais de parcerias público privadas.

Como visto, estamos em uma época de transição da administração pública que denomino de *pós gerencial*. Vivenciamos a flexibilização regime jurídico do ato administrativo e a recepção de um novo direito administrativo internacional a margem da recepção de regimes jurídicos internacionais onde o contrato tornou-se instrumento de ligação entre estado e sociedade a caminho da privatização de bens sociais. (TAVARES DA SILVA, 2010: 99/102)

Neste contexto de evolução da administração pública com uma visão crítica da dicotomia entre o direito público e direito privado e interpenetração de modelos da administração pública e privada, com repercussões nos contratos públicos, surgem as PPPs como novo instrumento de viabilização de investimentos privados em setores importantes.

Este novo modelo de contrato público legaliza o risco para a Administração Pública e, diante das múltiplas vulnerabilidades do Estado, pode se consubstanciar em um instrumento de garantia de lucros para os parceiros privados às custas do erário

Tal fato se constata hodiernamente no Brasil, onde, em incríveis poucos meses após a realização da copa do mundo de futebol, já se tem dois estádios de futebol recentemente construídos interditados por problemas estruturais. Outros dois contratos de PPPs de estádios estão em vias de serem rescindidos e, conseqüentemente, terá início toda uma discussão sobre indenização favor do parceiro privado.

Este trabalho não censura as PPPs. É um instrumento válido e que foi motor de grandes avanços da história mundial. Contudo, é preciso desmistificar o dogma do Estado superpoderoso e reconhecê-lo como possuidor de vulnerabilidades que devem ser objeto de atenção pelo operador do direito, em especial dos advogados públicos.

Considerando que o patrimônio público é o patrimônio de quem não tem patrimônio, o presente trabalho focou no ideal de proteção do Estado, apontando as vulnerabilidades públicas nas PPPs e a ineficácia das *prerrogativas contratuais públicas* com a apresentação de medidas mitigadoras destas vulnerabilidades.

Esperamos que a presente dissertação ajude na efetiva proteção do Estado e dos interesses coletivos que representa.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Paula Santos de. *A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul*. Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, v. 7, n. 73, p.01-20, junho/julho, 2005.

ALENCAR, Leandro Zanoni Apolinário de. *Guidance no contexto do Estado regulador: subsídios para compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas*. Dissertação de Mestrado em Direito, especialidade Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2 ed., Frankfurt a.M. Suhrkam, 1994. *Apud* SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

ALMEIDA, Geraldo Lourenço de. *Parcerias público privadas: a transferência do risco de expropriação no lançamento de uma PPP*. Dissertação de mestrado em Administração Pública apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação da Dra. Fernanda Paula Oliveira. Coimbra, 2012.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Nogueira de. *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia: Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.

ALMEIDA, Teresa. *Lei de defesa do consumidor anotada*. Instituto do Consumidor, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª Edição, volume I. Almedina, 5ª reimpressão da edição de 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, 2002. p. 43-64 cm Sep. De Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 78.

___ *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5ª edição. Almedina. Coimbra, 2012.

___ *Lições de direito administrativo*. 3ª Edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ARAÚJO, Wagner Frederico Gomes de. *As estatais e as parcerias público privadas: o Project Finance como estratégia de garantia de investimentos em infraestrutura e seu papel na reforma do estado brasileiro*. Prêmio DEST Monografias – Empresas Estatais: monografias premiadas 2005–2008. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>, acesso em 07/02/2016.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de direito da economia*. Coimbra: Almedina, 2013.

___ *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

___ *As PPP's e as finanças públicas: reflexões sobre a moldura orçamental*. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. ISSN 1646-9127. A. 1, nº 4 (2008), p. 245-273.

AZEVEDO, Sérgio de. *PPP e o custo de um Estado fraco: toda a verdade sobre as parcerias público-privadas*. Lisboa: Alêtheia, 2014.

BARBIERI, Diovana. *Direitos Fundamentais dos consumidores: a sua aplicabilidade direta nas relações jurídico-privadas, à luz dos ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal e Brasil*. Lisboa, Editora Juruá, 2012.

___ *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?* In Estudos de Direito do Consumidor. ISSN 1646-0375. N. 8 (2006/2007), p. 291-346.

BARONE, Antonio. *Il Diritto del rischio*. Giuffrè Editore. Milano, 2006.

BASÍLIO, Maria do Sacramento Bombaça. *Infrastructure Public-Private Partnerships Risk factors and agents' participation*. Tese de Doutoramento em Gestão pela Universidade Técnica de Lisboa - Instituto Superior de Economia e Gestão. 2011.

BEL I QUERALT, Germá. *Privatización, desregulación y competencia?*. Editora Civitas, 1996.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid [etc.]: MacGraw-Hill, 1997.

BITENCOURT, José Osório de Souza. *O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor*. Revista da EMERJ, volume 7, nº 25/2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_248.pdf> consulta em 01/01/2015.

BLOCK, Lawrence P. *Preparing for win-win government contracts negotiation in Government contracts settlements and negotiations*. Thompson-Aspartore, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: a metáfora da condição humana*. 40ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract theory*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional e democracia participativa*. São Paulo. Malheiros. 2001. *Apud SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

BONOMI, Claudio Augusto & MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: fundamentos e estudos de caso*. Atlas, 2002.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Sobre a distinção entre direito público e privado*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, p. 43-73. Coimbra editora. Lisboa, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo, Saraiva, 2006.

BULGARELI, Waldirio. *Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Atlas, 2000.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Almedina, 2015

CALVÃO, Filipa Urbano. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. In Estudos de Contratação Pública, volume I, fl. 327/370. Coimbra Editora, 2008.

CAMARA, Paulo. *A corporate governance de 2013 a 2023: desafios e objetivos*. In *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, fls. 145/166. Coimbra: Almedina, 2013.

CAMPOS, Diogo Duarte de. *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas: a adjudicação in-house em particular*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010.

CAMPOS, Gabriel. *A origem do direito administrativo*. Disponível em: <<http://gabrielcamposdireitoadministrativo.blogspot.com.es/2009/08/origem-do-direito-administrativo.html>>. Publicado em 07 de agosto de 2009. Acesso em 01 de ago. 2015.

CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos*. Tese apresentada por ocasião do XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado realizado de 19 a 23 de outubro de 2009, na cidade de Fortaleza/CE. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_052_Rodrigo_Augusto_de_Carvalho_Campos_06082009-14h41m.pdf>. Acesso em 27/09/2015.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra, Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição. Coimbra. Almedina, 2003.

___ *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra Editora, 2010.

CANTO e CASTRO, João Canto. *A regulação das parcerias público privadas no código dos contratos públicos*. In *Revista de contratos públicos*, nº 4, janeiro a abril de 2012, p. 177/201.

CARDOSO, Elionora. *Lei de defesa do consumidor: comentada e anotada*. 1ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2012.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. *O Estado como Ordem Jurídica: análise da Teoria Pura do Direito de Kelsen à Luz do Pensamento de Gramsci*. Rev. Jur. da presidência da República, Brasília, v. 7, n. 76, p.47-51, dez/2005 a jan/ 2006.

CARVALHO, Matheus. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em contratos administrativos - o Estado como consumidor de bens e serviços*. In *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Juspodivm. Ed. 2014. Disponível em: <http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-em-contratos-administrativos-o-estado-como-consumidor-de-bens-e-servicos>. Consulta em 28/01/2015.

CARVALHO, Raquel. *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*. Coimbra: Almedina. 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2ª edição. Salvador, Jus Podium, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12ª edição. Editora Lumen Juris, 2005.

CASALTA NABAIS, José. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra Editora, 2007.

CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Tradução Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1994.

___ *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè. ISSN 0557-1464. N. 1 (2002) p. 27-40.

___ *Privatizações anunciadas, privatizações parciais e pseudo-privatizações em Itália*. Scientia Iuridica. - Tomo 41, N. 235/237 (Jan./Jun. 1992), p. 27-47.

___ *Legislative regulations of adjudicative procedures*. European Review of Public Law. 1105-1590 – (1993), p. 15-26.

CASTRO, João Canto e. *A regulação das parcerias público-privadas no código dos contratos públicos*. In Revista de Contratos Públicos, nº 4, p. 177/201. Coimbra, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHANDLER, A. *Governo versus empresa: um fenômeno norte-americano*. In: MCGRAW, T. (Org.) Alfred Chandler: ensaios para uma teoria histórica da grande empresa. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

CHANG, Ha-Joon. *Kicking away the ladder : development strategy in historical perspective*. London : Anthem Press, 2006.

CHEN-WISHART, Mindy. *Contract law*. Oxford University press, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários ao Código de Proteção de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COMELLA DORIA, Rosa. *Límites del poder regulamentaria em el derecho administrativo de los Estados Unidos. Evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*. Barcelona, Cedecs, Ed., 1997.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Guideline for succesful public-private partnerships*. Março de 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf> Acesso em 11/02/2016.

CONFRARIA, João. *Falhas do Estado e Regulação Independente*. In, Revista de Concorrência e Regulação. Ano I, nº 3, julho a setembro de 2010, fl. 33 a 52. Coimbra, Almedina.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Volume I, Editora Danubio, Lisboa: 1982.

___ *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Almedina, Coimbra, 1987.

___ *A autonomia contratual da administração no direito inglês*. Coimbra, 1988.

COURTIS, Christian. *La eficácia de los Derechos humanos em las relaciones entre particulares*. In. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado. p. 81/110. Almedina, 2007. MONTEIRO, Antonio Pinto (Organizador).

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v.I, 2002.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. - 0211-5743. - Año 12, N. 35 (Mayo/Ag. 1992), p. 63-83.

CUNHA, Cristiano Lopes da. *Burocracia*. Disponível em: <<https://wikiglaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Burocracia>>. Acesso em 07 de ago. 2015.

CUNHA, Jatir Batista da. *Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos*. In: Revista do TCU. Jan/mar/2001. p. 30/34.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva, 2006.

DECAUX, Emmanuel. L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé. In: Revue internationale de droit comparé. vol. 54, n°2, avril-juin 2002, p.556. *Apud* FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Brasília. 2014.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Found, 1982.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de Derechos fundamentales*. Cuarta edición. Panplona, Thomson Reuters, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DUARTE, David. *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*. Boletim da Faculdade de Direito. Nº 76. P. 413-431. COIMBRA 2000.

DUARTE, Paulo. *O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor portuguesa*. BFD 75(1999), P. 649/703.

DUARTE, Paulo Agesópolis Gomes. *A vulnerabilidade do consumidor diante da obsolescência programada*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a1bb1ae4894617e>> Acesso em dez 2014.

DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913 *apud*

CAMPOS, Gabriel. *A origem do direito administrativo*. Disponível em:

<<http://gabrielcamposdireitoadministrativo.blogspot.com.es/2009/08/origem-do-direito-administrativo.html>>. Publicado em 07 de agosto de 2009. Acesso em 01 de ago. 2015.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando (direção). *Mediación y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*. Madrid: Ministerio de Justicia: Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

___ *La protección de los consumidores em el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003 *apud* Klausner, Eduardo António. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*. Curitiba. Juruá Editora, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Almedina, 2014.

___ *Direito Europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Almedina, 2006.

___ *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

___ *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Almedina, 1996.

___ *Princípio da legalidade e contratos da administração*. Lisboa, 1987.

___ *Contencioso dos contratos da Administração Pública*. Cadernos de Justiça Administrativa. Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho. ISSN 0873-6294. N. 24 (Nov./Dez. 2000) p. 11-17.

___ *Algumas questões de contencioso dos contratos da administração pública: à luz das recentes alterações introduzidas pelo D.L. n. 6/96, de 31 de Janeiro*. Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação. - 0871-9497. - N. 15 (1996), p. 17-46.

FARIAS, Cristiano Chaves. *A Inversão do Ônus da Prova nas Ações coletivas: O verso e o Reverso da Moeda*. In *Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre. *A teoria econômica das parcerias público-privadas: Uma análise microeconômica*. Prêmio DEST Monografias – Empresas Estatais: monografias premiadas 2005–2008. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>, acesso em 07/02/2016.

FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil*, Madrid: Trotta, 1999, 45. *Apud* SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. *Apud* FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Brasília. 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de Direitos do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

___ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRANCH, Valentin Bou. *Curso de derecho internacional de los Derechos humanos*. 2ª edición. Valencia, 2010.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Os contratos de direito público na União Européia no quadro do direito administrativo europeu*. Volumes I e II. Coimbra Editora, 2012.

___ *Direito dos contratos públicos e administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2014.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Orig. dissertação de mestrado, sob orientação de Rogério Ferraz Donnini. Juruá Editora, 2011.

___ *Danos Morais e pessoa jurídica*. São Paulo. Editora Método, 2008.

GAIO JÚNIOR, António Pereira. *O consumidor e sua proteção na União Europeia e Mercosul: pesquisa conjuntural como contribuição à política desenvolvimentista de proteção consumerista nos blocos*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

GALANTE, Joana Filipa Santos. *Garantia e direito dos: na venda de coisas defeituosas no código civil e na venda de bens de consumo*. Tese mestrado Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2009.

GARCIA, Flavio Amaral. *O Estado como consumidor*. In *Revista de Direito Processual*, fls. 50/75. Rio de Janeiro, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. 1. Reimpre. Madrid, Civitas, 1986.

___ *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. Ed. Madrid, Civitas, 1994.

___ *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Civitas Ediciones, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNANDÉZ, Tomás Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Volume I, 9ª ed. Madrid, Civitas, 1999.

___ *Curso de derecho administrativo*. Volume II, 6ª ed. Madrid, Civitas, 1999.

GARNER, James W. *A concepção americana do direito administrativo*. 1929.

GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel. *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*. Alcalá. Thomsom Reuters, 2010.

GOMES, Carla Amado. *Direito Administrativo do Meio Ambiente in Tratado de direito administrativo especial*, p.159/279. Almedina, 2013.

___ *A conformação da relação contratual no código de públicos*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume I, fl. 519/567. Coimbra Editora, 2008.

___ *A evolução do conceito de soberania: tendências recentes*. Scientia jurídica – revista de direito comparado português e brasileiro. Braga, tomo 47, nº 274/276. Jul/Dez 1998 *apud* LIMA, Anna Carolina de Araújo Cunha. *Relativização da economia em um contexto de crise econômica e na União Européia*. Coimbra, 2014.

GONÇALVES, Pedro. *Tratado de direito administrativo especial*. Volume I. Almedina, 2013. (coordenador).

___ *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2015.

___ *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

___ *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

___ *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume I, p. 569/626. Coimbra Editora, 2008.

___ *Gestão de contratos públicos em tempos de crise*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume III, p. 5/49. Coimbra Editora, 2008.

___ *A Acção administrativa comum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

___ (organizador) *Estudos de contratação pública*. Volumes I, II, III e IV. Coimbra Editora, 2008, 2010 e 2013.

___ *Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*. Revista Justiça Administrativa nº 73. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2016.

GONZÁLES-CARBAJAL GARCÍA, Juan Manuel. *Princípios básicos del derecho administrativo económico* in *Manual de derecho administrativo (II)*, p. 367/431. Madrid. Editorial COLEX, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 69/70 *apud* CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos*.

GOODNOW, Frank J. *Derecho administrativo comparado. Análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania*. Madrid, La España Moderna, s.d.

GORDILLO, Augustín A. *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*. Madrid, Civitas, 1982.

_____. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid. Instituto de Estudios de administración local, 1984.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, v. 2, 1995, p. 193. “Há que se ressaltar, igualmente, a extensão dos direitos fundamentais a pessoas coletivas, como as organizações sindicais.”. MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 127. *Apud* FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Brasília, 2014.

GREVE, Carsten & HODGE, Graeme. *Public-private partnerships and public governance Challenges*. In *The New Public Governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. Routledge, 2010, p. 149/162.

GRINOVER, Ada Pellegrini (organizadora). *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999.

GUERALDI, Ronaldo Guimarães. *A Interface entre os setores público e privado: uma perspectiva estratégica*. Artigo publicado no 30º encontro da ANPAD. Setembro de 2006.

Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-esoa-1232.pdf>>. Acesso em 28/01/2015.

GUERRERO, Omar. *La administración pública del estado capitalista*. México. Editorial Fontamara, 1981.

HANS, Jarass/BODO, Peiroth, *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, 1989, apud DUARTE, David. *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*. Boletim da Faculdade de Direito. Nº 76. P. 413-431. COIMBRA 2000.

HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, Editora Atlas, 2006.

HART, Oliver. *Firms, contracts, and financial structure*. Oxford: Clarendon Press, 2009.

HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, 4. Edição, Paris, Sirey, 1938, p. 7, apud BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo, Saraiva, 2006.

HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. Catálogo USP. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. Tese de doutorado da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24082012-120042/en.php>>. Acesso em 1 maio 2015.

HERRESTHAL, Carsten. *A eficácia jurídico-privada das liberdades fundamentais no direito comunitário – para a dissolução de uma figura jurídica unitária*. In. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado. Fl. 81/110. Almedina,2007. MONTEIRO, Antonio Pinto (Organizador).

HIRSCHMAN, Albert, *Shifiting Involvements: Private Interest na Public Action*, Princeton University Press, Pinceton e Oxfor, 2002 (1982) apud BRITO, Miguel Nogueira de. *Sobre a distinção entre direito público e privado*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, p. 43-73. Coimbra editora. Lisboa, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Inglaterra, 1651.

HOFFMAN, Herwig C.H. and TURK, Alexander H. (editores). *Legal challenges in EU Administrative Law*. USA. Edward Elgar Publishing, 2009.

HOLANDA, Aurélio Buarque. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5.ed. São Paulo: Positivo Editora.

HUPSEL, Edite Mesquita. *Estado, serviços públicos e parcerias público privadas no Brasil: anotações*. Dissertação do 2º ciclo em estudos de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação do prof. Dr. Pedro Costa de Gonçalves. Coimbra, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª.ed. São Paulo: Dialética, 2010 apud CARVALHO, Matheus. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em contratos administrativos - o Estado como consumidor de bens e serviços*. In *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Juspodivm. Ed. 2014. Disponível em: <<http://portalcarreirajuridica.com.br/noticias/aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-em-contratos-administrativos-o-estado-como-consumidor-de-bens-e-servicos>> Consulta em 28/01/2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1998, 6ª. ed.

_____. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, p. 47 apud MALISKA, Marcos Augusto. *Kelsen e o direito universal discussão sobre o estado e o direito nas relações internacionais*. Revista da AGU nº 57, outubro de 2006.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução do inglês por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLAUSNER, Eduardo António. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*; [pref.] Claudia Lima Marques; orientadora Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

KOTLER, Philip. *Marketing*. São Paulo: Atlas, 1986, apud GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. *O consumidor e sua proteção na União Européia e no MERCOSUL*. Curitiba. Juruá Editora, 2014.

KPMG Structured Finance S.A. *Projeto Nova Fonte Nova Estudo de viabilidade*. 20 de julho de 2009 Disponível em: <<http://linkis.com/www.sefaz.ba.gov.br/BUwsG>>. Acesso em 11/02/2016.

LABADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1953 *apud* CAMPOS, Gabriel. *A origem do direito administrativo*. Disponível em: <<http://gabrielcamposdireitoadministrativo.blogspot.com.es/2009/08/origem-do-direito-administrativo.html>>. Publicado em 07 de agosto de 2009. Acesso em 01 de ago. 2015.

LADEUR, Karl-Heinz (editor). *Public Governance in the age of globalization*. Aschgate, 2004.

LEISNER, Walter. “Privatisierung” des Öffentlichen Rechts, Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht, Duncker & Humblot, Berlim, 2007 *apud* BRITO, Miguel Nogueira de. *Sobre a distinção entre direito público e privado*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, p. 43-73. Coimbra editora. Lisboa, 2010.

LEITÃO, Alexandra. *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf> Publicado em 10 de fevereiro de 2012. Acesso em 18 de set. 2015.

___ *Contratos interadministrativos*. Almedina. 2015

LEYLAND, Peter and ANTHONY, Gordon. *Textbook on administrative law. Seventh edition*. Oxford University press, 2013.

LI, B. *Risk Managemant of public-private partnerships*, unpublished Phd tesis, Glasgow, 2001.

LIMA, Anna Carolina de Araújo Cunha. *Relativização da economia em um contexto de crise econômica e na União Européia*. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva. Coimbra, 2014.

LIZANA, Eduardo Aldunate. *La Titularidade de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Santiago: Universidad de Talca, 2003. *Apud* FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção

de grau de Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva.

LOTUFO, Renan. *Dano moral da pessoa jurídica*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito comparado Luso-Brasileiro, 2004. Apud FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. Brasília, 2014.

LOUREIRO, Joana Mendes Ferreira de Sousa. *A regulação do mercado de contratação pública*. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Pedro Antonio Pimenta Costa Gonçalves. Coimbra, 2013.

LUÍS, Mariana Oliveira Alves. *Parcerias público-privadas nas infra-estruturas rodoviárias: caso Estradas de Portugal, S.A.* Dissertação para obtenção do título de mestre em Mestre em Contabilidade, Fiscalidade e Finanças Empresariais pela Universidade Técnica de Lisboa sob orientação do Prof. Pedro Verga Matos. Agosto 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. *Kelsen e o direito universal discussão sobre o estado e o direito nas relações internacionais*. Revista da AGU nº 57, outubro de 2006.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 de junho de 2013. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Itália: 1513. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto*. Revista dos Tribunais, v. 862, p. 21, ago./2007.

MARINS, Vinicius. *Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro*. Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, vol. 7, n. 74, agosto/setembro 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Vinicius_rev74.htm>. Acesso em 07/10/2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

___ *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2003.

___ *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Del derecho administrativo de nuestro tiempo*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad argentina, 1996.

MARTÍN-RETROTILLO BAQUER, Sebastian. *El derecho civil em la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*. Madrid, Civitas, 1996.

MARTINS, Lacerda. *A Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público em Defesa dos Consumidores*. In, Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 143, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1999.

MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime de contrato administrativo e do contrato público: em especial, o equilíbrio econômico financeiro*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de José Carlos Vieira de Andrade. Coimbra: Almedina, 2014.

MARTINS, Licinio Lopes; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Parcerias Público Privadas. Tópicos de apoio*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2010/2011 apud PIMENTEL, Henrique Carreta. *Riscos nas parcerias público-privadas: da importância à gestão*. Coimbra, 2012.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo
Dissertação de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MATOS, Eneas de Oliveira. *Direitos da personalidade e pessoa jurídica*. Revista Jus
Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível
em: <<http://jus.com.br/artigos/7247>>. Acesso em: 5 maio 2015.

MAYER, Rui. *A corporate governance em ambientes de parceria*. In *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, fls. 131/144. Coimbra: Almedina, 2013.

MC DADE JR, Joseph M. & MARMELSTEIN, David E. *Alternative Dispute Resolution. A practical guide for resolving government contracts controversies*. American Bar Association, section of public contracts law, comitee on alternative dispute resolution. 2005.

MEDUAR. Odete (org.). *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 1998.

_____. *Direito administrativo moderno de acordo com a EC 19/98*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al derecho administrativo global*. Global Law Press. Sevilla, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros Editores, 34ª ed., 2008.

MELO, Antonio Moreira Barbosa de. *A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume I, fls. 7/21. Coimbra Editora, 2008.

MELO, Pedro. *O juízo da eficiência na alteração das circunstâncias das parcerias público-privadas*. In *O direito* ° 4, pág. 911/953. Lisboa, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., Malheiros Editores.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MILLS, Alex. *The confluence of public and private international law: Justice, pluralismo and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*. Cambridge University Press, 2009.

MINTZBERG, Henry. *The strategy concept: five Ps for strategy*. California Management Review, Fall, 1987.

MINTZBERG, H.; AHLSTRAND, B.; LAMPEL, J. *Safári de estratégia: um roteiro pela Selva do Planejamento Estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra editora, 2014.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Traços da evolução do direito administrativo português*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXXXVII, p. 243-318. 2011

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*. In. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado. Fl. 81/110. Almedina, 2007. MONTEIRO, Antonio Pinto (Organizador).

MONTEIRO, Vera. *Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos fiscais desse Novo Modelo de contratação*. In Parcerias Público-Privada, org. Carlos Ari Sunfeld, ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

___ *Três anos da Lei de Parceria Público-Privada*. In Parceria Público-Privada: Aspectos Jurídicos relevantes. Org. Mariana Campos de Souza. Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *Do espírito das Leis*. Paris, 1748. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em 31 jul. 2015.

MORAES, José Luciano Jost de. *Direitos e garantias fundamentais e as pessoas jurídicas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13795&revista_caderno=9>. Acesso em maio 2015.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOREIRA, Lucas Silva. *A responsabilidade civil extracontratual do estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo. Orientador: Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade. Coimbra, 2014.

MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra. Almedina, 2008.

___ *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*. Coimbra editora, 2003.

___ *O Estado (des)regulador: introdução à regulação pública da economia*. Coimbra, 2014.

___ *Administração autônoma e associações públicas*, Coimbra, 1997, *apud* DUARTE, David. *A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*. Boletim da Faculdade de Direito. Nº 76. P. 413-431. COIMBRA 2000.

MORENO, Carlos. *As PPPs na actual crise financeira portuguesa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº 86. 2010. p. 697-707.

MORGADO, Cintia. *Direito a boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais organização e procedimento*. Revista nº 65 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Pág. 68 a 94. 2010.

MOTTA, P. *Gestão contemporânea: a ciência e a arte de ser dirigente*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. Saraiva: 1999. 558 p.

MUSGRAVE, R. A. and P. B. Musgrave (1986). *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales *apud* ALMEIDA, João José Nogueira de. *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia*. Coimbra, 2012.

NABAIS, José Casalta, *O estatuto constitucional dos consumidores*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Lisboa. ISSN 0870-3116. Vol. 1 (2010), p. 479-508.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NETO, Delfim. *Desafios do Desenvolvimento, Retrospectiva, O Papel do Estado é Igualar*, 2006-2009.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.

NISKANEN, R. P. *Bureaucracy and representative government*. Chicago, II: Aldine-Atherton, 1971.

NUNES, Antonio José Avelãs. *A crise do capitalismo: capitalismo neoliberalismo e globalização*. 5ª edição. Página a Página. Lisboa, 2013.

____ *Uma introdução a economia política*. Quartier Latin. São Paulo, 2007.

____ *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do “modelo brasileiro de desenvolvimento”*. Quartier Latin. São Paulo, 2005.

____ *O estado capitalista e suas máscaras*. Edições avante. Lisboa, 2013.

____ *Os caminhos da privatização da administração pública*. IV Colóquio Luso-Espanhol de direito administrativo. Coimbra, 2001.

____ *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Renovar. Rio de Janeiro, 2004.

OLIVEIRA, Fernando Batista de. *Do conceito de consumidor: Algumas questões e perspectivas de solução*. In Estudos de direito do consumidor. Revista do Centro de Estudo de consumo. Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. *O compartilhamento de ganhos econômicos nas ppps: um estudo de caso da concessão administrativa para modernização do “complexo do mineirão” no contexto da copa de 2014*. Painel 29/103 no evento: “As Parcerias na Administração Pública: O avanço das PPPs no Estado de Minas Gerais”

OTERO, Paulo (coordenador). *Tratado de direito administrativo especial*. Volume I. Almedina, 2013.

OSBORNE, Stephen P. (editor). *The New Public Governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*. Routledge, 2010.

PASSINHAS, Sandra. *Dimensions of property under european law. Fundamental rights, consumer protection and intelectual property: bridging concepts?* Tese para obtenção de doutorado em direito na European University Institute. Florença, Março de 2010. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf?sequence=2>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

PERIN JUNIOR, Écio. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, SP: Manole, 2003.

PEREIRA, José Matias, *Curso de Administração Pública*. São Paulo, Editora Atlas, 2ª edição, 2009.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no código dos contratos públicos*. Coimbra Editora, 2011.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5 ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1995. *Apud SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

___ *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

___ *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*, Malheiros, SP.

___ *Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização. Parceria Público-Privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 8ª Edição, 2016.

PIMENTEL, Henrique Carreta. *Riscos nas parcerias público-privadas: da importância à gestão*. Dissertação de 2º ciclo de estudos em direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob orientação de Pedro Antonio da Costa Pimenta Gonçalves. Coimbra, 2012.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A administração pública como consumidora nas relações de consumo*. In: Boletim de Direito Administrativo. Abr/2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª edição por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. *O facto do príncipe e os contratos administrativos: reflexão sobre o instituto do facto do príncipe e a tutela do cocontratante da administração em caso de extinção do contrato administrativo*. Almedina, 2012.

PINTO, José Costa. *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2013.

___ *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*. In *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, fls. 23/50. Coimbra: Almedina, 2013.

PINTO, Paulo Mota. *O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo*. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal. Ano 62 - Vol. I - Jan. 2002. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3345>. Acesso em 12/10/2015.

PIRES, Melissa Cristina Pinto. PINTO Jr., Helder Q. *Assimetria de informações e problemas regulatórios*. Agência Nacional do Petróleo do Brasil. 2000.

POCAR. *La protection de la partie faible em droit international privé*. Recueil de Cours, Haye, 1984. V, p. 397-398 *apud* MAQUES, prefácio citado in KLAUSNER, Eduardo António. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*.

PORTUGAL. TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL *Relatório nº 14/2003. Auditoria às Concessões Rodoviárias em regime de Portagem SCUT*. Disponível em: http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2003/14-2003.pdf. Acesso em 12/02/2016.

___ *Relatório n.º 26/2009 2.ª Secção. Concessão do Terminal de Contentores de Alcântara (Adenda 2008) – Porto de Lisboa. Auditoria à “Gestão das Concessões/PPP Portuárias”*. Julho de 2009.

___ *Relatório n.º 02/2015 - 2.ª Secção. Regulação de PPP no Sector das Águas (sistemas em baixa) Auditoria de seguimento*. Janeiro de 2015.

- POSNER, Richard A. *Los costes sociales del monopolio y de la regulacion In Privatización, desregulación y competencia?*. Editora Civitas, 1996, fls. 61/88.
- RANDALL, Helen & ALDER, Richie. *Local government contracts and procurement*. Haywards Heath: Tottel Publishing, 2007.
- RASMUSEN, Eric. *Games and information: an introduction to game theory*. 4th ed. Cambridge: Blackwell Publishing, 2007.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca, Ratio Legis, 1999.
- RODRIGUES, Raul Carlos de Freitas. *O consumidor no direito angolano*. Coimbra. Almedina, 2009.
- ROMANO, Alberto. *Il Cittadino e la Pubblica Amministrazione*, in *Il Diritto Amministrativo degli Anni 80*. Ata do XXX Congresso de Estudos de Ciência da Administração, realizado em Varenna – Villa Monastero, de 20 a 22 de Setembro de 1984, Giuffrè, Milano, 1987, páginas 155 e seguintes *apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina. Coimbra, 2003.
- ROMANO, Rogério Tadeu. *A legitimidade ativa da pessoa jurídica no habeas corpus*. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina352-a-legitimidade-ativa-da-pessoa-juridica-no-habeas-corpus.pdf>> Acesso em 4 de maio de 2015.
- ROSENAU, James N., *As pessoas contam: Indivíduos em rede numa sociedade global*. Edições Pedagogo, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Paris, 1762. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2015.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (coordinador). *Manual de derecho administrativo (II)*. Madrid. Editorial COLEX, 1997.

SANFELICE, Virginia Torresan. *Accountability*. Disponível em: <https://wikilaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Accountability>. Acesso em 8 de agosto de 2015.

SARLET, Ingo. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. In. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Fl. 81/110. Almedina, 2007. MONTEIRO, Antonio Pinto (Organizador)

— *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

SARMENTO, Joaquim Miranda. *Parcerias público-privadas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Perspectives for European consumer law: towards a directive on consumer rights and beyond*. Munich: Sellier, European Law Publishers c.2010.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Grundzuge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperations-rechts – Gutachen im Auftrag des Bundesministerium des Innern (BMI)*, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – DHV, Speyer, 2001. *Apud* MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime de contrato administrativo e do contrato público: em especial, o equilíbrio económico financeiro*. Coimbra: Almedina, 2014.

SIDOU, Otho. *Proteção do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*. Almedina. Coimbra, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina. Coimbra, 2003.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. *Revista de Estudios Políticos*. - 0048-7694. - N. 71 (Ene./Mar. 1991), p. 87-109.

___ *Los Derechos fundamentales en la Constitución española*. In Revista de Estudos Políticos, nº 105, 1999, fl. 9/28.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUSA, Marcelo Rebelo de (coordenador). *O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Deborah Barreto de. *Defesa e proteção ao consumidor: Fundamentos, evolução e natureza jurídica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8077>. Acesso em dez 2014.

STANZIONE, Pasquale & SATURNO, Angelo. *Il Diritto privato dela pubblica Amministrazione*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2006.

STARLING, Felipe. *Limites à contratualização de parcerias público-privadas: aspectos contábeis do modelo brasileiro*. Disponível em: <http://repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/bitstream/123456789/588/1/C4_TP_LIMITES%20%C3%80%20CONTRATUALIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20PARCERIAS%20P%C3%9ABLICO.pdf>. Acesso em 12/02/2016.

STEETS, Julia. *Accountability in public policy partnerships*. Palgrave Macmiliam, 2010.

STIGLER, George J. *La teoria de la regulacion econômica In Privatización, desregulación y competência?*. Editora Civitas, 1996, fls. 35/60.

STOLZE, Pablo. *Novo curso de direito civil. volume 3*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAIAR, Rogerio. *Direito internacional dos direitos humanos. Uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese de doutorado apresentada a comissão de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direitos Humanos. São Paulo. 2009.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direito administrativo europeu*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

___ *Um novo direito administrativo?* Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

___ *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

___ *A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume I, fl. 893/942. Coimbra Editora, 2008.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Calouste Gulbenkein, 1989.

TUROLLA, Frederico Araujo. *Parecer de Avaliação Independente do Estudo de Viabilidade do Projeto Nova Fonte Nova*. Disponível em: <<http://linkis.com/www.sefaz.ba.gov.br/Qjt1h>>. São Paulo, 28 de setembro de 2009. acesso em 11/02/2016.

URWITZ, Jay P.. *Negotiating government contracts that fit clientes needs in Government contracts settlements and negotiations*. Thompson-Aspartore, 2008.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*. Coimbra. Coimbra editora, 1985.

VIANA, Cláudia. *A globalização da contratação pública*. In *Estudos de Contratação Pública*, volume I, fl. 23/49. Coimbra Editora, 2008.

VICENTE, Dário Moura. *O direito subjectivo além-fronteiras: nota comparativa*. Sep. de: *Scientia Iuridica*, tomo 58, n. 319 (2009).

___ *Direito internacional privado: textos normativos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2012.

___ *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas Convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectiva de reforma* Direito Internacional Privado. Ensaios 1. Coimbra: Almedina, 2002, *apud* Klausner, Eduardo António. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*. Curitiba. Juruá Editora, 2006.

VICENTE, Pedro. *Setor empresarial público e corporate governance em Portugal*, fls. 167/202. Coimbra: Almedina, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WEHMER, Ulrich. *Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet*. In: Revista de direito do consumidor, abr./jun. 2001, v. 38, p. 163. *apud* MAQUES, prefácio citado in KLAUSNER, Eduardo António. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*.

WILIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1987.

WINSTON, Clifford. *La desregulación económica: una oportunidad para evaluar a los microeconomistas*. In *Privatización, desregulación y competencia?*. Editora Civitas, 1996, fls. 118/159.

XAVIER JUNIOR, Arnaldo. *Código de Consumo & educação do consumidor*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6262>. Acesso em dez 2014.

YESCOMBE, E. R. *Public-private partnerships. Principles of policy and finance*. Elsevier, 2007.