

ano 3 - n. 5 | janeiro/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-258 | ISSN 2238-1511
R. bras. de Infraestrutura - RBINF

**Revista Brasileira de
INFRAESTRUTURA**

RBINF

REVISTA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA – RBINF



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista Brasileira de Infraestrutura : RBINF. – ano 1, n. 1,
(jul./dez. 2012). – Belo Horizonte: Fórum, 2012-

Semestral

ISSN: 2238-1511

1. Direito. 2. Infraestrutura. 3. Economia. I. Fórum.

CDD: 340.338.9

CDU: 34:338.49

Esta revista está catalogada em:

- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Marilane Casorta

Bibliotecárias: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte de Oliveira – CRB 2842 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Derval Braga

Diretores

Augusto Dal Pozzo (PUC-SP)

<augusto@ibeji.org.br>

Rafael Valim (PUC-SP)

<valim@ibeji.org.br>

Presidente do Conselho Editorial

Marcelo Figueiredo (PUC-SP)

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Helena Taveira Torres (USP)
Alexandre Mazza (LFG)	Joana Paula Batista (PUC-SP)
Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo	Joelson Dias
Antônio Carlos Cintra do Amaral (PUC-SP)	José dos Santos Carvalho Filho
Antonio Carlos Malheiros (PUC-SP)	José Roberto Pimenta Oliveira (PUC-SP)
Belisário dos Santos Jr.	José Virgílio Lopes Enei
Carlos Gonçalves Júnior (PUC-SP)	Luiz Eduardo Monteiro Lucas de Lima
Cesar A. Guimarães Pereira	Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP)
Claudio Pinho	Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira
Cristiana Fortini (UFMG)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Dinorá Adelaide Musetti Grotti (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Edilson Pereira Nobre Júnior (UFRN)	Maurício Zockun (PUC-SP)
Eduardo Pugliesi	Pedro Estevam Serrano (PUC-SP)
Evandro Ferreira de Viana Bandeira	Ricardo Marcondes Martins (PUC-SP)
Fernando Dias Menezes de Almeida (USP)	Roberto Baptista Dias da Silva (PUC-SP)
Fernando Facury Scaff (USP)	Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR e PUCPR)
Floriano de Azevedo Marques Neto (USP)	Silvío Luis Ferreira da Rocha (PUC-SP)
	Thiago Marrara (USP)

Conselho Internacional

Augusto Durán Martínez (Universidade de la República – Uruguai)	Julio César Ortiz Gutiérrez (Universidade Externado de Colômbia – Colômbia)
Carlos Francisco Balbin (Universidade de Buenos Aires – Argentina)	Luis José Béjar Rivera (Universidade Panamericana – México)
Fernando Sáinz Moreno (Universidade Complutense de Madri – Espanha)	Oscar Cuadros (Universidade Nacional de Cuyo – Argentina)
Guido Santiago Tawil (Universidade de Buenos Aires – Argentina)	Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono (Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Ismael Farrando (Universidade Nacional de Cuyo – Argentina)	Rodrigo Ferrés Rubio (Universidade Católica do Uruguai – Uruguai)
Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidade de la Coruña – Espanha)	Sylvia Calmes-Brunet (Universidade de Rouen – França)
José Luis Palma Fernández (Universidade de Málaga – Espanha)	Tomás Ramón Fernández (Universidade Complutense de Madri – Espanha)

Conselho de Redação

Alexandre Levin	Gustavo Marinho de Carvalho
André Luiz Freire	Inês Coimbra de Almeida Prado
Angélica Petian	João Gabriel Gomes Pereira
Bruno Francisco Cabral Aurélio	João Negrini Neto
David Sampaio Barretto	João Paulo Pessoa
Eduardo Pereira de Souza	Leonardo Toledo da Silva
Francisco Octavio Almeida Prado Filho	Luana D'Appollonio
Guilherme Ferreira Gomes Luna	Percival José Bariani Junior

Sumário

Apresentação	9
--------------------	---

DOCTRINA

ARTIGOS

La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general

Victor Rafael Hernández-Mendible	13
1 Introducción.....	13
2 La regulación de los bienes en el modelo de Estado prestacional	17
2.1 La constitución de las entidades instrumentales	17
2.2 La actividad de producción de bienes o de prestación de servicios públicos.....	18
2.3 El régimen de los bienes en el Estado prestacional	19
3 La regulación de los bienes en la transición del modelo de Estado	20
3.1 La privatización de las empresas públicas.....	23
3.2 La <i>despublicatio</i> de los servicios públicos.....	24
3.3 La desafectación de los bienes públicos.....	25
4 La regulación de los bienes en el modelo de Estado de garantía de prestaciones	26
4.1 La concurrencia de las empresas en las actividades económicas.....	28
4.2 La realización de actividades económicas de interés general.....	29
4.3 La necesidad de reconfiguración jurídica de los bienes	29
5 El estatuto de los bienes necesarios para satisfacer objetivos de interés general	30
5.1 La titularidad de los bienes empleados para satisfacer el interés general	31
5.2 El uso y aprovechamiento de los bienes empleados para satisfacer el interés general ...	33
5.3 La nueva concepción de los bienes públicos empleados para satisfacer el interés general.....	36
6 Consideraciones finales	39

Control de constitucionalidad en el arbitraje

Estela B. Sacristán	41
I Planteo	41
II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad ...	43
III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad.....	46
IV Los diversos sistemas	50
V Reflexiones finales.....	52

Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo	53
1 O problema jurídico	53
2 A figura do administrador judicial no ordenamento jurídico brasileiro	54

2.1	Considerações iniciais.....	54
2.2	O administrador no Código de Processo Civil.....	54
2.3	O administrador na Lei Federal nº 11.101/2005.....	55
3	Dos denominadores comuns nos casos examinados	55
4	Da livre-iniciativa no sistema constitucional brasileiro e a instituição do crédito	55
5	Novamente – O administrador no Código de Processo Civil e na Lei nº 11.101/2005....	57
6	Nomeação de administrador judicial em face de réus de ação por ato de improbidade administrativa ou por força de processo criminal	58
6.1	O princípio da legalidade.....	58
6.2	Fere também o princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal e a garantia do devido processo legal – Art. 5º, LIV, da Constituição Federal	59
6.3	O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal)	60
6.4	Ausência de prazo e funções determinadas ao administrador	60
7	Conclusões	62
	Referências	62

Breve ensaio sobre o *project finance* como instrumento facilitador das parcerias público-privadas

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato	63	
1	Advertência inicial – O caso <i>Trobriand Cricket</i>	63
2	O <i>project finance</i> – Conceito e características básicas	65
2.1	Diferenciação entre o financiamento de projetos e o financiamento corporativo.....	68
2.2	Segregação do empreendimento	70
2.3	Alavancagem financeira.....	71
2.4	Financiamento garantido pelo empreendimento	73
2.5	Rede coligada de contratos.....	75
2.6	Uma classificação útil	77
2.6.1	O financiamento de projetos em razão das relações de garantias prestadas pelos patrocinadores: <i>non recourse</i> , <i>full recourse</i> e <i>limited recourse</i>	77
2.6.2	Financiamento de projetos em razão das relações contratuais entre o concedente e o concessionário.....	78
3	O <i>project finance</i> nas parcerias público-privadas – Uma análise no Direito brasileiro	80
3.1	A importação para o modelo brasileiro e a sua possível formatação	80
3.2	O <i>project finance</i> como instrumento facilitador do processo de PPPs.....	83
	Referências	84

O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública

Renato Otto Kloss	87	
1	Introdução.....	87
2	O panorama atual da contratação de obras públicas e algumas de suas fragilidades	88
3	O contrato de aliança e as novas bases de relacionamento entre as partes	93
4	O contrato de aliança e a legislação brasileira.....	97
5	Conclusão	102
	Referências	104

Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados

Eduardo Souza	107	
1	Atividade portuária e desenvolvimento	107
2	O novo marco legal e os investimentos privados.....	116
3	Financiamento do setor portuário	118

4	Investimentos privados – Risco regulatório e aspectos da nova lei sob o prisma da segurança jurídica	121
5	Conclusões	128
	Referências	129

O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos

Mário Saadi	133	
1	Introdução	133
2	Perspectiva geral	136
3	A legislação nacional referente ao PMI.....	140
4	Os principais aspectos do Decreto nº 5.977/2006.....	144
5	Hipóteses de utilização do PMI	146
6	Última nota – A colaboração na concepção da concessão	150
7	Conclusão	151
	Referências	152

A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras

Marina Centurion Dardani	155	
	Introdução	155
1	O regime jurídico das agências reguladoras.....	156
2	Previsões constitucionais e infraconstitucionais da participação popular	159
3	A discricionariedade administrativa.....	168
4	A participação popular e as questões de alta complexidade técnica	186
5	Conclusão	189
	Referências	191

Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura

Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193	
1	Introdução.....	193
2	Método de planejamento econômico-financeiro.....	195
2.1	Considerações gerais	195
2.2	Receitas arrecadadas.....	195
2.3	Financiamento de investimentos	196
2.3.1	Considerações iniciais.....	196
2.3.2	Custeio	197
2.3.3	Investimentos.....	197
2.3.4	Amortização de financiamentos.....	198
2.3.5	Impostos.....	199
2.4	Indicadores econômicos relevantes	199
2.4.1	Considerações iniciais.....	199
2.4.2	Taxa Interna de Retorno (TIR).....	199
2.4.3	Valor Presente Líquido (VPL)	201
2.4.4	Tempo de retorno do investimento realizado ou <i>payback</i>	201
2.4.5	<i>Equity</i>	202
2.4.6	Parâmetros de viabilidade econômico-financeira aplicados ao setor de saneamento básico.....	202
3	Considerações metodológicas concernentes à modelagem.....	205

PARECERES

Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria

Modesto Carvalhosa	209
Consulta	209
Parecer	210

Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)

Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal, Raul Dias dos Santos Neto	229
A consulta	229
Parecer	230
1 Regime consumerista e regime de serviço público	230
2 Interação entre os regimes	232
2.1 Aplicação ampla do CDC aos serviços públicos	233
2.2 Impossibilidade de aplicação do CDC aos serviços públicos	235
2.3 Aplicação parcial	236
3 Análise dos fundamentos e objetivos da Lei nº 12.741/2012	237

Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens

Guilherme Corona Rodrigues Lima	241
1 Do objeto da consulta	241
2 Da necessária distinção entre contratos administrativos e convênios	242
3 Dos convênios celebrados pela União Federal com os Municípios – Uma breve síntese sobre seu regramento	243
4 Da ausência de previsão legal expressa de devolução de valores de repasse de convênio diante da impossibilidade de cumprimento e a possibilidade legal de devolução mediante interpretação sistemática das regras aplicáveis	247
5 O procedimento a ser adotado para destinação de recursos com vistas à devolução dos valores	249
6 Da natureza jurídica do imóvel construído após a devolução dos recursos	250
7 Conclusão	251

ÍNDICE	253
---------------------	-----

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	257
---	-----

Apresentação

A *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF* chega ao seu quinto número e nos alegra imensamente verificar que, não obstante sua recente fundação, já se coloca como uma referência no debate jurídico sobre o desenvolvimento de infraestruturas.

Compõem a doutrina internacional desta edição um primoroso artigo da lavra do Professor Víctor Rafael Hernández-Mendible a respeito do interessante tema da *regulação de bens para satisfação do interesse geral*, e um excelente trabalho da Professora Estela B. Sacristán sobre o desafiador tema do *controle de constitucionalidade em sede arbitral*.

Na doutrina nacional, a exemplo dos números anteriores, reunimos artigos de grande valor, subscritos por jovens e talentosos estudiosos — Rodrigo Pironti de Castro, Rafael Porto Lovato, Marina Centurion Dadani, Eduardo Souza, Renato Otto Kloss e Mário Saadi — e por um eminente jurista, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, quem reverenciamos não só pela brilhante trajetória profissional e percuciência jurídica, senão que por suas raras qualidades pessoais.

Outro eminente jurista empresta o seu prestígio ao nosso periódico. Trata-se do insigne Professor Modesto Carvalhosa, precursor do Direito Econômico no Brasil, de quem temos a honra de divulgar um alentado parecer em matéria de contratação pública.

Registramos ainda o parecer dos ilustres advogados Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal e Raul Dias dos Santos Neto acerca da aplicação do Direito do Consumidor às concessionárias de rodovias, ladeado pelo parecer do Dr. Guilherme Corona Rodrigues Lima sobre um interessante caso envolvendo convênios administrativos.

Como de costume, agradecemos penhoradamente a consideração do público leitor e a generosa colaboração dos autores da presente edição.

Rafael Valim
Augusto Neves Dal Pozzo

DOCTRINA

Artigos

La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Doctor en Derecho. Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila y Profesor-Coordinador del Diplomado en Derecho Público en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) e invitado en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red de Investigación de Derecho de los Bienes Públicos. <www.hernandezmendible.com>.

Sumario: **1** Introducción – **2** La regulación de los bienes en el modelo de Estado prestacional – **3** la regulación de los bienes en la transición del modelo de Estado – **4** La regulación de los bienes en el modelo de Estado de garantía de prestaciones – **5** El estatuto de los bienes necesarios para satisfacer objetivos de interés general – **6** Consideraciones finales

1 Introducción

La superación de la concepción del Estado liberal de Derecho por el que se conoce actualmente como el Estado social de Derecho, va a generar un cambio de paradigma respecto a la actuación del Estado en la economía y con la sociedad, pues la satisfacción del clásico bien común, hoy día jurídicamente calificado y positivizado como interés general, va a permitir la transformación de la manera tradicional de la intervención pública en los ámbitos económicos y sociales, así como de asumir que la actuación de la Administración Pública tiene una función vicarial, instrumental, que tiene como centro a la persona humana y la garantía del respeto a su dignidad.

Fue así como inicialmente se adoptó una manera de intervención del Estado en la economía, que se desarrolló dentro de una regulación de primera generación, donde se establecía una titularidad del Estado sobre la actividad de servicios públicos (*publicatio*) y los bienes públicos (afectación), titularidad y afectación que se justificaban en la creencia que la satisfacción del interés general era tarea exclusiva del Estado y en la presunta existencia de un monopolio natural, que hacía al Estado totalmente responsable tanto de la prestación de los servicios públicos, como del uso y aprovechamiento de los bienes públicos, en virtud de lo que éste podía decidir discrecionalmente prestarlos o utilizarlos, bien de manera directa o convocando

a los particulares para participar en la gestión y aprovechamiento, estando éstos condicionados para realizar la explotación de la actividad o el uso de los bienes, a la previa obtención de una habilitación administrativa constituida generalmente por una concesión, que se convertía en el título que les transfería temporalmente a los particulares, el derecho de gestión de la actividad o de uso del bien —en principio— en régimen de monopolio, dentro de un mercado cautivo y en ejercicio de derechos exclusivos de explotación o aprovechamiento. Esto no impidió, aunque ello era menos común, el establecimiento de un mercado disputable donde la competencia quedaba restringida a pocas personas en zonas geográficas determinadas, debiendo tales personas efectuar la explotación de la actividad como el uso de los bienes públicos conforme a las previsiones del título habilitante y realizar todas las actividades esenciales, así como aquéllas que no lo eran, pero que se encontraban comprendidas expresa o implícitamente en la gestión del sector, las cuales serían financiadas mediante un régimen uniforme de tarifas fijadas por el Estado y sometido a un marco jurídico preeminente de derecho público, que regía tanto a toda la actividad de servicio público como a los bienes públicos, en lo que se conoció como el modelo de Estado prestacional (productor de bienes y prestador de servicios).¹

Luego de la revolución científica y tecnológica que se inicia en el mundo en el último tercio del siglo XX y se sigue experimentado actualmente, se presentó una crisis en el modelo tradicional de intervención del Estado en la economía, que condujo a una nueva regulación, que evidentemente no podía ser igual que su predecesora, porque se sustentaba en un nuevo orden jurídico, económico, tecnológico, social y cultural que originalmente surge en la denominada Sociedad de la Información y en la actualidad transita hacia la Sociedad del Conocimiento y la Innovación.

El paso al nuevo modelo de intervención del Estado en la economía, se construye anclado en una regulación de segunda generación, donde desaparece la titularidad del Estado sobre la actividad (*despublicatio*) y sobre los bienes públicos (desafectación), por ende se extinguen los derechos de explotación exclusiva y en régimen de monopolio que ostentaban el Estado o los particulares por delegación de aquél, dando paso al ejercicio de los derechos y libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial, la propiedad privada sobre los bienes que pueden ser considerados esenciales —sujeta a restricciones, limitaciones y obligaciones por razones de interés general—, la libre competencia, lo que supone el traslado de la responsabilidad de la gestión económica de los servicios o del uso

¹ Sobre la evolución experimentada en las modalidades de intervención del Estado en materia de servicios públicos, puede consultarse Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p. 29-96; Brewer-Carías, A. R., A manera de prólogo sobre el marco constitucional de los servicios públicos, al libro los Servicios Públicos Domiciliarios, *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), Caracas, 2012, p. 17-41.

de los bienes a los operadores privados, que para explotarlas o utilizarlos requieren una habilitación administrativa de autorización reglada y que realizarán las actividades de prestación o uso de bienes en función de la oferta y la demanda, disputándose el mercado entre sí y en los casos que la libre competencia en el mercado no sea capaz de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, se encontrarán sujetos a que potencialmente se le establezcan obligaciones de servicio universal, así como servidumbres y cargas sobre los bienes, estando únicamente obligados a realizar las actividades estrictamente esenciales que deben prestarse en las condiciones técnicas, de calidad y asequibilidad económica que determine el ente regulador de conformidad con la ley, en cuyo caso concurrirá el régimen de financiación mediante la formación competitiva de precios, en las prestaciones que son claramente disputables; con el régimen de financiación mediante tarifas de las actividades que se prestan bajo la modalidad de servicio universal, dentro de un marco jurídico mixto, que por las características de la actividad ha conducido a proponer una nueva rama donde convergen distintas disciplinas jurídicas, que se denomina *Derecho de los servicios públicos y bienes liberalizados*, todo ello en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex ante*).²

Este proceso de reformas, ha continuado con la transición hacia mercados más competitivos, en los que se propuso la eliminación de la intervención previa del Estado al comienzo del desarrollo de las actividades económicas, lo que conduce a la aparición de una regulación de tercera generación, que se afianza en el principio de mínima intervención previa, donde tal desarrollo de la actividad económica se inicia de manera concomitante o sucesiva a la notificación que se le hace a la autoridad reguladora y se refuerzan las potestades de intervención posterior de ésta. Se trata de una modalidad de regulación dirigida a incentivar más la iniciativa privada y por ende una mayor competencia, donde los responsables de la gestión serán exclusivamente los operadores privados, —salvo que perviva el antiguo operador público establecido, que debe comportarse igual que aquellos— quienes ya no estarán sujetos a los controles *ex ante* y en consecuencia no deberán obtener habilitación administrativa alguna para ingresar al mercado a realizar las actividades económicas, lo que supone la supresión de las barreras de entrada al mercado para ejercer la libertad de empresa y la libre

² Cassesse, S., *La Nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, Roma, 1995; Majone, G., *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996 ; Bianchi, A., *La regulación económica*, t I, Ábaco, Buenos Aires, 2001; Moreno Castillo, L., *Servicios Públicos Domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Sendín García, M. A., *Regulación y servicios públicos*, Comares, Granada, 2003; Hernández-Mendible, V. R., La regulación de los servicios públicos competitivos, *Revista Actualidad en el Derecho Público* N° 21-23, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 229-258; La regulación económica, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*, t. II, UCAB, Caracas, 2004, p. 691-746; Ariño Ortiz, G., *Principios de Derecho Público Económico*, 3a. ed., Comares, Granada, 2004; Carbajales, M., *El Estado regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado*, Ábaco, Buenos Aires, 2006; Hernández, J. I., *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

iniciativa empresarial, que siguen estando sometidas a supervisión y control *ex post*, en el marco de un mercado libre, en que únicamente se imponen algunas obligaciones de prestación mínima y universal si dicho mercado no es capaz de garantizarlas, que admite la formación competitiva de precios en los segmentos del mercado que son disputables y tiene como excepción, la imposición de tarifas en aquellas actividades que al no ser satisfechas en el ejercicio de las libertades económicas, son declaradas servicio universal o respecto a aquellos bienes que resulte insoslayable establecer un precio razonable para garantizar su aprovechamiento de manera eficiente, racional y rentable. Esta regulación pretende constituir una modalidad más evolucionada del modelo de Estado de garantía de prestaciones (regulador *ex post*).

No obstante, la gestación y desarrollo de la crisis económica mundial, en la primera década del siglo XXI, colocó en la palestra el debate sobre la eficiencia de la tercera generación regulatoria en algunos sectores económicos,³ pues se pusieron en peligro tanto las libertades económicas como la satisfacción de las necesidades de interés general. Las consecuencias de la crisis se han proyectado en los distintos países tanto en la producción y comercialización de los bienes manufacturados, en la prestación de los servicios o en el aprovechamiento de los bienes, los recursos naturales y de los *commodities*, lo que se tradujo en un decrecimiento de las economías, cierres de empresas, pérdida de puestos de trabajo y desaceleración de las inversiones.

Dado que en otras oportunidades se ha analizado este tema de cara a la realización de las actividades prestacionales que se encuentran sujetas a una intensa regulación del Estado,⁴ en esta ocasión el análisis se pretende circunscribir a la complejidad de la regulación de los bienes que son necesarios para la satisfacción del interés general, en el marco de la transformación del modo de intervención del Estado en la economía.

Esta complejidad en la regulación de los bienes es producto de un hecho que no se puede perder de vista, el origen histórico de la distinción entre bienes del dominio público y del dominio privado —al igual que en la mayoría de los países que son tributarios del Código Civil francés de 1804, conocido como Código Napoleónico⁵— tiene su fundamento en el Código Civil; pero con la evolución del Estado de Derecho y el progreso económico, social, tecnológico, cultural y ambiental se ha producido la expedición de nuevas leyes que sin abandonar tal distinción, entran a reconocer

³ Meilán Gil, J. L., Regulación económica y crisis financiera. *Derecho Administrativo Iberoamericano. (Discrecionalidad, Justicia administrativa y Entes Reguladores)*. Vol. 1, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Panamá, 2009, p. 391-420.

⁴ Hernández-Mendible, V. R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*, La Ley, Madrid, 2011, p. 1159-1177.

⁵ Laubadère, A., *Traité de Droit Administratif. Les domaines administratifs. L'expropriation, la réquisition. Les travaux publics*, t. II, 8ª ed., París, 1986, p. 127.

otras categorías de bienes como los recursos naturales o de bienes inmateriales, cuya innegable transcendencia económica y social exigen una regulación *ad hoc*, complementaria a la tradicional, que garantice un uso y aprovechamiento continuo, eficiente, racional, en definitiva sostenible, para satisfacer de manera efectiva las necesidades de las generaciones actuales, sin afectar la posibilidad de satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.⁶

En aras de una mejor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo de la siguiente manera: Se comenzará por exponer la regulación de los bienes en el modelo de Estado prestacional (II); se abordará la regulación de los bienes en la transición del modelo de Estado (III); seguidamente se analizará la regulación de los bienes en el modelo de Estado de garantía de prestaciones (IV); se expondrá la conformación del estatuto de los bienes necesarios para satisfacer objetivos de interés general (V); para concluir realizando unas consideraciones finales (VI).

2 La regulación de los bienes en el modelo de Estado prestacional

El Estado prestacional se inspira en la concepción de que la satisfacción del interés general impone realizar actividades en régimen de monopolio, que sólo él puede realizar eficientemente, bien sea de manera directa, es decir, por la propia autoridad pública administrativa que tiene atribuida la competencia o a través de una organización administrativa vinculada a ella, que de manera desconcentrada o descentralizada funcionalmente realiza la gestión de la actividad de producción de bienes o prestación de servicios; o bien de manera indirecta, mediante el otorgamiento de concesiones o la participación en empresas mixtas. Esto lleva a analizar el régimen jurídico en que se desarrolló el Estado prestacional, lo que se hará seguidamente.

2.1 La constitución de las entidades instrumentales

El Estado prestacional de manera paulatina fue separando las funciones de gobierno y diseño de políticas públicas, de las actividades de producción de bienes y prestación de servicios destinados a la satisfacción de las necesidades de interés general.

A tales fines optó por diferenciar legalmente, las competencias que se atribuían a Administración Pública Central como órganos instrumentales operativos para la

⁶ Hernández-Mendible, V. R., El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR, *VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos. Retos actuales de la regulación: Judicialización y Crecimiento Económico*, realizado los días 6 al 9 de noviembre de 2013, en La Serena, Chile.

implementación de lo resuelto por el Poder Ejecutivo; de las actividades encomendadas a los entes instrumentales de la Administración Pública desconcentrada o descentralizada funcionalmente.

Es así como se desarrollaron dos formas de organización administrativa descentralizada funcionalmente para realizar la actividad industrial y comercial del Estado. Estas fueron por una parte, los institutos autónomos creados por ley, con personalidad jurídica propia y sometidos fundamentalmente a un régimen de derecho público; y por otra, las sociedades mercantiles constituidas como expresión de la intervención del Estado en la gestión de actividades económicas, regidas preeminentemente por disposiciones de derecho privado.

Sin duda, tanto los institutos autónomos como las sociedades mercantiles van a conformar una manifestación de la iniciativa empresarial de la Administración Pública, que en cualquier caso, se debía desarrollar sometida plenamente a la ley y al Derecho.

2.2 La actividad de producción de bienes o de prestación de servicios públicos

En este orden de ideas, interesa analizar las modalidades que ha adoptado el Estado para realizar el despliegue de su actividad empresarial, dirigida a la producción de bienes o la prestación de servicios públicos, con la finalidad de luego determinar el régimen de los bienes públicos.

Es así como corresponde señalar que la actividad de producción de bienes puede ser objeto o no de reserva del Estado y de ello producirse, ésta puede ser máxima, media o mínima, lo que supondrá una mayor o menor presencia de los institutos autónomos o de las empresas públicas en el desarrollo de tal actividad empresarial, pudiendo llevarla a cabo con exclusividad y exclusión de otras entidades empresariales o en concurrencia con ellas.

En el caso de la actividad de prestación de servicios públicos, la asunción de la titularidad pública en virtud de considerarse que el Estado es el único capaz de satisfacer el interés general, lleva a la conformación de un régimen jurídico diferenciado del derecho civil y mercantil, que permite precisar cómo los institutos autónomos o las empresas públicas son establecidas con la finalidad de realizar la gestión integral de tales servicios públicos.

Aquí se produjo una situación muy interesante, pues los institutos autónomos y las empresas públicas se constituyeron —en algunos casos— con el objeto de garantizar una presencia empresarial pública teóricamente fuerte, pero no exclusiva ni excluyente de la participación privada en la producción de los bienes; en tanto que se establecieron los institutos autónomos y las empresas públicas para la prestación

de servicios públicos en unos casos de manera exclusiva y excluyente, así como en otros de manera exclusiva pero no excluyente, sino de manera concurrente.⁷

2.3 El régimen de los bienes en el Estado prestacional

La Administración Pública tiene establecido distintos objetivos que debe cumplir con sujeción plena al ordenamiento jurídico y para lograrlo requiere además de las normas jurídicas concretas, contar con capital financiero (dinero), capital humano (personal calificado), recursos naturales (materia prima) y bienes transformados por el hacer del hombre (bienes muebles e inmuebles).

Los bienes destinados al uso y aprovechamiento para la satisfacción de las necesidades colectivas son generalmente escasos y no siempre es posible su libre utilización por los interesados. Ello ha conducido a la construcción de los títulos competenciales idóneos para que la Administración Pública pueda garantizar la gestión de los mismos de manera eficiente, racional y rentable.

En este orden de ideas se puede mencionar que tales bienes pueden ser clasificados en alguna de las siguientes categorías: Aquellos que pueden ser considerados *res communis omnium*, los que son calificados como integrantes del dominio público y los que son considerados como del dominio privado.

Entre los primeros, se pueden ubicar aquellos bienes intangibles, inmateriales o materiales, que son comunes a todos los hombres y por su propia naturaleza física no pueden ser apropiados por nadie, constituyendo una *res communis omnium*.⁸

Por su parte, los comúnmente denominados bienes públicos podrían estar destinados al uso general o público, así como a la prestación de un servicio público, mediante una declaratoria de afectación expresa, una afectación presunta o una afectación implícita o tácita, siendo responsabilidad de la Administración Pública su gestión, aprovechamiento y uso; mientras que existen otros bienes públicos que son adscritos a los entes públicos dependientes o tutelados de aquélla, para su vinculación directa a un servicio de su competencia (uso público) o para el cumplimiento de sus fines propios (uso privado).⁹

Tantos los bienes que son objeto de afectación como aquellos que son adscritos a entes públicos, tradicionalmente se han considerado de titularidad pública e integrantes del dominio público, resultando en consecuencia inalienables, inembargables e imprescriptibles.

⁷ Brewer-Carías, A. R., A manera de prólogo sobre el marco constitucional de los servicios públicos, al libro *Los Servicios Públicos Domiciliarios, Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), Caracas, 2012, p. 22.

⁸ Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 577.

⁹ Se recomienda, López Ramón, F., *Sistema jurídico de los Bienes Públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

Otro tanto cabe señalar de los bienes de titularidad pública, que son del dominio privado, en cuyo caso tienen la naturaleza de bienes patrimoniales en sentido estricto — similares a los de titularidad privada— y por tanto pueden ser objeto de negocios jurídicos comerciales, de medidas judiciales preventivas o ejecutivas y también pueden ser objeto de prescripción.

3 La regulación de los bienes en la transición del modelo de Estado

La transformación del Estado de Derecho del modelo prestacional al modelo de garantía de prestaciones, no podía llevarse a cabo mediante un simple retiro del Estado, de la mera desaparición de su omnipresente intervención en múltiples sectores económicos y sociales, durante tantos años.

Ello exigía un proceso de cambio gradual, que garantizase la extinción de los históricos monopolios públicos sin que se llegasen a transformar en nuevos monopolios privados, pues está no podía ser la finalidad que impulsase la reforma institucional del Estado y menos aun cuando ello supondría una contravención a los principios y valores de la Constitución Económica. Es por ello que se debe analizar, cuál ha sido el camino andado para transitar el cambio del modelo del Estado.

Existe una tendencia mundial hacia la liberalización de la economía, por razones de eficiencia económica y de lograr una mayor cohesión social, aunque no se puede negar que existen importantes porcentajes de la población que consideran que se trata de procesos meramente ideológicos, al que tendenciosamente se conoce como “la vuelta del liberalismo” o “neoliberalismo”. Si bien es cierto que en términos de teoría económica tal interpretación es incorrecta, hay que admitir que existen sectores políticos y sociales que están tratando de arrastrar a su propio molino las aguas de este interesante proceso.¹⁰

La liberalización conceptualmente implica la eliminación de las restricciones a la libertad de prestación y explotación de las actividades económicas, es decir, que tanto la *despublificación* o *despublicatio* de actividades, como la desafectación de bienes, la privatización total o parcial de empresas pueden conducir a la liberalización.¹¹

Ello así, debe señalarse que la liberalización puede suponer en determinados casos, la revocatoria de la reserva de la titularidad estatal sobre una determinada actividad económica, lo que se ha denominado *despublicatio*; también puede implicar la desafectación de un bien que se encontraba excluido del tráfico jurídico comercial;

¹⁰ Castilla, A., Economía y Regulación de las telecomunicaciones, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 870.

¹¹ Martínez López-Muñiz, J. L., Nuevo Sistema conceptual. *Privatización y Liberalización de Servicios*, Madrid, 1999, p. 137.

así como puede conducir a lo que impropriadamente se denomina desregulación y que más acertadamente se debe considerar como una nueva regulación.

Sin embargo, es bueno aclarar que la liberalización conduce a realizar una clara diferenciación entre un modelo donde el servicio público se gestiona sin competencia y de manera exclusiva, cuya responsabilidad recae en los órganos que ejercen el Poder Público, que lo deben regular para que la Administración Pública pueda prestarlo directa (reserva máxima) o indirectamente (reserva media o mínima), en tanto que los bienes públicos se aprovechan y usan de manera directa (afectación y adscripción) o también indirecta (concesión o autorización); y un modelo de servicio público cuya prestación se encomienda a distintos operadores, a quienes se atribuye la responsabilidad del servicio y que se rigen en su gestión por las reglas de la libre competencia, así como el uso y aprovechamiento de bienes se efectúa en régimen concurrente y de corresponsabilidad entre ellos.¹²

Ello lleva a sostener que la liberalización supone la transformación del marco legal para favorecer o fomentar la introducción de las libertades económicas en el mercado, el reconocimiento de la iniciativa económica privada en una actividad que se encontraba de manera exclusiva o mayoritaria bajo la prestación y explotación del Estado.

La liberalización no es producto exclusivo de una postura ideológica, sino que en su adopción ha tenido un rol decisivo el desarrollo de la innovación tecnológica y de la necesidad de nuevas inversiones económicas,¹³ dirigidas a desarrollar los servicios y al aprovechamiento eficiente y racional de los bienes que requieren las personas para satisfacer sus necesidades.

Esta liberalización proyecta sus beneficios en toda la sociedad: En primer lugar, respecto a las personas quienes deben obtener una baja en los precios, mejora en la calidad de los servicios, así como que le dispensen una buena atención como clientes y que se incremente su posibilidad de elección de lo que requieren para satisfacer sus necesidades; en segundo lugar, respecto al sector empresarial, dado que aumenta el número de competidores, se incrementa la inversión en la investigación, el desarrollo e innovación tecnológica, se amplía la diversidad de productos y servicios; y, en tercer lugar, respecto al Estado, cuyos ingresos se incrementan sin necesidad de crear y aumentar los impuestos, además se generan nuevos empleos y como consecuencia de la mayor recaudación impositiva puede destinar más recursos económicos-fiscales, tanto a las infraestructuras estrictamente públicas como a las políticas sociales.¹⁴

¹² Sánchez Rodríguez, A. J., *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y Nuevo Mercado*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

¹³ Laguna de Paz, J. C., Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho Comunitario, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 88, Civitas, Madrid, 1995, p. 491.

¹⁴ Remón Peñalver, J. y Buitrago Montoro, A. I., La Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de las Telecomunicaciones, *Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley*, Madrid, 1997, p. 838-839.

En este sentido, resulta fundamental que el legislador actúe conforme a los principios y valores de la Constitución, guiado por la premisa que la liberalización debe garantizar tanto la prestación de los servicios como la participación de más y nuevos operadores en el sector económico, para lo que se debe asegurar el uso y aprovechamiento más eficiente de los bienes públicos, que permitan incrementar la oferta a los usuarios, lo que incidirá tanto en la diversidad de los precios, como en la calidad de los propios servicios y de los bienes.

No existe la menor duda que una exhaustiva y minuciosa regulación impone trabas al desarrollo de las actividades económicas privadas y que incluso tiende a volverse obsoleta rápidamente, ante los vertiginosos cambios que impone el desarrollo tecnológico. Es tal situación la que ha llevado a proponer la “desregulación” de las actividades económicas.

La desregulación consiste en la eliminación de normas, la supresión de restricciones que afectan el ejercicio de las libertades económicas y que permite redescubrir el mercado.¹⁵

Ésta también ha sido definida como una acción de los órganos que ejercen el Poder Público, a través de la cual se realiza una disminución en el volumen y en la importancia de las normas jurídicas reguladoras de una determinada actividad y en las medidas de control sobre la misma¹⁶ y se ha señalado que la desregulación tiene un efecto liberalizador, en cuanto elimina las trabas que dificultan la competencia.¹⁷

Conforme a lo dicho se puede considerar que mediante la desregulación se logra un proceso de eliminación o reducción de las regulaciones jurídicas innecesarias, que restringen el ejercicio de las libertades públicas.¹⁸

Sin embargo, más adecuado que hablar de desregulación, se debe hablar de neorregulación o nueva regulación, dado que se sustituye el antiguo régimen de servicio público y de bienes públicos por el nuevo marco jurídico, en el cual siguen existiendo, aun cuando flexibilizadas, restricciones y condiciones a los operadores de las actividades económicas.

Se trata de una neorregulación o nueva regulación, porque tal como se señaló antes, el Estado no abandona su cometido de garantizar la satisfacción del interés general, solo cambia la forma de hacerlo, ahora se establece una regulación que pretende fomentar la participación plural de agentes económicos, a través de ella se produce un proceso de apertura de la actividad y del mejor aprovechamiento de los bienes al fomentar su uso por los nuevos operadores, pero se continúa garantizando

¹⁵ Sánchez Rodríguez, A. J., Ob. cit., p. 45.

¹⁶ De la Serna Bilbao, M. N., *La Privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 40.

¹⁷ Martín Mateo, R., *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, p. 52.

¹⁸ Martínez López-Muñiz, J. L., *Nuevo Sistema Conceptual. Privatización y Liberalización de Servicios*, Madrid, 1999, p. 137.

la satisfacción del interés general, que sigue constituyendo la causa justificante de la intervención del Estado, para imponer las obligaciones de servicio en pro de la satisfacción del interés general, cuando el mercado no es capaz de brindar satisfacción adecuada a las necesidades de las personas.

3.1 La privatización de las empresas públicas

La noción de privatización, constituye una expresión polisémica que alude a varias situaciones jurídicas distintas. Es así como el vocablo privatización se puede entender de diferentes maneras: Una se refiere a la transferencia o traslado de la titularidad que tienen los órganos que ejercen el Poder Público sobre una actividad, servicio, bien u obra, hacia personas privadas; y la otra se ha utilizado para referirse tanto a las técnicas que permiten favorecer la gestión por el sector privado, como a la aplicación de normas de derecho privado, a las actividades, servicios, bienes u obras que desarrollaban las entidades públicas y que se regían preeminentemente por normas de derecho público.¹⁹

La primera es una privatización material, sustantiva o real, en tanto que la segunda sería una privatización formal, también calificada de pseudoprivatización o de privatización ficticia.²⁰

En el marco de los sectores económicos competitivos, la privatización material o real, supone el traspaso de la titularidad de la dirección de la empresa estatal, a manos de inversionistas privados, aunque ello no conlleva necesariamente a la modificación de la naturaleza pública del servicio o implica *per se* la reforma del régimen de los bienes utilizados para prestar tal servicio.

Sin embargo, tal como señala acertadamente la doctrina científica, el empleo del término privatización para referirse a la forma de gestión indirecta del servicio público por un particular es incorrecta, porque la misma no constituye más que una colaboración de éste con la Administración titular de la actividad, lo que tradicionalmente se ha hecho bajo la figura de la concesión²¹ y más recientemente bajo las asociaciones, colaboraciones o participaciones público-privadas.²²

¹⁹ Ibid. p. 135; Sánchez Rodríguez, A. J., Ob. cit., p. 46.

²⁰ Martínez López-Muñiz, J. L., Ob. cit. p. 136; las distintas clases de privatización han sido analizadas por Araujo-Juárez, J., *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2003, p. 108-110.

²¹ Martínez López-Muñiz, J. L., Ob. cit., p. 136; Hernández-Mendible, V. R., Los contratos de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicio público en Venezuela, *Revista de Derecho Público*. 2007-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 343-376.

²² Richer, L., *Droit des contrats administratifs*, L. G. D. I., 4ª ed., París, 2004, p. 46-47, 347-348; Delpiazzo, C., *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012; Gesta Leal, R., *Parcerías público-privadas no Brasil: fundamentos e regulação*, p. 223-246; Béjar Rivera, L. J., *Las asociaciones público-privadas*, p. 281-298, ambos en *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Vol. II, Adrus Editores, Arequipa, 2013. En México, la Ley de Asociaciones Público Privadas (APP), de enero de 2012, ha sido complementada para su implementación en diciembre de 2013, por las disposiciones expedidas por el Gobierno Federal.

En este orden de ideas, debe mencionarse que la auténtica privatización de la actividad económica, se produce mediante una Ley que revoca la reserva de la titularidad estatal —tal como había sido entendido tradicionalmente— efectuando una *despublicatio*, convirtiéndose a tal actividad económica en una de aquellas en que se encuentra involucrado el interés general, sin que ello excluya la gestión de empresas de titularidad privada que quedan habilitadas para participar en tal actividad, con plena sujeción al nuevo ordenamiento jurídico.

3.2 La *despublicatio* de los servicios públicos

La expresión *despublicación o despublicatio*, supone la declaración jurídica-formal de eliminar la reserva de la titularidad, que mantenían de forma exclusiva los órganos que ejercen el Poder Público, sobre una determinada actividad o servicio, produciéndose su retorno a la libertad de empresa, libre iniciativa empresarial, libre competencia, derecho de propiedad privada, en fin, al ejercicio de las libertades económicas.²³

La *despublicación* implica que la Ley que declara la eliminación, la desaparición de la reserva de la titularidad, pone fin a un régimen jurídico y da inicio a una nueva regulación, de manera distinta y completa, pero que gradualmente debe irse reformando y adaptando para garantizar progresivamente la satisfacción del interés general, en un mercado competitivo.

Al producirse la *despublicación* de la actividad económica, si bien se eliminó la reserva de exclusividad al Estado de toda o parte de la actividad, sigue presente el interés general, lo que hace posible su prestación por la iniciativa privada, en régimen de libre competencia, aunque sometida a un intenso control, supervisión y fiscalización de la autoridad administrativa reguladora.

Se trata de una transformación de la relación de los particulares y del Estado con las actividades económicas en la que se encuentra presente el interés general. Para aquéllos, su participación, iniciativa y gestión se hace a partir de las libertades económicas, con las limitaciones que le son inherentes en un Estado social y democrático de Derecho; para éste la asunción de la función de regulador, le otorga en nuevo rol, incluso en el caso que haya decidido no privatizar la tradicional empresa pública que operaba en monopolio, pues ésta también debe transformarse internamente para ser más eficiente, competir con los nuevos operadores que ingresan al mercado y sujetarse a un nuevo modelo de regulación que persigue la consecución de los objetivos de interés general.

²³ Martínez López-Muñoz, J. L., Ob. cit., p. 137-138.

3.3 La desafectación de los bienes públicos

Conforme ha señalado un sector de la doctrina científica, la afectación constituye la pieza clave para incluir a un bien en la categoría de dominio público, con la subsecuente aplicación de un régimen jurídico concreto. Tal afectación se produce por el ejercicio de una potestad pública, que se manifiesta formalmente en la Constitución, la ley, un acto administrativo o una actuación fáctica e inequívoca de destinación del bien a un uso general o a un servicio público, por la autoridad pública competente.²⁴

A partir de esta aproximación, cabe analizar si se pueden revertir los efectos de una afectación y en tal sentido debe mencionarse que la desafectación produce en los bienes públicos la misma consecuencia que la *despublicatio* en las actividades y servicios públicos, es así, como la desafectación supone la desaparición de la vinculación de los bienes al uso general o a la prestación de un servicio público, la extinción de la condición de bienes del dominio público y la consecuente incorporación al régimen de bienes del dominio privado. Tal desafectación se puede producir de manera expresa, de forma implícita o por desafectación presunta, aunque por razones de seguridad jurídica, lo idóneo es que se realice una desafectación expresa.

La autoridad competente para efectuar la desafectación es aquella que realizó la afectación (principio del paralelismo de las competencias), el procedimiento para llevar a cabo la desafectación debe ser el mismo que se utilizó para establecerla (principio del paralelismo de los procedimientos) y la naturaleza del acto jurídico que declara la desafectación debe ser similar al que estableció la afectación (principio del paralelismo de las formas), salvo los supuestos de dcaimiento por disposición expresa del ordenamiento jurídico.²⁵

Cabe mencionar que no pueden ser objeto de desafectación los bienes considerados *res communis omnium*, por no ser objeto de apropiación o titularidad alguna y no estar considerados como bienes del dominio público; ni tampoco los considerados como bienes del dominio privado o patrimoniales, al tampoco integrar la categoría de bienes del dominio público; únicamente pueden ser desafectados los bienes demaniales y al producirse la desafectación perderán esta condición, adquiriendo la de bienes patrimoniales o del dominio privado, quedando en consecuencia devueltos al tráfico jurídico civil y comercial.

Esto lleva a preguntarse ¿cuál es la razón que justificaría efectuar la desafectación? La razón es que la desafectación de los bienes demaniales los incorpora

²⁴ Meilán Gil, J. L., El dominio público natural: una equívoca categoría jurídica, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1092; del mismo autor, Sobre la categoría jurídica del dominio público, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-IUSTEL, Madrid, 2011, p. 292.

²⁵ Hernández-Mendible, V. R., Las Afectaciones y los Mecanismos Jurídicos para su Control, *Revista de la Fundación Procuraduría*. N° 17, Caracas, 1997, p. 51-56.

al tráfico jurídico comercial, abriendo la posibilidad de enajenar los activos de las antiguas empresas públicas, ahora privatizadas o de otros entes del Estado, siempre que ello sea razonable y necesario para la satisfacción del interés general; y también plantea la opción de otorgar dichos bienes en garantía de pago de los préstamos que sean necesarios para financiar el desarrollo de la actividad económica que requiere de tales bienes o concretamente la construcción de nuevos bienes o la expansión y modernización de los existentes, con la finalidad garantizar la efectiva satisfacción de las necesidades de interés general.

4 La regulación de los bienes en el modelo de Estado de garantía de prestaciones

El Estado de Derecho en su versión del modelo prestacional, se ocupaba de manera directa del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, del establecimiento y prestación de los servicios públicos, de la producción y comercialización de los bienes, así como de la construcción y explotación directa de las infraestructuras, en muchos casos sin importar la eficiencia, la racionalidad, la calidad y la sostenibilidad de los mismos.

La evolución del Estado al modelo de garantía de prestaciones, condujo a la cesión del protagonismo en el aprovechamiento de los recursos naturales, en la prestación de los servicios públicos, en la producción de los bienes y en la ejecución y explotación de las redes e infraestructuras, para asumir un nuevo rol: por una parte, se dedica a promover las condiciones para ejercer la libertad de empresa, la iniciativa empresarial e inversión privada, la celebración de contratos de estabilidad jurídica, así como los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, el fomento de las condiciones para la competencia efectiva en los mercados y a la desaparición de las empresas públicas ineficientes; y por la otra, ejerce la función pública de regulación sobre las actividades económicas y para hacerlo de la manera más responsable, eficiente, idónea, adecuada y transparente, crea los organismos reguladores especializados.

Se trata sin duda de la transformación más importante que ha experimentado el Estado de Derecho, a partir del último tercio del siglo pasado y lo que va de éste, lo que ha permitido que entre otros aspectos haya evolucionado de la *publicatio* a la *ordenatio*.

Es en tal contexto que se puede valorar el papel que corresponde a las autoridades o entidades reguladoras, quienes tienen la responsabilidad de intervenir para garantizar la efectiva prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, energía eléctrica, gas doméstico, telefonía básica, recolección y gestión de residuos sólidos, servicios postales, transportes; así como de ordenar el aprovechamiento racional y eficiente de los recursos naturales como las aguas, el aire, los suelos, los

bosques, el gas natural, el petróleo, los minerales y el espectro radioeléctrico, todo ello en aras de la protección de los derechos de las personas que se comportan como consumidores y usuarios, quienes persiguen satisfacer sus necesidades actuales, sin perjuicio del logro del desarrollo sostenible en su triple dimensión económica, social y ambiental.

Este es el escenario donde los entes reguladores se ubican, es decir, son el rostro de la moderna manifestación de la intervención del Estado en la economía, — de la gobernanza económica o buena regulación—, ahora es un regulador de los mercados,²⁶ se sitúa equidistante entre los proveedores o prestadores económicos y los consumidores o los usuarios, orientando su intervención a una actuación responsable, transparente, eficiente, objetiva, especializada y únicamente actuando cuando ella sea estrictamente necesario, conforme al ordenamiento jurídico.

En ese contexto, por una parte los proveedores o prestadores requieren contar con condiciones adecuadas y que le brinden seguridad para el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos fundamentales a asociarse, constituir empresas, efectuar negociaciones, celebrar pactos y contratos lícitos, adquirir propiedad sobre los medios de producción y prestación, desarrollar la iniciativa e inversión privada, así como competir libremente en los mercados, a los fines de realizar la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) necesarias para que la producción de bienes, la prestación de los servicios y el establecimiento de las redes e infraestructuras les permitan brindar una pluralidad de ofertas, calidad y precios a los consumidores y los usuarios; y por la otra, éstos exigen que les garanticen un acceso y uso universal, así como el derecho a elegir lo que efectivamente requieren para la satisfacción de sus necesidades, en atención a las condiciones de calidad técnica adecuada, a precios económicamente asequibles y sin ningún tipo de discriminación, todo ello con estricta sujeción al ordenamiento jurídico.

Resulta pertinente recordar que en toda sociedad que se precie de tener un auténtico Estado de Derecho, tanto el ejercicio de los derechos fundamentales que no tengan contenido absoluto, como el desempeño de las competencias públicas giran en torno a lo que dispongan la Ley y el Derecho. Los límites al disfrute de los derechos fundamentales únicamente pueden ser impuestos por vía legal, conforme a lo aceptable en una sociedad democrática, siempre sujetos a los principios de progresividad, irrenunciabilidad e interdependencia; mientras el ejercicio de las atribuciones públicas derivan de las normas que expresamente otorgan la competencia.

De allí que la actuación de los organismos administrativos reguladores deberá producirse con respeto de los derechos fundamentales de las personas y con estricto

²⁶ Zegarra Valdivia, D., *Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*, 1ª ed., Palestra, Lima, 2004, p. 140.

apego a las leyes, reglamentos y demás disposiciones normativas que regulan tanto el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, los distintos servicios públicos, la producción de bienes, así como la ejecución y explotación de las redes e infraestructuras.

Es la caracterización del Estado de garantía de prestaciones, lo que obliga a analizar los elementos subjetivo, material y formal que deben tenerse presentes en su funcionamiento.

4.1 La concurrencia de las empresas en las actividades económicas

En el Estado de garantía de prestaciones, el reconocimiento del ejercicio de las libertades económicas conlleva al establecimiento en el ordenamiento jurídico de condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias que fomenten la participación de múltiples agentes económicos interesados en ejercer la libertad de empresa, la libre iniciativa e inversión empresarial privada, la libre competencia, así como la propiedad de los medios de producción y prestación.

Cabe señalar que desde la perspectiva de las libertades económicas, la concurrencia de empresas se dará siempre que éstas cumplan con las condiciones jurídicas, económicas y técnicas para realizar la actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios, utilización y aprovechamiento de los recursos naturales o explotación de las redes e infraestructuras.

Ahora bien, dado que varios agentes pretenden competir en el desarrollo de las actividades económicas, se requiere definir el régimen jurídico que determinará la manera de utilización y aprovechamiento de los recursos naturales o de la explotación de las redes e infraestructuras por tales empresas.

Es importante señalar, que si el Estado decide no privatizar la empresa pública que realizaba la actividad económica en régimen de monopolio, sino que por el contrario resuelve mantenerla en el mercado, debe gestionarla como un operador económico más, debiendo hacerlo con plena sujeción al ordenamiento jurídico, en cuyo caso los subsidios generales deben desaparecer para que no incurrir en prácticas anticompetitivas.

Cualquier ayuda pública deberá tener una vigencia temporal mínima, otorgarse de manera transparente y ser debidamente justificada a la autoridad administrativa de la competencia, quien deberá aprobarla previamente a su implementación, en tanto ello supone una alteración o distorsión de la competencia, que deberá ser mitigada en la medida de lo posible.

En fin, los operadores económicos privados se desenvuelven en el ámbito de las libertades económicas y los operadores económicos públicos en el marco de la estricta legalidad.

4.2 La realización de actividades económicas de interés general

El concepto de actividad económica de interés general no es exclusivo de una actividad determinada, sino que el mismo es aplicable a aquellas que pueden ser realizadas en beneficio de todas las personas, quienes requieren les sea satisfecha alguna necesidad colectiva.

En tales actividades el Estado no es el titular de las mismas, ni tiene reservas de alguna naturaleza, pero dado el interés general involucrado no puede permitir que sean realizadas por cualquier operador económico, sino, sólo por aquellos que obtengan la correspondiente habilitación administrativa, de conformidad con el respectivo ordenamiento sectorial.

Los operadores entrantes deben actuar en régimen de competencia, con todos aquellos que se encuentran establecidos y que tengan el título habilitante para prestar el servicio, desarrollar la actividad o utilizar el bien, quienes se hayan sometidos a una intensa regulación de los órganos que ejercen el Poder Público.

Esto es así, porque la política de liberalización de la economía llevó a ejecutar las privatizaciones, a la *despublicatio* y a la desafectación, —cuando ello se consideró pertinente—, pero ello no se tradujo en mercados libres, sino en mercados regulados para lograr la consecución de objetivos de interés general.²⁷

De allí que no constituyendo una responsabilidad exclusiva del Estado la satisfacción del interés general, dado que los particulares también pueden participar en ello sin sacrificar el ejercicio efectivo de sus libertades, este interés general constituye la causa justificante de la intervención del Estado para expedir las reglas que deben orientar tanto el ejercicio de las libertades económicas como la plena satisfacción de las necesidades colectivas, en fin, de la real consecución de los objetivos de interés general.

4.3 La necesidad de reconfiguración jurídica de los bienes

Existiendo unas categorías jurídicas que se han decantado a lo largo de los años y que llevan a reconocer en los ordenamientos jurídicos la existencia de los bienes que son considerados *res communis omnium*, de los bienes demaniales y de los bienes patrimoniales, ¿qué razón existe para plantear una reconfiguración jurídica de los bienes en el actual Estado de garantía de prestaciones?.

²⁷ Hernández-Mendible, V. R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantía de prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*, La Ley, Madrid, 2011, p. 1159-1177.

La razón fundamental es que las categorías jurídicas tradicionales elaboradas por la doctrina científica presentan un importante grado de relatividad y deben ser consideradas en función del ordenamiento jurídico positivo en cada país, que anclado en otros momentos de la historia, no siempre brinda solución a los desafíos contemporáneos de la regulación para la consecución de objetivos de interés general.

En efecto, no puede fomentarse adecuadamente la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada y la competencia en el desarrollo de una actividad económica, si no se asegura que los propietarios de los bienes indispensables para el ejercicio de las libertades económicas, puedan hacer un uso efectivo, eficiente, racional y pacífico de los mismos, tanto en su propio provecho como de los terceros que así lo requieran para la satisfacción del interés general involucrado.

Si un propietario público o privado simplemente decidiese no utilizar los bienes; emplearlos lícitamente, pero para una finalidad distinta o incompatible con el interés general presente en una actividad económica concreta en la que resultarían más idóneos, adecuados y eficaces; o que incluso optase por aprovecharlos de manera poco eficiente, sin duda comprometería seriamente el desarrollo de una competencia efectiva en tal actividad económica, que tenga por finalidad la satisfacción de un interés general.

De allí que exista la necesidad de garantizar el libre y efectivo acceso a los bienes (redes e infraestructuras) necesarios para la realización de la actividad y el establecimiento de un auténtico mercado. En ello consiste el objetivo de la nueva regulación, en reconocer los derechos de acceso, las condiciones y los derechos que tienen los operadores para el uso y aprovechamiento de los bienes, así como las obligaciones que nacen como contrapartida de esos derechos.

Ahora bien, siendo que las categorías jurídicas tradicionales no permiten dar una respuesta adecuada a estas nuevas realidades jurídico-económica-técnicas, —sin abandonarlas totalmente—, nace la necesidad de plantear el posible establecimiento de un nuevo Estatuto de los bienes, que pueden ser utilizados para la consecución de los objetivos de interés general.

5 El estatuto de los bienes necesarios para satisfacer objetivos de interés general

Con motivo del estudio de los procesos de reformas de las economías nacionales, la doctrina científica había propuesto la expedición del Estatuto jurídico de los bienes, o al menos de parte de ellos, en concreto de las redes, proponiendo las reglas que se debían establecer para garantizar las condiciones de acceso en términos transparentes, objetivos y no discriminatorios, debiendo pagarse un canon

por su uso y determinarse de forma precisa, aquellos motivos que pudieran justificar razonablemente una denegación de acceso.²⁸

En este sentido cabe mencionar que se han formulado dos teorías, una jurídica, denominada de las “instalaciones esenciales”²⁹ y otra económica, conocida como el “libre acceso de terceros a las redes”, que pretenden brindar una respuesta a esta necesidad, mediante el establecimiento por una parte, de la obligación al operador del antiguo monopolio, que además ostenta una posición de dominio, de que permita el libre acceso a sus actuales o potenciales competidores, en condiciones de transparencia, igualdad y no discriminación, tanto a las redes públicas como a las infraestructuras; así como de impedir un abuso de posición de dominio; mientras que por otra parte, para los operadores entrantes, beneficiarios del derecho de acceso, se establecen varias obligaciones, resultado una de las más importantes, la obligación de pagar los cargos por el uso o aprovechamiento de las redes o las infraestructuras.³⁰

Ahora bien, asumir estas teorías supone replantear los conceptos tradicionales sobre los denominados bienes públicos, pues éstos no pueden seguir siendo analizados bajo el prisma de categorías jurídicas construidas en momentos históricos distintos, razón por la que corresponde realizar una reflexión de las nuevas circunstancias políticas, económicas, sociales, culturales y ambientales que lleva a replantear la regulación.

Será a partir de estas ideas, que se analizarán algunos de los aspectos que deberán ser considerados al momento de la elaboración del Estatuto de los bienes, que se pueden emplear para satisfacer objetivos de interés general.

5.1 La titularidad de los bienes empleados para satisfacer el interés general

Este subepígrafe lleva a pensar que lo primero que interesa analizar es ¿quién ostenta la titularidad de los bienes empleados para satisfacer el interés general?, es decir, si es el Estado o son los particulares. No obstante cabe preguntarse ¿realmente importa la determinación del titular de los bienes? o lo que interesa es que éstos cumplan la finalidad de satisfacción del interés general.

Al respecto se debe iniciar señalando que incluso bajo la categorización tradicional de los bienes, en demaniales —producto de una decisión ajustada al

²⁸ López de Castro, L., y Ariño Ortíz, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 22.

²⁹ Villar Rojas, F. J., *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 2004.

³⁰ López de Castro, L., y Ariño Ortíz, G., Ob. cit., p. 22-23; Moreno Castillo, L. F., *Servicios Públicos Domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 214-115.

ordenamiento jurídico, aunque de carácter abierto y mutable³¹; y patrimoniales, con independencia de la titularidad pública o privada, se reconoce que estos bienes pueden ser objeto de limitaciones, restricciones y obligaciones por razones de utilidad pública o de interés general, es decir, que un bien del dominio privado puede estar sometido a obligaciones, contribuciones, cargas o servidumbres por razones de interés general, todo ello con sujeción a las limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales que son admisibles en una sociedad democrática.

En el Estado de garantía de prestaciones, realmente resulta intrascendente quién es el titular de los bienes públicos, lo que tiene auténtica importancia es la vinculación al destino que se le haya asignado para la satisfacción del interés general.

No es indispensable que las infraestructuras y las redes sean de titularidad pública y menos aun que sean calificadas como bienes del dominio público, —al menos en su concepción tradicional—, pues lejos de aportar algún provecho, ello introduce limitaciones y restricciones innecesarias para garantizar la inversión, la financiación y la potencial rentabilidad de las mismas, en detrimento del interés general que se aspira satisfacer.³²

Si los bienes fuesen de titularidad privada se les pueden imponer obligaciones respecto de terceros, quienes adquieren derechos reales sobre los bienes ajenos. Como ejemplo cabe mencionar la posibilidad de establecimiento de las servidumbres aéreas, para permitir el tránsito seguro de aeronaves sobre la propiedad; o las servidumbres terrestres, para permitir el acceso a los abrevaderos u otras fuentes de aguas; puede imponerse la obligación de tolerar la ubicación en la propiedad de redes e infraestructuras de gasductos, oleoductos, torres eléctricas, antenas receptoras y de transmisión de telecomunicaciones, etc., sin que ello implique la extinción de la titularidad sobre el bien, que seguirá siendo utilizado tanto para el provecho de su titular, como para contribuir a la satisfacción del interés general.

En este orden de ideas es que la doctrina científica ha expresado que “lo importante, ahora, no es tanto la titularidad del bien (puede ser pública o privada), sino el régimen jurídico de su uso (esto es, su afectación), que impone el libre acceso de todos, su gestión imparcial y no discriminatoria, en los términos y condiciones que cada infraestructura requiera”.³³

³¹ Meilán Gil, J. L., El dominio público natural: una equívoca categoría jurídica, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1092; del mismo autor, Sobre la categoría jurídica del dominio público, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-IUSTEL, Madrid, 2011, p. 291.

³² Hernández-Mendible, V. R., Las obras públicas y los sistemas de financiación (Hacia una ley estatal de financiación de obras públicas), *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 95-127.

³³ Ariño Ortíz, G., Infraestructuras: Nuevo marco legal, *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 39.

Por ello se considera que pretender forzar las categorías jurídicas tradicionales para encuadrar a todos los bienes públicos, resulta una actividad excesiva o una decidía intelectual y en cualquier caso son ambas inaceptables ante las nuevas realidades jurídicas, económicas, técnicas y ambientales. Sostener sin más que el espectro radioeléctrico utilizado en la prestación de los servicios de telecomunicaciones o la radiación solar fuente renovable empleada para la generación de energía solar o el viento fuente renovable empleada para la producción de energía eólica, —por solo mencionar estos ejemplos— son bienes del dominio público —al menos en la perspectiva de la tesis formulada por Hauriou³⁴ y seguida por Ballbé³⁵— de titularidad pública y en consecuencia inalienables, inembargables e imprescriptibles, llevaría a concluir que cualquier bien que pueda ser útil para la satisfacción del interés general, debe ser considerado de titularidad pública y encuadrable de manera ficticia en esta categoría jurídica, para buscar reconducirlo a las características históricas de los bienes demaniales, aunque por su propia naturaleza ello no resulte realmente cierto, ni efectiva útil.

Es por ello que se considera que los particulares que han obtenido habilitaciones administrativas para realizar actividades económicas de interés general, cuya efectiva realización requiere del uso y aprovechamiento de bienes tradicionalmente calificados como públicos, deben obtener un título suficiente de la autoridad competente para tal uso y aprovechamiento, que además les reconozca el efectivo ejercicio de derechos reales respecto a dichos bienes.

De allí que en el moderno Estatuto de los bienes empleados para la satisfacción del interés general, no sea relevante quién es el titular de tales bienes, ya que estos podrían ser de titularidad pública o privada, tampoco interesa colocar el foco en que los bienes sean del dominio público o del dominio privado, —entendidos ambos en su concepción tradicional—, lo que interesa es que los bienes tengan un régimen jurídico idóneo para garantizar el uso y aprovechamiento eficiente, racional, equitativo y oportuno, que en un entorno económico liberalizado, permita servir a la efectiva satisfacción del interés general.

5.2 El uso y aprovechamiento de los bienes empleados para satisfacer el interés general

El régimen tradicional de protección que se ha construido respecto de los bienes que son calificados como del dominio público, se ha constituido en una barrera para generar auténticas posibilidades para su uso y aprovechamiento económicamente

³⁴ Hauriou, M., *Précis de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1938, p. 389-390.

³⁵ Ballbé, M., (Voz) Dominio Público, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VII, Barcelona, 1955, p. 786-789.

rentables, por las personas que así lo requieren para satisfacer sus necesidades o las de terceros, de manera compatible con el interés general.

Es así como se entiende que los “bienes públicos” implican un uso o aprovechamiento directo y con vocación de permanencia por los prestadores del servicio público o indirecto y potencial por los usuarios del servicio público; un uso o aprovechamiento general, que garantiza el libre acceso a todas las personas; un uso especial, cuando existen circunstancias singulares, en cuyo caso se requiere la obtención de un título habilitante por el usuario concreto; o un uso privativo, que implica el aprovechamiento de una parte con exclusión de terceros y requiere de la obtención de un título habilitante por el usuario directo.

Al ser considerados bienes del dominio público, estos son inalienables, inembargables e imprescriptibles, lo que conduce a que no puedan ser enajenados, — sin que se haya producido la previa desafectación— y menos aún que puedan ser expropiados, así como tampoco se han reconocido derechos reales a los legítimos usuarios de tales bienes.

El desconocimiento del ejercicio de auténticos derechos sobre los bienes públicos impide acudir a los mercados financieros, con el objeto de lograr el financiamiento para efectuar las inversiones necesarias en las infraestructuras y redes que permitan por una parte, un mejor y mayor aprovechamiento, así como la efectiva y eficiente realización de la actividad económica; y por la otra, la posibilidad de otorgar las garantías necesarias a los financistas, lo que de ser posible debería redundar en el aseguramiento de un uso efectivo, eficiente, equitativo, racional y pacífico de tales bienes, tanto en beneficio directo del propio operador, como de los terceros que así lo requiriesen para lograr la satisfacción de las necesidades de interés general.

Este asunto impone un nuevo enfoque al producirse las reformas económicas encaminadas a la liberalización de las economías, pues el reconocimiento de derechos para realizar las actividades económicas, sin que ello apareje el reconocimiento de derechos sobre determinados bienes, puede frustrar la implementación y desarrollo de tales reformas económicas.

Reconocer el derecho a realizar una actividad económica que requiere del uso y aprovechamiento de bienes que no pueden ser enajenados, gravados y que por más tiempo que transcurra, legalmente siempre serán de su titular por imperio de la ley, no constituye ninguna motivación para los inversionistas, ni para los financistas.³⁶

³⁶ Así incluso se había advertido en la doctrina científica al señalar que “Esta situación no era satisfactoria para los usuarios privados de un cierto número de bienes del dominio público: dominios universitarios, ferroviarios, aeroportuarios o portuarios. Tratándose en particular de este último caso, las zonas industriales portuarias se desarrollaron considerablemente a partir de los años setenta para permitir a industrias importantes (siderurgia, refinería, petroquímica, agroalimentaria, etc.) de reducir sus costos de producción acercándose a sus fuentes de aprovisionamiento, más, habida cuenta el estado del derecho jurisprudencial, sus administradores encontraron graves dificultades. En efecto, la creación de instalaciones susceptibles de recibir esas industrias supone de parte de ellas grandes inversiones que no son compatibles con la precariedad de las autorizaciones

A ello cabe añadir, que en muchas ocasiones tales bienes son desafectados, pero la inercia, a la que se suma la idea de que el uso general o aprovechamiento colectivo a que están destinados siempre los mantiene fuera del tráfico jurídico comercial, conducen a que se les continúe dando el mismo trato jurídico de cuando estaban afectados, lo que hace la situación más compleja ante tal falta de transparencia y seguridad jurídica.

Es por ello que hay que comenzar reconociendo que los bienes empleados para la satisfacción del interés general pueden ser objeto de una estimación económica, por lo que su uso y aprovechamiento debe generar una rentabilidad económica que no depende únicamente de la valoración de sus titulares, de sus usuarios o de la autoridad reguladora, sino que se relaciona con el potencial de utilización o aprovechamiento racional y eficiente, por parte de quienes se beneficiarán de su empleo para satisfacer las necesidades de interés general.

A esto se suma el hecho de superar la tradicionalmente pretendida concepción uniforme, en virtud de la que toda declaración de dominio público sobre determinados bienes constituye una asunción de titularidad pública, por demás exclusiva y excluyente de cualquier derecho real a favor de terceros.

Además es necesario reconocer que conforme al contexto integral de la regulación, es perfectamente válido que la declaración de dominio público considerada en toda su amplitud, únicamente implique una técnica instrumental para garantizar el uso y aprovechamiento de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general y como tal, un título de intervención que habilita el ejercicio de potestades administrativas,³⁷ — que al ser consideradas tales—, deben estar precisadas en la norma legal.

Ello así, lo que interesa considerar en la concepción del Estatuto de los bienes empleados para satisfacer el interés general, es que el uso y aprovechamiento de los bienes tienen un valor económico que la autoridad pública competente debe velar que se conserve y rentabilice a favor del operador siempre que cumpla sus obligaciones y que sea proporcional a las inversiones; y este valor debe ser reconocido por todos los beneficiarios que requieran soportarse en tales bienes para el desarrollo de las actividades económicas, que persiguen satisfacer las necesidades de interés general.

que les son acordadas y la naturaleza incierta de las obras construidas sobre el dominio público. Los responsables de los bienes portuarios tenían entonces dificultades para convencer a los industriales de invertir sumas importantes sobre terrenos que no podían serle locados sino a título precario y por lo tanto susceptibles de ser recuperados en cualquier momento, y de edificar en inmuebles respecto de los cuales se podía impugnar la propiedad, y por lo tanto insusceptibles de ser cedidos o hipotecados". Subra de Bieusses, P., *Dominio Público y Derechos Reales, Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1168.

³⁷ Hernández-Mendible, V. R., *Telecomunicaciones. Regulación & Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009, p. 526-527; Meilán Gil, J. L., Sobre la categoría jurídica del dominio público, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-IUSTEL, Madrid, 2011, p. 294-295.

El Estatuto debe admitir que los titulares de los títulos habilitantes para el desarrollo de las actividades económicas puedan efectuar negocios jurídicos sobre los bienes que requieren para satisfacer las necesidades de interés general, pudiendo admitir según el caso, que sean enajenados, cedidos, traspasados de manera total o parcial, entre vivos o por causa de muerte, otorgados en garantía hipotecaria o de cualquier otra naturaleza que permita el ordenamiento jurídico, lo que incluso admite la posibilidad de ejecución judicial.

Lo que no podrá realizarse será la alteración o el cambio del fin al que están destinados tales bienes, por lo menos, mientras no se sustituyan —cuando ello sea posible— por otros idóneos que permitan continuar en similares o mejores condiciones técnicas y económicas, el desarrollo de la actividad económica que pretende satisfacer el interés general. Tampoco puede impedirse —al menos sin justificación en una causa legalmente establecida— el acceso al uso y aprovechamiento a quienes lo soliciten para tales fines.

Como sucede con todos los asuntos jurídicos, el tiempo tiene una importancia fundamental para quienes quieren realizar la inversión en el desarrollo de una actividad económica, quienes aspiran financiarla y para definir los montos de las inversiones, préstamos, intereses y períodos de retorno de tales inversiones con la respectiva ganancia.

De allí que el Estatuto deberá indicar cuáles son los tiempos en los que se podrán ejercer los derechos sobre los bienes, así como los supuestos de extinción de los títulos habilitantes, —distintos del tiempo de vigencia—, que pueden afectar o poner en riesgo las inversiones y los préstamos realizados.

Otro aspecto que es importante definir, se relaciona con el posible supuesto de la extinción anticipada del título habilitante para el desarrollo de la actividad económica y si ello arrastra a la garantía establecida sobre el bien para asegurar el pago del financiamiento del préstamo otorgado para la inversión. Esto es fundamental, porque tal hecho no pueda ser empleado como excusa para el impago del saldo pendiente que adeuda el operador-inversionista del título extinguido prematuramente, pues la obligación adquirida con el préstamo deberá ser pagada como fue convenida, aunque ya no se pueda continuar realizando la actividad económica, ni usando o aprovechando los bienes y de allí que sea necesario establecer las garantías suficientes para los financistas y las eventuales consecuencias que se pueden presentar en tal caso para el operador-inversionista.

5.3 La nueva concepción de los bienes públicos empleados para satisfacer el interés general

Conforme a lo anteriormente expuesto, no cabe duda alguna que constituye un anacronismo pretender enmarcar todo el régimen de los bienes públicos en las

categorías tradicionales elaboradas a comienzos del siglo XIX y aplicadas durante gran parte del siglo XX.

Esto lleva a evaluar ¿cuál es la nueva concepción de bienes públicos necesarios para satisfacer el interés general? La respuesta obviamente se construye a partir de la disociación de la titularidad y del financiamiento de los bienes públicos, con respecto al destino para el uso y aprovechamiento que se puede efectuar de los mismos.

Ya se ha dicho que la liberalización de los mercados condujo a promover la participación privada y la pluralidad de competidores que demandan el uso y aprovechamiento de determinados bienes públicos (infraestructuras y redes), tanto si quien ostentaba la titularidad es el Estado como si son los particulares. Ello es consecuencia de que el interés general impone garantizar el acceso a las redes e infraestructuras existentes, siempre que ello sea técnicamente posible y no afecte los derechos de los operadores establecidos, promoviendo la libre competencia, evitando así las barreras de acceso a los mercados y la consolidación de prácticas anticompetitivas, mientras los operadores entrantes logran efectuar las inversiones que les permitan establecer sus propios bienes públicos, reduciendo la necesidad de duplicación de esfuerzos, costos elevados e inversiones ineficientes, contrarias al interés general.

Hay que tener presente que no se plantea ninguna situación extraña al ordenamiento jurídico, pues existen bienes construidos por los particulares (colegios, universidades, estacionamientos, parques recreacionales, campos deportivos, clínicas, servicios crematorios, cementerios, etc.) que sirven de soporte a los servicios públicos en sentido tradicional o actividades económicas de interés general, sobre los que existe un derecho de acceso de uso y aprovechamiento público por todos quienes lo soliciten y que además, al no estar sometidos a las características tradicionales de los bienes públicos, pueden otorgarse en garantía de los préstamos necesarios para su financiamiento y resultar económicamente rentables.

Respecto a las actividades económicas estos bienes esenciales son las infraestructuras y las redes que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades de interés general, lo que implica que su establecimiento, uso o aprovechamiento debe efectuarse tanto en beneficio de quienes tienen la habilitación para construir las y explotarlas, como de las personas que las requieren para satisfacer sus necesidades.

El hecho que las infraestructuras y redes sean construidas y explotadas por los particulares en ejercicio de sus libertades económicas, no impide que su uso o aprovechamiento tenga como finalidad satisfacer las necesidades de interés general, pues éste no constituye un monopolio del Estado, también los particulares pueden contribuir mediante el desarrollo de sus actividades económicas, así como del uso y aprovechamiento de sus bienes a la satisfacción de dicho interés.

No obstante surge una razonable inquietud ¿por qué los particulares que construyen infraestructuras y redes con sus propios recursos económicos, con el

objeto de emplearlas en la realización de una actividad económica de interés general, que no se encuentra formalmente publicada, deben aceptar que éstas sean utilizadas o aprovechadas por terceros, quienes además tienen la intención de disputarles el mercado?

La justificación es exactamente la presencia del interés general, que exige una satisfacción de las necesidades relacionadas con la actividad económica y que por tanto obliga a impedir toda práctica anticompetitiva que afecte la posibilidad de concurrencia de varios operadores realizando la misma actividad, garantizando así el derecho al libre acceso al mercado, con la finalidad de que todos los operadores puedan ejercer las libertades económicas y que los usuarios o consumidores puedan contar con la pluralidad de oferta de productos y servicios, en condiciones de calidad adecuadas y a precios asequibles.

Las redes e infraestructuras en las economías liberalizadas son auténticos bienes públicos en cuanto son de uso público con el objeto de satisfacer un interés general, por lo que los titulares de las mismas no ejercen sobre ellas los tradicionales derechos inherentes al dominio público o privado.

De allí que la búsqueda de la armonización de las libertades económicas con el interés general que se debe satisfacer a través del ejercicio de ellas, impone el establecimiento de un Estatuto que reconozca auténticos derechos reales que incentiven a los particulares a invertir en tales bienes y a los financistas a efectuar los préstamos al contar con las garantías adecuadas; que se precisen las condiciones de uso y aprovechamiento efectivo, eficiente, equitativo, racional y pacífico; se determine que con independencia del negocio jurídico comercial que se realice con las redes e infraestructuras, la vinculación al uso público para el cual han sido establecidas no puede alterarse o modificarse por sus titulares o por terceros, indicando que cualquier uso distinto, deberá ser compatible y complementario, sin interferir ni generar perturbaciones al originalmente establecido; así como la configuración de las potestades que puede ejercer la autoridad administrativa en su nuevo rol, no de prestadora de servicios públicos, no de propietaria de bienes públicos, en fin, no de gestora de las actividades económicas, sino realizando la función reguladora, para lo que debe contar con las competencias adecuadas a los fines de garantizar la satisfacción del interés general.

Las redes e infraestructuras como bienes de uso público que sirven de soporte para el desarrollo de actividades económicas destinadas a la satisfacción de necesidades de interés general, constituyen una categoría de los nuevos bienes públicos, deslastrados de las características históricas, con un rostro moderno, económicamente más eficiente y a su vez rentables.

6 Consideraciones finales

Resulta interesante, sin duda alguna, apreciar como en aproximadamente algo más de 200 años, el Estado se ha transformado de un Estado liberal de Derecho a un Estado social y democrático de Derecho, —siendo que éste ha evolucionado del modelo de Estado prestacional al modelo de Estado de garantía de prestaciones—, pero a pesar de ello, las categorías jurídicas diseñadas durante aquél no han corrido la misma suerte de evolución para ajustarse al Estado social y democrático de Derecho, lo que hace que en los tiempos presentes resulten de difícil encaje las tradicionales técnicas de intervención del Estado, que se encuentran ancladas en las categorías jurídicas históricas y que no han experimentado una modernización, como la que ha vivido el ejercicio de las libertades económicas por los particulares, que brinde las respuestas adecuadas a las nuevas exigencias económicas, sociales, tecnológicas y ambientales.

También es curioso observar cómo en el último medio siglo, calificados juristas en la búsqueda de la actualización de las categorías jurídicas históricas han efectuado declaraciones de defunción de las empresas públicas,³⁸ los servicios públicos³⁹ o el dominio público⁴⁰ y sin embargo, —más allá de lo sugerente de tales declaraciones, inspiradas en una lectura de los signos de los tiempos—, el ordenamiento jurídico positivo y su aplicación jurisprudencial dan cuenta de que todas estas categorías jurídicas han experimentado momentos difíciles, polémicos, complejos, han sido sometidas a exámenes, revisiones, operaciones y terapias, pero su espíritu, su esencia, su núcleo central, su fibra más profunda sigue viva, latente, emitiendo pulsaciones que llevan a constatar que no han experimentado el *rigor mortis*.

Por el contrario, parece que gracias a los avances de la genética jurídica se ha conservado el ADN de estas categorías jurídicas y que luego de los respectivos experimentos y tratamientos a que han sido sometidas por los juristas, han logrado sobrevivir y conformar una nueva generación más sana y fuerte, más eficiente y mejor adaptada a las necesidades de los tiempos presentes.

No obstante, hay que tener claro, que su expectativa de vida se prolongará no exclusivamente por las simples reformas jurídicas, sino porque la investigación, el

³⁸ Ariño Ortíz, G., El servicio público como alternativa, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 23, Civitas, Madrid, 1979, p. 537-560, aunque posteriormente ha vuelto sobre sus pasos y recientemente ha señalado que "...no hay que proscribir necesariamente a la empresa pública. Sigue siendo un instrumento legítimo de los gobiernos siempre que su creación esté justificada, siempre que se vea libre de injerencias políticas y siempre que no se revista de privilegios cuando actúe en el mercado en competencia con las privadas". Ariño Ortíz, G., Discurso de clausura del IV Congreso de la Asociación Internacional de Estudios de Regulación, *Revista de Regulación Económica. Empresas & Finanzas*, N° 2, ESAN, Lima, 2010, p. 9.

³⁹ Ariño Ortíz, G., *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª ed., Comares, Granada, 2004, p. 600; Troncoso Regada, A., Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 57, Madrid, 1999, p. 164; González-Varas, S., ¿Del servicio público a los mercados de interés general?, *Cuadernos de Derecho Público* N° 12, 2001, p. 71.

⁴⁰ Nieto García, A., *Los Bienes Comunales*, Edersa, Madrid, 1964, p. 3.

desarrollo y la innovación en los ámbitos jurídico, económico y técnico conduzcan a que el desarrollo sostenible entendido integralmente, les permita a los gestores de las empresas, los servicios y los bienes seguir garantizando la satisfacción del interés general. En esto consiste el reto que tiene por delante el Estado de garantía de prestaciones.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 13-40, jan./jun. 2014.

Control de constitucionalidad en el arbitraje¹

Estela B. Sacristán

Profesora de Derecho Administrativo (Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Buenos Aires, y Universidad Austral, Buenos Aires). Becaria postdoctoral (Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”).

Sumario: I Planteo – II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad – III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad – IV Los diversos sistemas – V Reflexiones finales

I Planteo

Como sabemos, el control de constitucionalidad ofrece hoy en día, en Argentina, sólidas aristas, entre las que cabe destacar, en el marco del derecho y de la jurisprudencia de nuestro país, la regla del control en el marco de un caso o controversia, a ejercer por cualquier magistrado de la justicia federal o local, con efectos para el caso en concreto.

Ahora, un sector de la doctrina local ha sustentado la posibilidad de que ese control de constitucionalidad sea ejercido no solo en procesos que se lleven a cabo por ante órganos judiciales, sino también en el marco de los arbitrajes.² En tal sentido, se ha sostenido, muy fundadamente, que existe competencia arbitral para resolver una cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad.³

¹ Una versión anterior de este trabajo fue publicada en *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, v. 2005-III, p. 1314-1320. Agradezco al Dr. Rafael Valim la generosa invitación a publicar este trabajo en la *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*.

² La naturaleza del arbitraje de amigables componedores excluiría, *prima facie*, el ejercicio de tal clase de control, no obstante lo cual no efectúo tal distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de amigables componedores pues entiendo que corresponde sólo a la fuente del Derecho primordialmente aplicada al laudar; ver sección IV, *infra*.

³ Morello, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, en *E.D.*, t. 198, p. 467-470, esp. p. 468: “siendo el asunto arbitrable [...] el tribunal arbitral no tiene cortapisas para asumir y definir [cuestiones], en las que necesariamente han de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas” (la bastardilla es del original); Palacio, Lino, “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, en *L.L.* 2003-F, p. 1184-1189, esp. p. 1188: “no existen a mi juicio razones válidas que se opongan a la respuesta afirmativa [acerca de las atribuciones para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos]”; del mismo autor, “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, en *L.L.* 2004-D, p. 19-20, esp. p. 20: “vislumbro como una circunstancia auspiciosa que los tribunales arbitrales del país [...] resuelvan hallarse en condiciones de emitir pronunciamiento en los supuestos de inconstitucionalidad”.

La cuestión no es menor. Considérese tan solo que en un proceso arbitral podría hallarse naturalmente involucrada la constitucionalidad de una ley o de un decreto posterior al contrato en el cual fue prevista la cláusula arbitral.

En Argentina, en épocas de intensa intervención estatal en las relaciones jurídicas privadas en razón de emergencias,⁴ el supuesto de una norma calificada normativamente como “de orden público” —es decir, ineludible, insoslayable—,⁵ que incide “desde afuera” del marco contractual, “modificando” en forma sustancial el significado de una u otra cláusula convencional, bien puede suscitar el análisis de la validez constitucional de esa norma interventora en tanto aplicada al caso. A su vez, esa norma de orden público, que incida en el contrato, en tanto posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, podrá ameritar el respectivo planteo de inconstitucionalidad por alguna de las partes en el proceso arbitral.

Asimismo, yendo más lejos, podría argüirse acerca de la posibilidad de que un tribunal arbitral ejerciera el control de constitucionalidad de esa ley o decreto de oficio; en un supuesto distinto, una de las partes, en un arbitraje, podría solicitar que se le hicieran extensivos los efectos del laudo dictado en otro proceso arbitral, en el que se declarara la inconstitucionalidad de una norma. Como puede verse, las posibilidades son infinitas, y constituyen digna arena para el debate. No en vano se ha incluido, entre los temas controvertidos del arbitraje, a la atribución de los árbitros, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.⁶

Estas líneas apuntan a un reducido objeto: analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la normativa relevante, y las opiniones de la doctrina, a fin de indagar en dos cuestiones: por un lado, (i) si se hallan habilitados los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad; y, por el otro, (ii) si esos árbitros están obligados a ejercer ese control de constitucionalidad. A tal fin, se reseñan las posturas que avalan tales propuestas, formulándose las conclusiones pertinentes.

Con sustento en la sentencia que allí comenta, Bianchi, Roberto A., “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, en *J.A.* 2003-IV, p. 75-79, esp. p. 79: “de la correcta solución de primera instancia, confirmada por la Sala E, surge que los árbitros tienen, dentro del marco de lo jurídicamente disponible y efectivamente comprometido, amplia competencia para entender en las cuestiones que les fueron sometidas por las partes, con la facultad implícita de declarar la validez o invalidez constitucional de normas jurídicas, incluso si están contenidas en leyes o actos de orden público” (la bastardilla no es del original).

En igual sentido, por sus fundamentos, Bianchi, Alberto B., “El control de constitucionalidad en el arbitraje de derecho”, en AAVV, *El Derecho administrativo hoy. 16 años después*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2013, p. 13-20.

⁴ Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª. ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 423-425, esp. p. 424.

⁵ El Código Civil argentino establece, en su art. 21: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

⁶ Así, Rivera, Julio C., “El arbitraje en Argentina”, en *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, v. 11, p. 157-186, II.9.

II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad

Una primera línea de análisis de la cuestión halla cómodo quicio en la tesis que equipara, a la jurisdicción arbitral, con la jurisdicción que ejercen los órganos judiciales.

a. Equiparación entre jurisdicción arbitral y jurisdicción de los órganos judiciales

Cabe recordar que la jurisdicción arbitral y la jurisdicción judicial se han visto equiparadas, y ello surge de la práctica jurisprudencial.

En el plano del léxico, los árbitros han sido considerados, indistintamente, jueces,⁷ jueces particulares,⁸ jueces privados,⁹ o avenidores.¹⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina da cuenta de que, ya en la legislación¹¹ como en la doctrina anterior a la década el '20, se daba, tanto a los árbitros *juris* como a los amigables componedores, el nombre genérico de jueces avenidores.¹² De allí que el mismo Alto Tribunal haya oportunamente admitido la expresión “justicia arbitral”,¹³ libremente pactada; de allí que —muy posteriormente— se haya interpretado que el término “juez”, plasmado en el art. 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN), equivale al concepto amplio de juzgador.¹⁴ Tan significativa parece ser esta equiparación entre árbitros y jueces que se ha sostenido que las apreciaciones hechas en un escrito, con evidente propósito de ofensa a la persona de un árbitro, pueden ser castigadas con penas disciplinarias, dispuestas por el juez, a quien se presentó el escrito, aun con posterioridad a la emisión del laudo.¹⁵

b. Los árbitros como jueces naturales de la causa

La jurisdicción arbitral se erige en jurisdicción esencialmente única o excluyente,¹⁶ contexto en el cual los árbitros actuarían en virtud de: (i) una transferencia que opera previa prórroga o sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían

⁷ “Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca”, Fallos: 320: 700 (1997), voto de los Dres. Petracchi y Bossert, cons. 7º, 2do. párr.; “Bullrich, Adolfo c/ Empresa del Ferrocarril del Sud”, Fallos: 49: 325 (1892), esp. p. 337.

⁸ “Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina”, Fallos: 317: 1527 (1994), disidencia del Dr. Boggiano, cons. 6º.

⁹ “Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y otro”, Fallos: 320: 700 (1997), voto del Dr. Vázquez, cons. 7º.

¹⁰ “S. A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 152: 347 (1928), esp. p. 351.

¹¹ La referencia es a la Partida III, tít. XXII, ley XXIII; puede verse la edición facsimilar de las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio en el sitio de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla.

¹² “S. A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 152: 347 (1928), esp. p. 351.

¹³ Idem n. 11., esp. p. 350, con cita de “S.A. del Puerto del Rosario c/ Gobierno de la Nación”, Fallos: 146: 373 (1926).

¹⁴ “Caputo, José Luis y otros c/ Estado Nacional”, Fallos: 314: 1857 (1991).

¹⁵ “Bullrich, Adolfo c/ Empresa del Ferrocarril del Sud”, Fallos: 49: 325 (1892).

¹⁶ Idem n. 11, p. 351.

los tribunales del Poder Judicial,¹⁷ (ii) en aquellas materias disponibles.¹⁸ La dualidad apuntada ha sido implícitamente reconocida desde antiguo¹⁹ y posee la virtualidad de deparar que los árbitros desempeñan una actividad mixta, convencional por su origen, mas jurisdiccional por su naturaleza.²⁰ En otras palabras, los árbitros son los jueces de la causa cuando las partes así lo deciden.²¹

Por cierto, se ha señalado — con todo acierto, entiendo—, que la jurisdicción arbitral no causa agravio a la garantía del juez natural: “la convención sometiendo a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica inhabilita luego a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos sobre la base de que no son los jueces naturales del pleito”,²² ha dicho la Corte Suprema. Ello, en la inteligencia de que la violación a dicha garantía opera en casos en que a un litigante se le haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, extremos que no se dan cuando intervienen árbitros,²³ y en armonía con la regla conforme la cual son renunciables las garantías constitucionales acordadas exclusivamente en beneficio de los derechos de propiedad.²⁴

c. Otros indicadores

Asimismo, se percibe un cierto grado de equiparación entre los árbitros y los jueces en el aspecto remunerativo. La equiparación con los jueces se funda en razón de la actividad jurisdiccional que desarrollan, ya señalada; empero, también se ha equiparado a los árbitros con los conjuces en virtud del carácter transitorio con que tanto los conjuces como los árbitros ejercen la función materialmente jurisdiccional.²⁵ En esta línea interpretativa, se ha señalado que la ley 21.839 de arancel de abogados y procuradores, en tanto aplicada para regular los honorarios de los árbitros, es extraña a la índole de las funciones desempeñadas,²⁶ y se ha propiciado la adopción del Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional — ICC— para utilizar como pauta para la regulación de honorarios en los juicios arbitrales.²⁷

¹⁷ Idem n. 9, cons. 6º.

¹⁸ Idem n. 9, cons. 7º.

¹⁹ “Filareto, Kanaci c/ Cía. de Seguros Trasatlánticos”, Fallos: 15: 23 (1874), esp. p. 26; “Querencio, Carlos M. c/ Benítez, Gregorio”, Fallos: 45: 296 (1891); ídem n. 9.

²⁰ “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral”, Fallos: 320: 2379 (1997).

²¹ Bianchi, Alberto B., “El control de constitucionalidad...” cit., p. 13.

²² “Griskan, Isaac c/ Soc. Reisz y Cía.”, Fallos: 187: 458 (1940), cons. 2º.

²³ “Griskan, Isaac c/ Soc. Reisz y Cía.”, Fallos: 187: 458 (1940), cons. 3º.

²⁴ Idem n. 23.

²⁵ “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral”, Fallos: 320: 2379 (1997), disidencias parciales de los Dres. Nazareno y Fayt y del Dr. Belluscio, cons. 16.

²⁶ “Rocca, J. C. c/ Consultara S.A.”, Fallos: 322: 1100 (1999), votos de los Dres. Boggiano y López, cons. 2º, y del Dr. Vázquez, cons. 2º.

²⁷ “Recurso de hecho deducido por Coordinación Ecológica Area Metropolitana S.E.”, Fallos: 315: 3011 (1992), voto de los Dres. Barra y Boggiano, cons. 8º.

Además, en el específico contexto del art. 749 CPCCN, como se ha previsto que el tribunal arbitral cuente con un secretario, los criterios para la fijación de la remuneración de dicho funcionario deberán ser los previstos por las partes, y en caso de ausencia de convención entre las partes, según se entendiera, se considerará la remuneración de los funcionarios judiciales que colaboran con el juez en la administración de la justicia.²⁸

Ya en el marco de un proceso arbitral, es dable recordar que no procede la declaración de nulidad de una sentencia arbitral por no haber los árbitros formado tribunal, como estaba consignado en el acta de compromiso, si las partes estuvieron de acuerdo en que el juez nombrara el tercero después que aquéllos pronunciaron su laudo en discordia.²⁹ Asimismo, los árbitros podrán ser recusados fundando el respectivo pedido,³⁰ aun cuando el rechazo de la recusación no haya merecido mayores fundamentaciones.³¹ Planteada la contienda, habrá sustanciación de la misma en pos de la salvaguarda del derecho de defensa. Finalmente, fallarán los árbitros conforme a derecho y según lo alegado y probado (árbitros de derecho) o según su saber y entender (amigables compondores).³² La decisión de los árbitros ha sido denominada “sentencia arbitral”,³³ y se ha señalado que la decisión que recae en el arbitraje es una decisión formalmente idéntica a la sentencia.³⁴ En un antiguo precedente se sostuvo que, dictada la sentencia arbitral, así como los jueces carecen de la facultad de explicar sus sentencias pasado el término acordado por la ley, tampoco pueden los árbitros hacerlo expirado aquél.³⁵

El fallo del tribunal arbitral, cuando tengan lugar los recursos, ha sido equiparado a la sentencia de primera instancia: por ello se ha resuelto que corresponde a las Camaras Federales de Apelación conocer, en su caso, de los recursos interpuestos contra los laudos pronunciados en causas en que la Nación es parte.³⁶ Específicamente, es dable puntualizar que se ha resuelto que el artículo 16 de la ley número 4055 de reforma de la justicia federal y creación de Cámaras — artículo que establece que las cámaras federales conocerán en grado de apelación en segunda instancia en todos los casos enumerados en el art. 3 de la ley 4055— no es aplicable, exclusivamente, a los juicios seguidos desde primera instancia ante los jueces federales, sino que es también aplicable a los casos enumerados en el artículo 3 de la ley 4055 resueltos por tribunales arbitrales.³⁷

²⁸ “Rocca, J. C. c/ Consultara S.A.”, Fallos: 322: 1100 (1999), voto del Dr. Belluscio, cons. 6^o.

²⁹ “Ermano Barigozzi”, Fallos: 96: 97 (1902), esp. p. 104.

³⁰ “José Vicente Benítez c/ FFCC del Sud de la Pcia. de Buenos Aires”, Fallos: 54: 475 (1993), esp. p. 479.

³¹ Es el caso “José Vicente Benítez c/ FFCC del Sud de la Pcia. de Buenos Aires”, Fallos: 54: 475 (1993), esp. p. 479, donde se rechazó la recusación planteada casi sin motivación alguna.

³² *Idem* n. 13, esp. p. 351.

³³ “Marchissio, Raúl O. y otros c/ Del Federico, Dante”, Fallos: 301: 111 (1979).

³⁴ *Idem* n. 21, voto del Dr. Vázquez, cons. 27.

³⁵ “Arteaga, Leopoldo c/ Méndez, Juan José”, Fallos: 5: 131 (1868).

³⁶ “The Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 107: 322 (1907), esp. p. 381.

³⁷ “The Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 107: 322 (1907), esp. p. 382.

En síntesis, como se sostuviera en el caso “S.A. Puerto del Rosario”,³⁸ en forma indistinta, tanto los árbitros de derecho como los amigables componedores son “jueces”.

III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad

La tesis de la habilitación de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad también parecería surgir de otros extremos. Veamos.

a. Precedentes diversos

En el universo de precedentes consultables, sobresale un dictamen producido en el caso UTE,³⁹ en el cual se solicitaba, en sede judicial, la suspensión del trámite de ejecución del laudo dictado hasta tanto se resolviera sobre el planteo de incompetencia formulado. En dicho laudo se habría ejercido el control de constitucionalidad.

Pues bien, corrida la vista al Fiscal General de Cámara — Justicia nacional en lo civil y comercial y contenciosoadministrativo federal— a fin de que se expidiera sobre la posible cuestión de competencia planteada, en el respectivo dictamen se concluyó en que correspondía desestimar el cuestionamiento formulado.⁴⁰ A tal fin, se consideró, específicamente, que: a) en el caso mediaba la impugnación constitucional de un decreto emanado del Poder Ejecutivo; b) el arbitraje se había sustanciado y en dicha senda se había planteado la incompetencia del tribunal arbitral, cuestión desestimada por los árbitros; c) al dictarse el laudo, los árbitros se habían pronunciado, incluso, sobre los “problemas constitucionales planteados”. Por tanto, dado que en el dictamen citado se dictaminó en contra de la incompetencia planteada, es dable poner de resalto que la doctrina emergente del mismo avala la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad. Ello pues el hecho de que los árbitros hubieran fallado sobre la constitucionalidad de la norma — el decreto en cuestión— no impidió que se tuviera a la incompetencia de los árbitros por configurada a los fines perseguidos en sede judicial, v.gr., la suspensión de la ejecución del laudo. Ciertamente es que, oído el Fiscal General, el tribunal que intervenía en la causa resolvió que debía suspenderse la ejecución del laudo hasta tanto se dirimiera la cuestión de competencia planteada — entre dicho tribunal y el tribunal arbitral— pues entendió — entre otros argumentos— que se hallaba controvertida la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de los derechos de las partes.⁴¹

³⁸ Idem n. 11.

³⁹ CNCyCF, Sala II, “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/ acción meramente declarativa”, del 26/8/03; en el mismo sentido, la misma sala in re “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Centro Puerto S.A. s/ acción meramente declarativa” – sentencias del 26/8/03 y 20/5/03.

⁴⁰ El dictamen aludido, del 18/7/03, se halla publicado en *E.D.*, t. 205, p. 87.

⁴¹ Esta resolución, del 26/8/03, se halla publicada en *E.D.*, t. 205, p. 87.

En otra controversia, el caso “T.T.”,⁴² la evidencia favorable es más prístina: se consideró expresamente, a los fines de la habilitación de los árbitros para decidir cuestiones de constitucionalidad, que “rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan los tribunales de justicia (latu sensu involucrando a los arbitrales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta”.

Asimismo, en el caso “Otondo”⁴³ el juez de primera instancia opinó que “no existe impedimento con base en derecho que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a efectos de elucidar la controversia objeto del arbitraje”.⁴⁴ A su turno, la Fiscal General subrogante ante la Cámara coincidió, en lo sustancial, con la sentencia de primera instancia. Y cierto es que, para decidir como lo hizo, el tribunal que intervenía en la causa se remitió a los fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público ante la Cámara Comercial.

b. Ausencia de cauces predeterminados

Abona a la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad aquel principio, de inspiración liberal, conforme al cual la específica pretensión de inconstitucionalidad no se halla sujeta a un cauce procesal predeterminado en la media en que medie caso judicial. En efecto, si se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o acto en el marco de una acción de amparo, de un juicio ordinario, de una acción declarativa, de un recurso directo ante una Cámara de Apelaciones, de una acción iniciada en la competencia originaria de la Corte Suprema, nada parecería obstar a que, en un arbitraje, por vía de demanda o de defensa, se plantee el caso constitucional. Ello, en especial bajo la tesis de la equiparación de la jurisdicción arbitral con la jurisdicción que ejercen los órganos judiciales.

c. Presupuestos del caso constitucional en sede arbitral

Es que, a fuer de verdad, en la medida en que se reunieran, en el planteo incoado en sede arbitral, el caso constitucional, nada parecería obstar a que el respectivo control pudiera ser efectuado. Desde tal perspectiva, y sin perjuicio de cumplimiento de los recaudos propios para que se tenga por habilitada la vía arbitral, a los efectos del control de constitucionalidad deberán verificarse: la existencia de un caso o controversia, lo cual presupone legitimación al efecto; la actualidad del gravamen tal que el mismo no se exhiba inmaduro o tardío; la ausencia de cuestión política no justiciable; entre otros recaudos.

⁴² TArbitraje Gral. de la Bolsa de Comercio, Rosario, 19/11/02, publicado en *E.D.* 2004-D, p. 18-21.

⁴³ CNCom., Sala E, 11/6/03, “Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros”, publicado en *J.A.* 2003-IV, p. 73-75.

⁴⁴ Agregándose que tal habría sido el criterio adoptado por el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en los casos “CIE R. P. S.A. c/ Grinbank”, del 19/3/02, publicada en *E.D.* t, 198, p. 464-467, e “IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A.”, del 5/11/2002.

d. Eventual decisión

Coadyuvaría a la interpretación propiciada, relativa a la posibilidad, por parte de los árbitros, de resolver sobre una pretensión de inconstitucionalidad planteada en un caso arbitral en el marco del mentado principio de libertad de planteo, lo prescripto tanto en el art. 751 del CPPCN como en el art. 769 CPCCN. Ello pues en el primero se prevé que, si en la cláusula compromisoria, en el compromiso, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, “los árbitros observaran el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren”. Y en el segundo de ellos se alude a que la respectiva sentencia se dicta “según [el] saber y entender”, por lo que ello tampoco representaría un óbice para la interpretación propiciada. Por lo demás, las cuestiones constitucionales no se hallan entre las vedadas por el Código ritual.⁴⁵

e. Control a pedido de parte o de oficio

En el marco de los arbitrajes de amigables componedores, si se atiende a la redacción del art. 754 del CPCCN, que prescribe que los árbitros se pronunciarán sobre “todas” las pretensiones sometidas a su decisión, parecería claro que si mediare pedido de inconstitucionalidad, deberían pronunciarse sobre él, admitiéndolo o rechazándolo. Respecto de los amigables componedores, señala Fenochietto al comentar el art. 769 CPCCN que el laudo se pronunciará sobre los puntos enunciados en el compromiso, razón por la cual — cabe inferir— si media pedido de parte para que se resuelva sobre una inconstitucionalidad, también deberán los amigables componedores expedirse sobre ella.⁴⁶

Ahora, si mediando pedido de parte el tribunal omitiera resolver la cuestión constitucional, el supuesto aparecería tímidamente asimilable a la “falta esencial del procedimiento” (art. 760 CPCCN) de los arbitrajes de derecho. Tampoco se perfilaría nítidamente la identificación entre esa omisión y el presupuesto “resolver sobre puntos no comprometidos” (arts. 760 y 771, CPCCN) ya que éste último es incompatible con el mentado pedido de parte. Podría por ende argüirse que más razonablemente acorde con la omisión aludida parecería ser la del art. 321, inc. 1, CPCCN. Ello pues esta última disposición del Código ritual establece que será aplicable el trámite del proceso sumarísimo “cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos

⁴⁵ Cfr. art. 737, CPCCN.

⁴⁶ Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 762.

establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección”. Desde esta perspectiva, si mediando pedido de parte respecto de la mentada inconstitucionalidad el tribunal omitiera resolver sobre ella, podría tenerse por configurada la omisión aquí analizada.

El segundo problema que se vincula con el tema del acápite es el relativo a si los árbitros, sin mediar pedido de parte, pueden resolver sobre una inconstitucionalidad, de oficio. Es este el problema del denominado control de constitucionalidad de oficio el cual, con posterioridad al fallo “Mill de Pereyra”⁴⁷ y sus seguidores⁴⁸ se yergue en concreta posibilidad procesal.

Puede entenderse que, en la medida en que en algún momento antes de la emisión del laudo se haya substanciado el planteo de inconstitucionalidad — esgrimido por vía de acción o de defensa— nada obstaría a que el aspecto fuera analizado y resuelto en el laudo. Ello pues esa substanciación impediría tener por configurado un agravio al derecho de defensa. Mas incluso desde una postura más minimalista, con omisión de esa sustanciación del planteo constitucional, los árbitros se hallarían habilitados para expedirse sobre ese planteo pues resolverán, y sujetos al respectivo deber: (i) para el caso planteado;⁴⁹ (ii) bajo el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes;⁵⁰ en síntesis, (iii) bajo el “deber” de resolver a la luz del derecho aplicable.

Esta última afirmación —relativa al derecho aplicable— conduce a analizar otra cuestión de interés que emerge desde otra perspectiva de análisis del tema de este trabajo. Se trata de la visión que se aleja de los arbitrajes nacionales, para atisbar en los arbitrajes resueltos por tribunales arbitrales internacionales, aspecto sobre el que nos remitimos a la sección IV, *infra*.

f. Jurisprudencia estadounidense

La conclusión a la que se arribara, sobre la competencia de los árbitros para controlar la constitucionalidad de la norma en el caso sometido a resolución, también halla fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana.

⁴⁷ “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, Fallos: 324: 3219 (2001).

⁴⁸ “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, Fallos: 327: 3117 (2004) y, más recientemente, R. 401. XLIII. REX, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27/11/2012.

⁴⁹ Ampliar en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 99 y p. 276 y ss., y jurisprudencia citada en ambos lugares.

⁵⁰ “José Paviglianiti y otros”, Fallos: 298: 78 (1977); “De Souza c/ Nación Argentina”, Fallos: 278: 429 (1977); entre muchos otros.

Recuérdese el caso “Ruckelshaus”.⁵¹ En él dicho Tribunal entendió declaró que su pronunciamiento era inoficioso. Empero, agregó que el caso solo estaría dotado de madurez una vez que se hubiera cumplimentado la etapa arbitral. Y señaló que sólo después de que la pretensión de inconstitucionalidad de la demandada hubiera sido objeto de laudo por un árbitro bajo el régimen aplicable, se hallaría el caso maduro a efectos de la revisión judicial.

Por lo tanto, elípticamente, se admitió que dicho árbitro se pronunciara sobre la inconstitucionalidad planteada.

IV Los diversos sistemas

Sabemos que en Argentina, así como en Estados Unidos, los jueces ejercen el monopolio del control de constitucionalidad. Se afirma que la Administración no puede ejercer el control de constitucionalidad.⁵² Si se asimila a los árbitros con los jueces, éstos se hallarán dotados de competencia para ejercer dicho control. Así, todo ellos deberán resolver el caso bajo el derecho aplicable, acudiendo en primer lugar a la Constitución, la cual, después de todo, es la norma de orden público por excelencia.⁵³

Empero, en otros ordenamientos —y el caso típico es el ordenamiento anglosajón— dada la soberanía de que está investido el Parlamento, el *common law* se halla impedido de controlar las leyes emanadas de aquél.⁵⁴

Por último, ciertos sistemas, en especial, de arbitraje, prevén que, a los casos, se les aplicarán (i) las normas de derecho acordadas por las partes; en su defecto, la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.⁵⁵ También prevén que (ii) el tribunal arbitral no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.⁵⁶ Y agregan que ambos extremos —(i) y (ii)— no impedirán que, previo acuerdo de las partes, el Tribunal falle con base en la equidad.⁵⁷

Una típica cláusula que ilustra sobre “las normas de derecho acordadas por las partes” es la contenida en el art. 10(5) del tratado argentino-alemán aprobado

⁵¹ “Ruckelshaus, Administrator, United States Environmental Protection Agency v. Monsanto Co.”, 467 U.S. 986, del 26/6/1984.

⁵² “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta”, Fallos: 269: 243 (1967): Cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de ellas, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede.

⁵³ En este sentido, Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 21 y ss.

⁵⁴ Ampliar en Bianchi, *Control...* cit., op. cit., t. I, p. 68-69.

⁵⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (aprobada por Ley del Congreso argentino 24.353), art. 42(1).

⁵⁶ Idem n. 56, art. 42(2).

⁵⁷ Idem n. 56, art. 42(3).

por ley 24.098. Ese artículo prevé que “[e]l [t]ribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional”.⁵⁸

En esta taxonomía de normas, la norma de rango superior parecería ser el propio tratado binacional y el tratado-marco al cual accede en el plano delegativo internacional,⁵⁹ sin perjuicio de la invocación, en su caso, de otros tratados vigentes. Ello pues es a la luz de aquél que se decidirá la controversia (“el tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado”), maguer la particularidad de que se hallen involucren otros tratados, lo cual no hace a la hipótesis anotada. De tal manera, en dicha jurisdicción arbitral internacional⁶⁰ y en el contexto de la cláusula reseñada, podría declararse la inaplicabilidad, al caso, de una norma — de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral— por los fundamentos que dicho tribunal invocare, emergentes de la normativa convencional internacional que gobernare la relación.⁶¹

Curiosamente, al así hacer — esto es, al inaplicar el tribunal arbitral, fundadamente, la norma de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, norma que colisiona con el tratado—, dicho tribunal llegaría, por una vía diversa, al mismo resultado que se alcanza cuando un tribunal de *common law* inaplica a un caso una norma, o cuando tribunal judicial argentino o norteamericano declara la inconstitucionalidad de una norma en un caso: la inaplicación, al caso o controversia, de dicha norma posterior.⁶² Va de suyo que lo propio podría ocurrir en el supuesto de inaplicación por razones de equidad.⁶³

⁵⁸ Cláusulas similares se hallan glosadas en Ymaz Videla, Esteban M., *Protección recíproca de inversiones extranjeras – Tratados bilaterales – Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 71.

⁵⁹ Sobre esta clase de delegación, cfr. Cassagne, Juan Carlos, “El Mercado Común del Sur: Problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación”, en su *Fragmentos de Derecho Administrativo – Entre la justicia, la economía y la política*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 179-199, esp. p. 183-186.

⁶⁰ Tomamos la expresión de Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo – La defensa del usuario y del administrado*, 6ta. ed., FDA, Buenos Aires, 2003, t. II, p. XVIII-14.

⁶¹ Se elabora esta hipótesis sobre la base de lo expresado por Bosch, Juan (h.), “La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con los inversores extranjeros”, en *E.D.*, t. 203, p. 967-980, esp. p. 980, cuando se refiere a los efectos de la pesificación y el congelamiento tarifarios –L. 25561, de emergencia- sobre los contratos de obras y servicios públicos.

⁶² “Gregolinsky y Cía.”, Fallos: 202: 184 (1945); “Rubén Lamenky”, Fallos: 264: 364 (1966).

⁶³ En este sentido, “Oilher, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto”, Fallos: 302: 1611 (1980). En contra: “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy”, Fallos: 155: 302 (1929), esp. cons. 10; “Machado de Morgat, Nélida Rosa y otro c/ Jorge Omar Morandi y otro”, Fallos: 303: 1137 (1981).

V Reflexiones finales

Los jueces no son árbitros.⁶⁴ Mas en muchos aspectos, como se vio en este trabajo, los árbitros ejercen una función equivalente a la que ejercen los jueces.

Ello habilitaría a los árbitros —especialmente, a los árbitros de derecho— para confrontar, dado un caso, a la luz de la taxonomía de normas aplicables —y en el ámbito interno la Constitución Nacional aparece como la norma de orden público por excelencia, como ya se dijo— la validez constitucional de aquella norma —posterior al momento de redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral— en tanto incida en la relación contractual específica; y para inaplicarla.

Asimismo, ya en el plano arbitral internacional, el juicio a la norma posterior que incide en el contrato permitiría, llegado el caso, arribar a una fundada inaplicación de aquella si fuere incompatible con la normativa convencional de rango superior vigente que rigiera la respectiva relación contractual, produciéndose, eventualmente, y en los hechos, un resultado similar al del párrafo precedente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SACRISTÁN, Estela B. Control de constitucionalidad en el arbitraje. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 41-52, jan./jun. 2014.

⁶⁴ “Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda”, Fallos: 321: 441 (1998), voto de los Dres. Moliné O’Connor y López; “Gonzalo, Cándido c/ Bernabé Vera, Alonso Alcaráz y otros”, Fallos: 190: 89 (1941).

Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo

Curso Singolo de Procedura pela Università degli Studi di Milano com o professor Enrico Tulio Liebman. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo nos biênios 1990/1992 e 1992/1994. Presidente da Associação Paulista do Ministério Público nos biênios 1986/1988 e 1988/1990. Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) nos biênios 1987/1989 e 1989/1991. Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, nos biênios 1990/1992 e 1992/1994. Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça nos biênios 1990/1992 e 1992/1994. Presidente da Comissão de Ingresso à Carreira do Ministério Público, de 1990 a 1994. Secretário da Administração e Modernização do Serviço Público do Estado de São Paulo e secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogado e Parecerista. Sócio Fundador do Escritório Dal Pozzo Advogados.

Palavras-chave: Administrador. Ordenamento jurídico. Improbidade Administrativa.

Sumário: **1** O problema jurídico – **2** A figura do administrador judicial no ordenamento jurídico brasileiro – **3** Dos denominadores comuns nos casos examinados – **4** Da livre-iniciativa no sistema constitucional brasileiro e a instituição do crédito – **5** Novamente – O administrador no Código de Processo Civil e na Lei nº 11.101/2005 – **6** Nomeação de administrador judicial em face de réus de ação por ato de improbidade administrativa ou por força de processo criminal – **7** Conclusões – Referências

1 O problema jurídico

Trata-se de se saber se ao juiz criminal que recebe denúncia por ato de corrupção ativa ou passiva (em concurso ou não com outros delitos) e que, em tese, caracterizaria também ato de improbidade administrativa, bem assim ao juiz cível que despacha inicial fundamentada neste último ilícito podem nomear administrador judicial para a empresa ou para gerir os bens pessoais e particulares dos réus ou corréus.

2 A figura do administrador judicial no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 Considerações iniciais

A figura do administrador no ordenamento jurídico brasileiro é prevista no Código de Processo Civil e na Lei Federal nº 11.101/05, que disciplina a recuperação judicial (antiga concordata) e a falência de comerciante.

2.2 O administrador no Código de Processo Civil

A figura do administrador aparece várias vezes ao longo do Código de Processo Civil¹ e é ele considerado um dos auxiliares do juiz (art. 139).

De um modo geral, a ele cabe a guarda e conservação de bens (penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados – art. 148), por cujo trabalho receberá remuneração fixada pelo juiz (art. 149) e ele responde por prejuízos causados dolosa ou culposamente à parte (art. 150).

O Código de Processo Civil ao administrador também se refere no art. 748 e seguintes, no Título IV, que cuida da Execução por Quantia Certa contra Devedor Insolvente (o estado de insolvência ocorre quando as dívidas excedem a importância dos bens do devedor – art. 748).²

O objetivo final do processo de execução contra devedor insolvente é o de pagar proporcionalmente os credores (art. 770) que se habilitarem (respeitadas as preferências legais – art. 768 e seguintes).

O pedido abre espaço para um processo de conhecimento, “fase em que o juiz identifica o estado patrimonial do devedor: quais seus bens, quais suas dívidas e quais as possibilidades de ele poder honrar seus compromissos, pagando suas dívidas”.³

Esse processo se encerra com uma sentença do juiz (art. 761), na qual nomeia um administrador (inciso I), cuja função é custodiar os bens de devedor (art. 763) após arrecadá-los (art. 766, I) e finalmente, quando for o caso, aliená-los em praça ou leilão mediante autorização do juiz (art. 766, IV).

Na execução contra devedor solvente (ou melhor, no cumprimento de sentença contra devedor solvente), pode surgir a figura do administrador quando o juiz conceder ao credor o usufruto de móvel ou imóvel, sempre que essa medida for menos gravosa ao executado (art. 716).

Todavia, essa decisão exige uma sentença do juiz e a nomeação recairá no credor se assim consentir o devedor, ou no devedor, aquiescendo o credor (art. 719).

No inventário, até que o inventariante preste compromisso, o espólio “continua na posse do administrador provisório” (art. 985), que exerce a representação judicial

¹ São vinte e oito vezes.

² O pedido de insolvência pode ser formulado por credor (art. 754) ou pelo devedor ou seu espólio (art. 759).

³ NERY; NERY. *Código de Processo Civil comentado*, p. 1309.

do espólio e “é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa” (art. 996). Mas esta situação específica é bem diversa das demais reguladas pelo Código de Processo Civil, porque aqui há falta daquele que então era o titular dos bens (o *de cuius*) e o espólio não pode ficar sem representação.

2.3 O administrador na Lei Federal nº 11.101/2005

Dispondo inicialmente sobre normas comuns à recuperação judicial e à falência, a lei em epígrafe determina que o administrador judicial sempre agirá sob a fiscalização do juiz e do Comitê de Credores (art. 22).

A recuperação judicial “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47).

Trata-se de situação jurídica que pode ser requerida pelo devedor (desde que preencha as condições do art. 48) ou “cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente” (art. 48, §1º).

No caso da recuperação judicial, o juiz deverá proferir duas decisões: a primeira para deferir ou não o processamento (art. 52) e a segunda para conceder a recuperação (art. 59, §1º).

Na falência também ocorre decisão judicial que a declara (art. 99) e que nomeia o administrador judicial (inciso IX).

3 Dos denominadores comuns nos casos examinados

Desde logo, duas coincidências entre as normas vistas, ainda que a *vol d’oiseau*, são detectáveis:

- (i) Em todos os casos a figura do administrador está prevista na legislação;
- (ii) Sempre o administrador tem tarefas determinadas e prazo para realizá-las.

Nas principais ocorrências — execução por quantia certa contra devedor insolvente, recuperação judicial e falência — o titular dos bens perde a administração porque entra em jogo um bem jurídico que é tutelado pela própria Constituição Federal — o *instituto do crédito*.

4 Da livre-iniciativa no sistema constitucional brasileiro e a instituição do crédito

O art. 1º da Constituição Federal anuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, dentre outros, a “livre iniciativa” (inciso IV, segunda parte).

Escrevendo sobre o tema, o saudoso Celso Ribeiro Bastos sublinha que: “Por outro lado, o livre empreendedor, aquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado, também tem que ter seu valor reconhecido, não podendo ser massacrado pelas mãos quase sempre pesadas do Estado”.⁴

Com efeito, apenas a livre-iniciativa se coaduna com um Estado que pretende não ser totalitário, despótico, absoluto, capaz de impedir que os cidadãos tenham a livre escolha de seu trabalho, de sua profissão — é um dos elementos constitutivos do Estado de Direito.

Justamente por essa razão é que o art. 5º, inciso XIII, assegura, como direito fundamental, o livre “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Trata-se, na lição de José Afonso da Silva, de uma garantia conferida ao cidadão: “o teor do dispositivo, de si, já demonstra que estamos diante de um simples *direito individual* e não daquilo que a doutrina chama liberdade do conteúdo social, pois que ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria *direito social*”.⁵

Por outras palavras: o cidadão brasileiro tem o direito subjetivo de exercer livremente — obedecidas as regulamentações legais — qualquer atividade, o que se resume em sua *livre-iniciativa*.

A Constituição Federal reforça o que houvera disposto nas normas já citadas:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. *É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A liberdade de escolha profissional e do trabalho produtivo é, pois, um direito individual do cidadão, que somente pode ser afastado em hipóteses expressamente previstas na lei e sempre que outro valor, de maior alcance social, reclama seu sacrifício.

Sobre o tema assim se expressa o jurista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau:

Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de especialmente valioso.⁶

⁴ BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 227.

⁵ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 257.

⁶ GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 242.

Mais adiante ainda assinala que “da *livre iniciativa* se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*”.⁷

Talvez no mesmo patamar da livre-iniciativa se situe o instituto do crédito, que é um dos mais poderosos instrumentos para a consecução daquela.

Tão importante é o crédito, que a Constituição Federal atribui sua fiscalização diretamente à União:

Art. 21. Compete à União:

VIII - administrar as reservas cambiais do País e *fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito*, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

A respeito, assim escreve Yves Gandra Martins:

O ato de administrar é amplo, devendo-se entender que abrange, inclusive, o de fiscalizar, que é espécie do gênero. Por esta razão, no concerne às operações de natureza financeira, como as de *crédito*, câmbio, capitalização, seguros e previdência privada, a União, constitucionalmente, tem a obrigação de fiscalizar, mesmo que realizada por outras entidades da Federação *ou por segmentos privados* (grifos nossos).⁸

5 Novamente – O administrador no Código de Processo Civil e na Lei nº 11.101/2005

Portanto, a Constituição Federal consagra o princípio da livre-iniciativa (um dos aspectos do direito de liberdade) e protege o quanto possível o instituto do crédito, dado seu inegável valor na sociedade capitalista, tenha esta o matiz que se pretenda — liberal, neoliberal, pós-liberal etc.⁹

Sem essa mola propulsora, a livre-iniciativa se reduziria à livre-iniciativa *dos poderosos* e o Estado Brasileiro não seria nem de Direito e muito menos Democrático — estaria em vigência a plutocracia.

E exatamente pela *tutela do crédito* é que a lei quebra as regras da livre-iniciativa e da livre disposição dos bens (que é seu corolário inexorável) em casos de insolvência (a que se resume, afinal a execução contra devedor insolvente, a recuperação judicial e a falência), ou seja, naquelas situações em que houve um sério abalo do crédito.

⁷ *Op. cit.*, p. 243.

⁸ MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 139.

⁹ Dizemos “o quanto possível” porque o Estado não pode e nem deve se imiscuir em todos os quadrantes da economia. Aliás, essa intervenção é extremamente limitada na CF de 88.

6 Nomeação de administrador judicial em face de réus de ação por ato de improbidade administrativa ou por força de processo criminal

Diante das premissas acima postas, essa nomeação é absolutamente inconstitucional, por várias razões:

- a) Fere o princípio da legalidade, expresso no art. 5º, II, da Constituição Federal;
- b) Fere também o princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal;
- c) Fere a garantia do devido processo legal para o cidadão se ver privado de sua liberdade e de seus bens consoante estatui o art. 5º, LIV, da Constituição Federal;
- d) Fere o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal);
- e) Não é estabelecido prazo e nem funções determinadas ao administrador.

6.1 O princípio da legalidade

Apanágio do Estado de Direito, o princípio da legalidade tem importância fundamental — “ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Despiciendo trazer à colação doutrina sobre a matéria, tão elementar ela se apresenta ao operador do Direito.

No caso que se examina, por se cuidar de uma gravíssima restrição e ferir de morte várias garantias constitucionais (enumeradas acima) a medida necessita, sem dúvida alguma, de norma legal que a torne juridicamente possível de ser decretada — e norma expressa.

Nem se pode entendê-la ínsita ao poder geral de cautela do Juiz de Direito, por essa mesma razão e porque se trata de medida que ao invés de se revestir de atributos acautelatórios, em verdade se reveste de caráter definitivo.

Ademais, o poder cautelar geral de que dispõem os magistrados encontra barreira intransponível nos direitos individuais consagrados pela Constituição Federal, eis que se assim não fora, as medidas liminares e cautelares nem precisariam de previsão legal, ficando à discricionariedade judicial a sua adoção, pondo em sério risco a segurança jurídica.

Ora, encartam-se no poder geral de cautela do Poder Judiciário aquelas medidas que são rebeldes a uma previsão antecipada pelo legislador, mas que dizem respeito a direitos disponíveis — o que não ocorre com o princípio da livre-iniciativa, que é uma das manifestações da liberdade, como se frisou acima.

6.2 Fere também o princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal e a garantia do devido processo legal – Art. 5º, LIV, da Constituição Federal

O primeiro tema já foi objeto de análise acima.

O inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal assim dispõe:

Ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

Comentando o dispositivo acima citado, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos esclarece que a Constituição anterior já tinha preceito análogo, mas acentua que a CF de 1988 fez muito bem em inserir na norma a expressão “devido processo legal”:

Outra novidade de monta é a referência à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do Direito Processual Penal. É oportuna essa inclusão. Embora o bem capital do homem continue a ser a liberdade, ninguém pode ignorar a importância representada pelo patrimônio na vida pessoal e familiar de cada um. Portanto, embora por vezes se faça presente que o Estado destitua alguém do domínio de determinado bem, é necessário que essa medida de extrema gravidade se processe com as garantias próprias do “devido processo legal”.

Não importa o título a que esteja ocorrendo esse perdimento. Ele pode, sem dúvida, dar-se pela prática de ilícitos administrativos ou sem qualquer fundamentação na ilicitude, como é o caso da desapropriação. O dispositivo em questão iguala, portanto tais hipóteses, dando a elas iguais direitos.¹⁰

O trecho transcrito calha à hipótese em estudo, como à mão, a luva.

Sem o *dues process of law*¹¹ — e não se pode a ele igualar a cognição superficial feita liminarmente pelo Juiz ao deferir medida cautelar *inaudita altera parte* — a Constituição Federal não permite que alguém seja destituído de seu bem.

Note-se que o constituinte se valeu da expressão “*privado de seus bens*”, ou seja, da propriedade ou da posse destes.

¹⁰ MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 284.

¹¹ O devido processo legal também é um dos pilares do Estado de Direito — tão importante quanto o princípio da legalidade, da divisão dos poderes, da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e da confiança legítima — e sua violação não pode ser admitida.

6.3 O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal)

O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal tem o seguinte teor:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Trata-se do antigo princípio *nulla poena sine culpa*: até que sejam sopesadas as razões do autor e as do réu e o magistrado conclua pela procedência da ação, este há de ser considerado inocente.

Como lembra o já tantas vezes citado, Celso Ribeiro Bastos, essa cláusula constitucional não impede que haja investigação e até mesmo prisão (eis a norma do inciso LXI do mesmo art. 5º: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei) — mas tratando-se de outra matéria, como a propriedade privada, a presunção de inocência há de prevalecer até o final, para se conciliar este tema com o do inciso LIV do mesmo art. 5º e acima examinado.

Eis a palavra do jurista:

A presunção de inocência é uma constante no Estado de Direito. Ele chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário.¹²

Aliás, prova essa que cabe ao acusador.

6.4 Ausência de prazo e funções determinadas ao administrador

Como já demonstramos acima, o administrador judicial na execução contra devedor insolvente, na recuperação judicial e na falência são nomeados para termo certo e funções que a lei especifica.

No caso que se examina a experiência demonstra — circunstância que pode até mesmo ser considerada como se fora um fato notório — o processo no Brasil tem enorme longevidade, apesar da garantia do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

¹² *Op. cit.*, p. 299.

Sobre o tema já escrevemos:¹³

Seguindo os passos da União Europeia, que aprovou a Carta Europeia dos Direitos Humanos (CEDU), a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, deu a seguinte redação ao inciso LXXVIII do art. 5º da CF:

*LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*¹⁴

Certamente as decisões dos órgãos jurisdicionais irão formar a jurisprudência sobre o que se deva entender por “duração razoável”.

Em caso de duração excessiva, o interessado deve se valer do disposto no art. 102, §1º da CF:

Art. 102 ... (omissis)

§1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.¹⁵

Trata-se de uma norma de extrema importância, a do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, pois a justiça que tarda demasiadamente é a mais terrível forma de injustiça — e, infelizmente, no Brasil, essa é uma realidade constante.¹⁶

Assim sendo, a medida cautelar acaba sendo uma medida praticamente definitiva e que certamente durará anos e anos a fio.

De outro lado, quais os poderes do administrador?

¹³ DAL POZZO. *Teoria geral de direito processual civil*, p. 86.

¹⁴ O §1º do art. 6º da CEDU, sob o título “Direito a um processo equânime”, dispõe: “toda pessoa tem direito que sua causa seja examinada de modo equânime, publicamente e dentro de um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, constituído pela lei, o qual decidirá seja as controvérsias sobre seus direitos e deveres de natureza cível, seja o fundamento de toda acusação penal que lhe seja feita” (*apud Lineamenti del processo civile di cognizione*, primeira página, nota de rodapé n. 1).

¹⁵ Os países que integram a União Europeia se submetem, em caso de violação da norma do CEDU, à Corte Europeia, com sede em Strasburg, na França. Tarzia noticia algumas decisões a respeito da duração não razoável do processo, como aquela em o processo permanece por mais de três anos sem que alguma atividade instrutória (referente à produção de provas) já tenha sido realizada (*op. cit.*, p. 13, nota de rodapé n. 28).

¹⁶ A duração excessivamente longa do processo tem sido debitada, dentre outros fatores, principalmente ao Direito Processual Civil, que ensejaria mecanismos para que o réu prolongasse indefinidamente a causa. Há um pouco de verdade nessa afirmação. Mas, muito pouco. Na verdade, o grande responsável pelo número imenso de processos nos juízos e tribunais brasileiros é o direito material, que não traz consigo regras sérias para desestimular o seu descumprimento. A impunidade pelo sucessivo e constante descumprimento da lei é a grande e verdadeira responsável pela quantidade absurda de processos em andamento. Basta dizer que, por mais que se reformule o pobre do Direito Processual, ele jamais impedirá o volume de demandas, que impedem a celeridade processual. Discorrendo sobre o Código de Processo Civil da Itália de 1940 (que entrou em vigor em 1942 e substituiu o de 1865) Liebman recorda das profundas e férteis discussões que se travaram antes de sua aprovação, das quais participaram, dentre outros, Chiovenda e Calamandrei. Todavia, à aprovação do Código não se seguiu a devida reestruturação da Magistratura e das estruturas dos órgãos judiciais — e toda crítica, injusta e indevida, recaiu sobre o Código de Processo, seguindo-lhe inúmeras leis que tentaram “corrigir” o que nada tinha a ver com o aspecto legal do processo (*op. cit.*, p. 44). No Brasil, infelizmente o mesmo ocorre: o Código de 1974 é um excelente corpo de leis processuais civis e tudo quanto foi feito após teve por objeto não a evolução dos institutos (salvo raríssimas exceções), mas buscar soluções rápidas para os litígios, rapidez essa que às vezes atenta contra a segurança jurídica e o próprio Estado de Direito Brasileiro. Muitas vezes são “novidades” que nem mesmo amadureceram o suficiente no calor dos debates de pessoas que realmente entendem do que dizem.

Realizar uma gerência total da empresa? Mas com que *know-how*? Pessoas que lidaram muito tempo com a empresa e que dominam a técnica do mercado (comprador e fornecedor) e que detêm a verdadeira expertise empresarial ficam de fora, assistindo, impotentes a derrocada de seus bens.

Ora, uma coisa é punir (civil e criminalmente) aqueles que praticam atos ilícitos e que estão no passado — outra, muito diversa, é projetar essa punição para o futuro, provocando verdadeiro problema social e também à própria empresa, com a perda de máquinas e equipamentos financiados, desemprego, inadimplemento em face dos fornecedores etc.

Que o Estado exerça o seu poder-dever de fiscalização sobre as atividades presentes e futuras daqueles que estão sendo processados — mas que não promova a sua falência.

7 Conclusões

Pelas razões e fundamentos vistos, a nomeação de administrador judicial para gerir empresa ou o patrimônio individual de réus em processos criminais por delitos de corrupção ativa ou passiva ou em processos cíveis por ato de improbidade administrativa é medida absolutamente inconstitucional.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. *Teoria geral de direito processual civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. Malheiros, 2002.
- MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, t. I.
- NERY, Nelson; NERY Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 13. ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 53-62, jan./jun. 2014.

Breve ensaio sobre o *project finance* como instrumento facilitador das parcerias público-privadas

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Especialista em Direito Empresarial PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Presidente da Comissão de Direito da Infraestrutura da OAB/PR. Professor convidado da Universidade de La Plata (Argentina) e Universidade de San Nicolas de Hidalgo (México). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Positivo. Vice-Presidente do Foro Mundial de Jovens Administrativistas (México). Membro fundador do Brazil Infrastructure Institute. Membro fundador do Instituto de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo e do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro do Instituto Ibero-americano de Jovens Juristas. Conselheiro Estadual eleito da OAB/PR. Advogado. Autor das obras *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*; e *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial* (Ed. Fórum).

Rafael Porto Lovato

Pós-Graduando LLM em Direito Empresarial pela Escola de Gestão da Indústria (FIEP). Pós-Graduando em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Positivo. Membro da Comissão de Advogados Iniciantes da OAB/PR. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Membro Fundador do Brazil Infrastructure Institute. Advogado.

Palavras-chave: *Project finance*. Parcerias público-privadas. *Trobriand Cricket*.

Sumário: **1** Advertência inicial – O caso *Trobriand Cricket* – **2** O *project finance* – Conceito e características básicas – **3** O *project finance* nas parcerias público-privadas – Uma análise no Direito brasileiro – Referências

1 Advertência inicial – O caso *Trobriand Cricket*

Importante ressaltar que aproveitamento de um instituto alienígena no sistema pátrio deve sempre ser realizado com a devida cautela, não apenas em relação às questões legais a ele pertinentes, mas fundamentalmente para as questões históricas e sociais que consolidaram as bases para o seu surgimento. Dessa forma, quão menos harmônicos se mostrarem o sistema jurídico e a cultura do local de origem do instituto que se quer importar, maior será o trabalho de aproveitamento do seu objeto em ambiente nacional.

Dito isto, naturalmente as inovações trazidas de outros sistemas jurídicos devem necessariamente passar por um processo de adaptação no âmbito interno, observando-se atentamente a possibilidade de incorporação e implementação das soluções desenvolvidas em outras ordens sociais.

Assim, e para ilustrar a tentativa de aproveitamento das experiências estrangeiras do *project finance* no ordenamento nacional, traz-se importante lembrança de Marçal Justen Filho, que, ao tratar da transposição de um instituto jurídico estranho a uma outra ordem interna inteiramente diversa, apresenta o fenômeno diagnosticado pelos antropólogos como *Trobriand Cricket*:

A expressão deriva do título de um famoso documentário rodado por Jerry W. Leach e Gary Kildea, e que obteve enorme sucesso em todo o mundo. No início do século XX, missionários ingleses chegaram às Ilhas Trobriand, em Papua-Nova Guiné. Ficaram chocados com alguns dos hábitos dos nativos, especialmente com os seguidos e sangrentos combates entre os moradores de ilhas diversas. Como forma de canalizar as divergências, resolveram introduzir a prática do críquete, esporte britânico de grande formalismo e tradição.

Em 1974, o documentário revelou a nova *realidade* das Ilhas Trobriand. O críquete tinha sido objeto de um processo de aculturação marcante. Em primeiro lugar, eliminou-se o número máximo de jogadores. Todos os habitantes da ilha participavam do *jogo*. A disputa era precedida e acompanhada de danças e cantos rituais, com os jogadores portando pinturas de guerra. Adotou-se a regra de que a equipe do local em que se realizava o confronto era *sempre* a vencedora. Os árbitros passavam a ser os feiticeiros da tribo local, os quais lançavam, enquanto a disputa ocorria, encantamentos para destruir os adversários.

A expressão *Trobriand Cricket* passou a ser utilizada, no âmbito da Antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis.¹

Assim, tendo como premissa básica evitar uma análise jurídica despreocupada no estudo da internalização do *project finance* à realidade brasileira, buscar-se-á, sempre que possível, ambientar as suas disposições àquelas encontradas no ordenamento pátrio, de modo a construir uma noção geral da sua possível aplicabilidade, em especial, nas modalidades de concessões que revestem as denominadas parcerias público-privadas.

Nesse sentido, e depois de apresentada esta breve advertência, cabe analisar as nuances do instituto denominado *project finance*.

¹ JUSTEN FILHO, 2002, p. 287.

2 O *project finance* – Conceito e características básicas

No tratamento doutrinário e na prática comercial — nacional e internacional — são encontradas uma infinidade de expressões relacionadas ao possível conceito de *project finance*. Nesse sentido é possível destacar o uso dos termos anglo-saxões *project-oriented finance* e *project financing*,² e no âmbito interno a tropicalização dos vocábulos internalizada como *projeto financeiro*, *financiamento-projeto*,³ *financiamento de projetos*,⁴ ou, ainda, *financiamento estruturado*.⁵

Nessa pluralidade de rótulos, vale destacar que a terminologia mais utilizada ainda é *project finance*, sem prejuízo das demais expressões utilizadas para denominar o instrumento de engenharia financeira aqui abordado, certo que, a despeito da sua origem na língua inglesa, estes termos corriqueiramente acabam plenamente incorporados à prática mercantil — e jurídica — sem a necessidade de traduções literais.⁶

Com o especial fim didático de padronizar a utilização do termo, adotar-se-á, neste breve ensaio, sempre que possível, a expressão *project finance*.

O desenvolvimento desse instituto se deu inicialmente no Reino Unido, ainda no início da década de 1970.⁷ Nos países em desenvolvimento a sua manifestação tardou um pouco a acontecer, pois sua política interna impedia confiarem seu crescimento a mecanismos de mercado e no setor privado para fornecer investimentos.⁸ Porém, com a aprovação do PURPA (*Public Utility Regulatory Policy Act*, ou Lei de Política de Regulamentação de Serviços Públicos) no ano de 1978, nos Estados Unidos, tais movimentos tomaram impulso.⁹

No Brasil, o financiamento de projetos foi importado paulatinamente no momento áureo das privatizações (1990-2000), após a constatação de bons resultados dessa

² BORGES, 2002, p. 243.

³ BORGES, *loc. cit.*

⁴ ENEI, 2007.

⁵ VELLUTINI, 2006, p. 1.

⁶ Egon Bockmann Moreira ressalta esse fenômeno ao apontar que a partir da década de 1990 o Direito Administrativo brasileiro perdeu o seu “sotaque francês” e passou a se comunicar com forte acento anglo-saxão, sendo que muitas dessas expressões tiveram a sua origem não no âmbito jurídico, mas sim na prática contratual e financeira (2010).

⁷ Muito embora o uso recente do *project finance* tenha como marco cronológico o começo da década de 1970, quando houve pelo Reino Unido investimentos pesados para a expansão das suas plataformas continentais para exploração de derivados de petróleo e a ampliação dos sistemas de oleodutos, existem registros de experiências rudimentares muito mais antigas, tal como a negociação de empréstimos da Coroa Britânica com bancos de investimentos italianos para o desenvolvimento de minas de extração de prata na região de Devon, no século XIII (FINNERTY, 1999, p. 4), ou ainda manifestações consideravelmente mais remotas, conforme aponta Fernão Justen de Oliveira: “Existe notícia da adoção de mecanismos de financiamento embrionários ao *project finance* desde o século V a.C. em Atenas, onde se reconhecia uma forma de dívida unicamente pagável pelos resultados da venda de determinada carga, sendo que o risco integral era do empreendedor, já que o empréstimo não era reembolsável em caso de perda da carga” (2007, p. 81-82).

⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 1999, p. 2.

⁹ FINNERTY, 1999, p. 5.

modalidade de estruturação de financiamento na experiência estrangeira. Nesse aspecto, destaca José Virgílio Lopes Enei:

Somente a partir dessas privatizações iniciadas na década de noventa, coincidindo com a intensificação do processo de globalização, [...] o financiamento de projetos encontrou um ambiente propício à sua adoção e disseminação no Brasil.¹⁰

O progresso econômico e social do país dependia de aperfeiçoamentos na construção, operação e manutenção na infraestrutura nas áreas de transporte (aeroportos, ferrovias, rodovias, portos), geração de energia (usinas hidroelétricas, termelétricas, e de geração de energia eólica e solar), saneamento básico (serviços de água e esgoto) e telecomunicações (telefonia fixa, móvel, banda larga). De outro lado, a crescente redução das intervenções econômicas estatais naqueles segmentos exigiam comprometimento significativo de recursos públicos e um longo prazo de maturação, o que obrigou os investidores a rever suas estruturas operacionais nessa modalidade de empreendimento, sendo necessário arquitetar estruturas negociais diferenciadas.

As atenções voltaram-se ao *project finance*, pois era uma alternativa através da qual os seus investidores, sejam eles entes privados ou públicos, poderiam apontar de maneira precisa quais os riscos a serem assumidos — bem como a definição do seu respectivo retorno — no desenvolvimento de determinado empreendimento, tendo como garantia principal a realização de um fluxo de caixa predefinido.

Porém, seu conceito não é simples. Como bem aponta José Virgílio Lopes Enei, o financiamento de projetos seguiu o mesmo curso de uma série de outros institutos do Direito comercial: teve como seu nascedouro a prática no comércio, para então somente tornar-se alvo de estudo do Direito.¹¹ Assim, faz-se imprescindível para a conceituação do instituto o exame sob a ótica de dois prismas distintos, o econômico e o jurídico.

Ao buscar uma conceituação de financiamento de projetos sob um ponto de vista estritamente econômico define o autor:

[...] financiamento de projetos é uma técnica de colaboração financeira por meio da qual, de um lado, o empreendedor pode captar recursos para viabilizar um projeto sem expor o seu patrimônio total ou balanço, ou expondo-se em menor grau, ao endividamento oriundo do financiamento, e, de outro, o financiador externo pode conceder um empréstimo vinculado à exploração de certos projetos, satisfazendo-se essencialmente com a capacidade de geração de receitas, e ativos alocados ao projeto, como fontes primárias ao pagamento.¹²

¹⁰ ENEI, 2007, p. 99.

¹¹ ENEI, 2007, p. 15-16.

¹² *Ibid.*, p. 38.

É, portanto, uma técnica de engenharia financeira calcada na projeção da lucratividade do fluxo de caixa dos ativos do projeto, sendo esta a principal fonte de recursos para o adimplemento das obrigações assumidas perante os agentes financiadores. Assim, caberá a utilização do *project finance* em sua forma pura naqueles casos em que “uma determinada instalação ou um conjunto de ativos relacionados forem capaz de funcionar de forma lucrativa como unidade econômica independente”.¹³

Por outro lado, sob uma perspectiva jurídica o financiamento de projetos pode ser definido como:

[...] uma rede de contratos coligados que, alocando riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou preponderante, as receitas e bens do próprio empreendimento financiado.¹⁴

É o caso do desenvolvimento de atividades através da criação de uma sociedade de propósito específico, dentro da qual será firmada uma série de contratos entre os diversos atores do empreendimento com o fim comum de segmentar os riscos contratuais que cada um poderá gerenciar de maneira mais eficiente, securitizando assim os recebíveis oriundos da expectativa de retorno futuro das receitas do projeto, e garantindo um resultado ótimo ao pagamento dos empréstimos.

Tomando em conta essa dualidade de perspectivas, empresta-se a lição de Renato Seixas, para demonstrar a complexidade do instituto:

As estruturas de *project finance* foram desenvolvidas para conciliar, coordenar e vincular os interesses dos diversos investidores à realização de um objetivo comum, a saber, a implantação, operação e manutenção do projeto. Essas estruturas, quando bem planejadas, segregam os riscos e benefícios do projeto e os distribuem entre os diferentes participantes e investidores conforme seus respectivos interesses, de modo que todos fiquem confortáveis com os riscos que aceitam correr para obter os benefícios específicos que esperam do projeto”.¹⁵

Nesse sentido, conceitualmente, esse instrumento de engenharia financeira pode viabilizar um sem número de projetos até então de difícil concretização no setor público, desde que atendidos os requisitos de sua aplicabilidade, conforme se demonstrará a seguir.

¹³ FINNERTY, 1999, p. 1.

¹⁴ ENEI, 2007, p. 38-39.

¹⁵ SEIXAS, 2007, p. 31-32.

2.1 Diferenciação entre o financiamento de projetos e o financiamento corporativo

Os então chamados financiamentos corporativos (*corporate finance*) possuem suas garantias de adimplemento em função da análise do balanço financeiro (*balance sheet*) da própria companhia aos agentes financiadores, e não do projeto por si só. Nesse sentido, a reputação do patrocinador (*sponsor*) no mercado e um bom histórico junto às instituições financiadoras podem determinar a obtenção de boas taxas de juros, mas ainda assim exigem um comprometimento significativo do patrimônio da sociedade empreendedora. Para Luiz Ferreira Xavier Borges e Viviana Cardoso de Sá e Faria:

O termo financiamento corporativo significa a concessão de crédito calçada em uma abordagem tradicional de análise de instrumentos de garantia. Ou seja, avaliação usual de crédito em função do histórico, do balanço patrimonial e, principalmente, da reputação do tomador do crédito. Adicionalmente, utilizam-se garantias normais, como: patrimônio, carta de fiança e demais ativos oferecidas pelos acionistas e/ou avalistas. Nesse caso, a preocupação dos credores limita-se à capacidade financeira dos devedores em saldar as suas dívidas e, a princípio, não há nenhuma preocupação em relação à alocação dos riscos.¹⁶

Se no financiamento corporativo as garantias são fornecidas inteiramente pela empresa acionista do projeto, no *project finance* ela se dá através da vinculação do próprio projeto, a exemplo da previsão de receitas, ações, ativos e contratos oriundos do seu desenvolvimento.¹⁷

O foco para a análise do financiamento nessas duas categorias oscila entre a verificação da viabilidade de retorno financeiro do projeto através de seu fluxo de caixa (financiamento de projetos), ou da solidez econômico-financeira do patrocinador (financiamento corporativo).

Nesse sentido é o apontamento da International Finance Corporation, braço de investimentos do Banco Mundial (World Bank):

No financiamento corporativo, se um projeto falha, seus financiadores não necessariamente sofrem, desde que a companhia proprietária do projeto mantenha-se financeiramente viável. No financiamento de projetos, se um projeto falha, investidores e credores podem esperar perdas significativas. O financiamento de projetos beneficia primariamente setores ou indústrias nos quais projetos podem ser estruturados como uma entidade segregada, separada dos seus patrocinadores.¹⁸

¹⁶ BORGES, 2002, p. 244.

¹⁷ VELLUTINI, 2006, p. 1.

¹⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 1999, p. 5, tradução nossa.

A diferença entre o financiamento de projetos e o empréstimo convencional reside no apontamento que, ao invés de considerar a carteira de ativos de uma companhia para estimar o cálculo da taxa de juros aplicados aos valores emprestados, no financiamento de projetos a atenção é passada a uma sociedade de propósito específico, constituída especialmente para a consecução do projeto em questão, não havendo assim uma contaminação dos riscos de uma atividade em relação à outra. Ressalta John D. Finnerty:

A característica fundamental que distingue o *project finance* dos demais financiamentos é que o projeto é uma entidade jurídica distinta; ativos do projeto, contratos a ele relacionados e o fluxo de caixa do mesmo são segregados em grau substancial da entidade patrocinadora. A estrutura de financiamento é projetada de forma a alocar retornos financeiros e riscos com maior eficiência do que a estrutura do financiamento convencional.¹⁹

Havendo a criação de uma entidade jurídica própria verifica-se uma espécie de blindagem dos ativos a eles atrelados, pelo menos em tese, podendo os partícipes do projeto desenvolver a mitigação de riscos dentro do próprio empreendimento e não nas demais atividades exercidas pelos patrocinadores. Para tanto, o projeto deverá ser exclusivo, bem como ter um valor intrínseco independente das demais atividades desenvolvidas pelos patrocinadores.²⁰ O risco principal é passado dos patrocinadores do projeto aos agentes financiadores, que terão de fazer uma análise acurada dos contornos do projeto de modo a salvaguardar seus próprios interesses.²¹

Assim, com o objetivo de oferecer-se uma alternativa às modalidades convencionais de obtenção de recursos, o financiamento de projetos é elaborado tomando-se em conta as especificidades de cada empreendimento de maneira individualizada, não sendo possível apresentar um modelo único de estruturação.

Essa customização nas operações é elaborada *taylor-made* de modo a abarcar os mais distintos contornos do *project finance* a ser implementado, o que exige um grau de flexibilidade razoável entre os partícipes responsáveis pela arquitetura desta estruturação. Muito embora seja identificável uma pluralidade de formatações, a doutrina tende a apontar algumas características comuns entre todas essas estruturas, sendo relevante para fins deste ensaio a indicação de algumas classificações úteis ao tema proposto.

¹⁹ FINNERTY, 1999, p. 2.

²⁰ AZÚA, 2002, p. 19

²¹ “Se no financiamento tradicional ou corporativo os riscos são assumidos quase integralmente pela solidariedade dos sócios, no *project finance*, onde (teoricamente) eles são dispensados de coobrigação e o projeto é segregado em uma SPE, são os financiadores que assumem o maior risco ao financiar o projeto em proporções muito acima da participação de capital próprio (*equity*)” (BORGES, 2006, p. 22).

2.2 Segregação do empreendimento

Quando da idealização do *project finance* como meio de fomentar projetos de alta complexidade, custos vultosos e que demandassem a colaboração de vários atores nas mais diversas áreas de sua execução, fez-se forçoso que os riscos atinentes à atividade estivessem sistematicamente alocados dentro de outros projetos desenvolvidos pelos seus partícipes de forma individual, preservando assim os riscos do projeto financiado.

Por conseguinte, o primeiro traço distintivo para a constatação de um financiamento de projetos, em contraponto às formas usuais de estruturação de empreendimentos, é o desenvolvimento segregado dos seus fins em relação a outros negócios assumidos pelos patrocinadores.

Para tanto, e tomando como base a experiência estadunidense das *corporate joint venture* (companhias formadas separadamente do corpo das suas controladoras),²² desenvolveu-se na prática estrangeira o instituto da sociedade de propósito específico, tendo em sua concepção o ideal de ser uma entidade jurídica criada especificamente para a exploração do determinado projeto, o que foi prontamente adotado no âmbito do *project finance*.

Ao tratar das características do financiamento de projetos, aponta José Eduardo Manassero:

[...] são as sociedades de propósito específico (SPE), que delimitam com precisão o objeto do empreendimento, isolando o risco e o retorno de outras atividades dos *sponsors*, compartimentando com muita precisão o risco do investimento, de forma que os investidores, financiadores, e demais participantes tenham a total dimensão e transparência da operação.²³

Na análise do instituto do risco do negócio²⁴ é sabido que quanto maior for o número de fatores variáveis acerca de um determinado projeto (riscos de conclusão, tecnológicos, de suprimento de matérias-primas, econômicos, financeiros, cambiais, políticos, ambientais e de força maior),²⁵ maiores serão os custos a serem compartilhados e pulverizados frente a seus patrocinadores.

Outra propriedade a ser destacada nas SPE diz respeito à sua estrutura societária. A sociedade de propósito específico, em si, não possui positividade como tipo

²² GUIMARÃES, 2002, p. 131.

²³ MANASSERO, 2008, p. 63.

²⁴ “Com efeito, a álea reside no fato de que o empresário, mesmo participando da gestão social, não tem domínio total sobre as variáveis que podem influir positiva ou negativamente sobre os resultados da atividade empresarial ou do empreendimento, podendo, por conseguinte, ser chamado a responder por perdas fora de seu controle ou de sua previsão” (ENEI, *op. cit.*, p. 152).

²⁵ FINNERTY, 1999, p. 39.

societário na legislação pátria, e na verdade “estará inculpada dentro de uma das formas societárias pré-existentes no direito brasileiro”, de modo que “o tipo societário escolhido (S/A, Ltda., ou outro) para agasalhar a SPE desempenharia uma função instrumental em testilha com o contrato preliminar e subjacente utilizado para a sua efetiva criação”.²⁶

Na prática mercantil verifica-se que comumente são constituídas sob a forma de sociedades anônimas (responsabilidade limitada ao valor do capital subscrito e integralizado pelos sócios), e apenas de forma excepcional sob a forma de sociedades limitadas (responsabilidade limitada à fração constituída do capital social),²⁷ não excluindo de forma alguma a possibilidade de constituição sob a roupagem de outros tipos societários.

Assim, pode-se afirmar de forma sucinta que a segregação do empreendimento através da constituição de uma sociedade poderá: (i) desmembrar os riscos do empreendimento das demais atividades desenvolvidas pelo patrocinador, (ii) captar recursos sem gerar o endividamento da sociedade originária, bem como (iii) permitir um melhor monitoramento da execução do projeto em si e do gerenciamento de todas as suas variáveis.²⁸

2.3 Alavancagem financeira

Entre os objetivos primordiais na estruturação de um empreendimento através do método de financiamento de projetos está a potencialização das formas de obtenção de recursos externos com o fim de viabilizar economicamente atividades de alto custo de implementação. Muitas das vezes não há por parte do patrocinador o

²⁶ GUIMARÃES, 2002, p. 134.

²⁷ “Nas S.A. cada acionista é responsável, em caso de insolvência da sociedade, pelo valor do capital social por ele subscrito e não integralizado. Apesar do maior custo de manutenção das S.A., opta-se costumeiramente por esse tipo de sociedade por conta da facilidade de acesso ao mercado de capitais, que aumenta o leque de alternativas para a captação de recursos. Com efeito, além de terem que dar publicidade de seus resultados financeiros, e por isso serem mais ‘transparentes’ ao mercado, possibilitam o melhor compartilhamento dos riscos de capital entre os acionistas em comparação com os quotistas das sociedades limitadas” (MANASSERO, 2008, p. 63).

²⁸ Ao contextualizar o instituto da SPE no sistema jurídico brasileiro, e especialmente após a entrada em vigor da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual introduziu o Código Civil no ordenamento pátrio, merece nota a incorporação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, regra positivada de forma expressa no artigo 50 do supramencionado dispositivo legal. Quanto aos efeitos desse instituto nas SPE explica José Edwaldo Tavares Borba: “A S.P.C. ou S.P.E. corresponde a uma hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica, tanto que essas empresas, quando são constituídas, o são, única e exclusivamente, para desenvolver uma ação ou um projeto de interesse exclusivo de seu controlador. [...] Pode-se, todavia, entender que a S.P.E. cumpre todas as suas obrigações e não vem a causar dano a ninguém, não haveria qualquer contra-indicação jurídica na sua formulação. Verificando-se, porém, a insolvência ou o inadimplemento da S.P.E., a desconsideração da personalidade jurídica seria a consequência inevitável, posto que todas as obrigações seriam, por si mesmas, imputáveis à controladora. A S.P.E. pode, portanto, ser considerada uma fórmula adequada para o desenvolvimento autônomo de determinado projeto, mas afigura-se de todo imprescindível para reduzir ou excluir as responsabilidades do grupo controlador” (2008. p. 33-34).

interesse ou a disponibilidade em arcar com a integralidade dos custos do projeto. Dessa maneira, o grau de endividamento torna-se um item de atenção indispensável aos envolvidos no desenvolvimento do projeto.

A alavancagem financeira de um empreendimento nada mais é senão “o emprego de capital de terceiros, captado por meio da contratação de empréstimos (mútuo mercantil)”,²⁹ ou seja, a relação entre o endividamento obtido junto a terceiros e o valor aportado pela própria sociedade para a consecução de determinado empreendimento.

A sua otimização traduz-se pela capacidade de gerar dividendos através do uso eficiente de valores obtidos junto aos agentes financeiros, emissão de ações, ou, ainda, mediante outras práticas próprias do mercado, a exemplo da emissão de debêntures, notas promissórias, securitização de recebíveis, emissão de *bonds*, *credit facilities*, *brigde loans*, acesso ao mercado de capitais (local e internacional) pela *Initial Public Offering* (IPO),³⁰ sem que o seu grau de endividamento suplante o exercício da atividade em questão.

Na formatação do financiamento de projetos verifica-se claramente a prevalência do endividamento frente ao aporte de quantias significativas oriundas do próprio patrimônio dos interessados no desenvolvimento do empreendimento. Muito embora em tese seja possível a verificação de casos de financiamento integral do empreendimento (100% de *debt*) — a exemplo do que poderia acontecer em empreendimentos mais simples e de menor porte —, na sua maioria esmagadora os empreendimentos albergados por essa modalidade de estruturação trabalham com financiamento externo de 70% a 80% do valor total do projeto, sendo o valor restante assumido através de contribuição dos ativos dos patrocinadores (*equity*).³¹

Ao tratar das vantagens da estruturação pelo financiamento de projetos, apontam Luiz Ferreira Xavier Borges e Viviana Cardoso de Sá e Faria:

Essa modalidade de financiamento proporciona uma significativa alavancagem financeira para os acionistas, possibilitando que eles participem de diversos projetos, comprometendo um reduzido volume de capital, oferecendo a possibilidade de diversificação de sua carteira de projetos e o aumento do retorno sobre o capital investido, desde que o custo da dívida (líquido do impacto do imposto de renda) seja inferior ao retorno do projeto sem dívidas. [...] Portanto, as vantagens para o acionista privado também se convertem em vantagens para o Estado, uma vez que o *project finance* se trata de uma forma de alavancar investimentos em áreas nos quais os altos montantes envolvidos, os diversos riscos e o longo prazo de maturação são fatores limitadores para que a iniciativa privada comprometa seu capital.³²

²⁹ ENEI, 2007, p. 18.

³⁰ MANASSERO, 2008. p. 62.

³¹ MONTEIRO FILHA; CASTRO, 2000, p. 119

³² BORGES, 2002, p. 270.

Assim, outro efeito decorrente do aumento da alavancagem financeira que merece ser ressaltado é a possibilidade de diversificação de investimentos em várias frentes pelos patrocinadores da atividade, haja vista a possibilidade de se dar múltiplas destinações ao capital de que dispõe, sem que uma significativa parcela deste capital tenha que ser destinada exclusivamente a este ou aquele empreendimento.³³

Para que ocorra máxima efetividade nos resultados faz-se necessária grande flexibilidade na negociação dos interesses envolvidos no projeto, sob pena de engessamento das tratativas, ou, pior, frustração do seu objeto frente a todos os interessados. É dizer, importante que os prazos de vencimentos das dívidas, bem como a data estabelecida para resgate de títulos, sejam atribuídos sob medida de acordo com as peculiaridades do projeto em questão — entenda-se aqui, aquele momento em que seja possível gerar receita com a exploração do projeto —, a fim de que a alavancagem financeira seja utilizada eficientemente.³⁴

2.4 Financiamento garantido pelo empreendimento

Como visto, a assunção de dívidas pela SPE constitui caráter indissociável ao *project finance*, e é essencial a captação de recursos para a consecução do projeto. Neste aspecto é necessário dar atenção especial aos contornos das garantias prestadas em favor dos financiadores externos, sob pena de sua estruturação não atender a finalidade do objeto proposto.

Portanto — e talvez este constitua um de seus maiores atrativos — o financiamento de projetos inova ao oferecer como garantia principal dos financiamentos externos o próprio fluxo de caixa a ser gerado quando da exploração do projeto.

Pelo fato de a SPE não ter nenhum registro de atividades mercantis ou financiamentos anteriores, os agentes financeiros deverão tomar em conta critérios bem diferentes daqueles analisados para a concessão de mútuos convencionais, nos quais

³³ “A principal vantagem do *Project Finance* é a possibilidade de alavancar o capital privado para que o mesmo seja investido em vários projetos, ao invés de comprometê-lo inteiramente em um só (ou uns poucos) projeto(s)” (VELLUTINI, 2006, p. 1).

³⁴ Naqueles projetos que envolvam a participação da Administração Pública por intermédio das parcerias com os patrocinadores cabe especial atenção à limitação legal de endividamento dos entes federados imposta pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Segundo essa lei, o Ministério da Fazenda deverá verificar o cumprimento dos limites e condições das *operações de crédito* (artigo 32, *caput*), entendendo-se aqui como todo “compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros” (artigo 29, inciso III). Assim, todo financiamento de projetos em que houver operações de crédito assumidas por qualquer dos entes da federação deverão atentar-se às seguintes exigências: “(i) a comprovação de previsão orçamentária ou lei específica para a contratação; (ii) inclusão dos recursos no orçamento ou em créditos adicionais, exceto no caso de ARO; (iii) observação dos limites de endividamento fixados pelo Senado; (iv) autorização do Senado no caso de operação de crédito externo; (v) atendimento do inc. III do art. 167 da CF (regra de ouro, pela qual a dívida não pode ultrapassar as despesas de capital), e (vi) observância das demais restrições contidas na LRF (arts. 35, 36, 39 e 2º, II)” (NOGUEIRA, 2010, p. 218).

a verificação da reputação, solidez financeira e histórico da sociedade financiada mostram-se suficientes.³⁵ Esse é o grande fundamento do desenvolvimento do financiamento de projetos,³⁶ a análise de concessão do crédito “exige um grau mínimo por parte dos agentes financeiros quanto à capacidade de o projeto gerar lucros e receitas suficientes para manter-se em operação e pagar o financiamento no longo prazo”.³⁷

As vantagens dessa forma de financiamento incluem: a) um menor grau de endividamento da sociedade patrocinadora controladora da SPE; b) a não assunção de um grau de endividamento que obste a aplicação desses recursos em outros projetos; e c) a não exposição da sociedade patrocinadora à responsabilidade pela integralidade do mútuo contratado.³⁸

Como já é possível deduzir, isso importa numa exigência prática indissociável: o projeto a ser financiado sob essa modalidade necessariamente tem que se mostrar bastante rentável.

Não é a toa que os casos clássicos de financiamento de projetos dizem respeito a empreendimentos que buscam a construção de estruturas para a exploração de objetos com liquidez no mercado, retorno certo e, preferencialmente, monopólio estatal,³⁹ a exemplo da exploração de recursos naturais (extração de petróleo, gás, minérios), geração de energia (usinas termelétricas e hidrelétricas), e de transportes (malha rodoviária, ferroviária, portos e aeroportos).⁴⁰

³⁵ ENEI, 2007, p. 20.

³⁶ “Por enfatizar a ligação entre os recursos financeiros necessários para executar o projeto e as receitas do projeto, esta estrutura fornece um meio de financiamento de uma variedade de empreendimentos que poderiam de outra forma não ser financiadas. Em particular, a estrutura do *project finance* permite o financiamento de um projeto cujo patrocinadores ou (a) não estão dispostos a expor seus ativos a passivos gerais a serem incorridos em conexão com o projeto (ou estão buscando limitar a sua exposição a este respeito), ou (b) não gozam de capacidade financeira suficiente para contrair empréstimos com base em seus ativos em geral. A estrutura do *project finance* também fornece um meio para os patrocinadores minimizarem a sua exposição aos riscos associados ao projeto, atraindo uma variedade de investidores (em especial, os financiadores) com os quais os riscos do projeto são compartilhados em troca de uma parte das receitas do projeto” (BENOIT, 1996, p. 8, tradução nossa).

³⁷ ENEI, *loc. cit.*

³⁸ “Dessa forma, o investidor não é obrigado a aceitar o risco de todo o empreendimento e pode participar somente da parte que ele conhece, sabe dimensionar e tem experiências semelhantes anteriores, fatores que lhe dão conforto, ao contrário do que aconteceria se ele fosse sócio de todo o empreendimento, em que assumiria riscos que, em alguns casos, nem imaginava existir” (TÁPIAS, 2008, p. 3).

³⁹ “O maior divisor de águas é, sem dúvida, o porte do projeto. Em regra, apenas projetos que demandam elevados investimentos de capital, capazes de gerar retorno condizente, são aptos a absorver os custos e taxas adicionais próprios do financiamento de projetos, bem como lidar com o maior nível de sofisticação envolvido” (ENEI, 2007, p. 93).

⁴⁰ Para que um financiamento de projeto possa sair do papel primeiramente faz-se necessário um minucioso estudo acerca da viabilidade econômica do projeto, em especial no que diz respeito à sua lucratividade e a possibilidade desses dividendos comportarem a roupagem de garantias dos financiamentos a serem contratados. Essa necessidade de constantes cálculos e projeções, bem como remanejamentos contratuais entre os seus mais variados envolvidos, encarece muito os custos de estruturação de um projeto sob esses moldes, o que acaba por inviabilizar a sua aplicação em projetos com rentabilidade reduzida, que demandem um curto espaço de tempo para concretizar-se, ou ainda que tenham baixa lucratividade.

Ainda, quanto ao tempo para negociação e estruturação dessa engenharia financeira, nas tradicionais experiências verificadas no Brasil até o ano de 2008, verifica-se que nenhum financiamento teve prazo de negociação inferior a um ano, de forma que quase todos eles beiraram os dois anos para concretizarem essas tratativas,⁴¹ o que por certo apenas reforça a ideia da complexidade da sua estruturação.

2.5 Rede coligada de contratos

É sabido que o financiamento de projetos tem como base a necessária cooperação de vários agentes para melhor desenvolver um empreendimento, fracionando a atuação da sociedade responsável entre aqueles outros interessados que possam melhor gerir cada um dos riscos inerentes ao desenvolvimento da atividade. Dessa maneira, e tendo em mente os distintos objetivos e momentos de atuação de cada um desses atores, verifica-se uma extensa pluralidade de contratos imprescindíveis à busca de maior segurança jurídica aos seus patrocinadores, credores, financiadores, e demais partícipes.

Pela customização própria dessa modalidade de estruturação financeira é possível indicar uma multiplicidade de instrumentos jurídicos firmados, tendo como finalidade comum a captação de recursos imprescindíveis ao desenvolvimento do empreendimento.⁴²

Essa *rede típica de contratos* comporta seis diferentes gêneros, quais sejam: (i) contrato plurilateral de sociedade, que busca dar vida e organizar internamente a SPE, bem como todos aqueles outros contratos acessórios que busquem aparelhar as partes que integram a sociedade; (ii) contratos financeiros e seus respectivos; (iii) contratos de garantias, nos quais serão profundamente abarcadas as formas de

⁴¹ BONOMI, 2008, p. 13.

⁴² Apenas com o fim de ilustrar a complexidade da estruturação de um financiamento de projetos, empresta-se o rol apresentado por José Eduardo Manassero com os principais contratos celebrados numa operação de *project finance*, quais sejam eles: (i) *contrato de empréstimo*, geralmente assinado entre os patrocinadores e os agentes financiadores e que determina todas as características do mútuo; (ii) *contrato de caução de ações*, o qual determina a garantia oferecida pelos acionistas da SPE constituída na forma de sociedade anônima frente os credores; (iii) *contrato de retenção de ações*, responsável por estipular o tempo mínimo pelo qual os acionistas devem manter a propriedade das ações da SPE explorado do empreendimento; (iv) *contrato de suporte financeiro dos sponsors*, o qual determina algumas situações nos quais os acionistas devem prestar algum aporte financeiro extra, a exemplo dos custos excederem o orçamento previsto para o empreendimento; (v) *contrato de cessão de direitos de concessão*, instrumento jurídico responsável por tratar dos direitos de concessão entre o concedente e o concessionário; (vi) *contratos de cessão de direitos relacionados a seguros*, é aquele que busca redirecionar todo e qualquer prêmio obtido das seguradoras contratadas pela sociedade exploradora aos cofres da própria SPE, ou de seus credores, na eventualidade de ocorrência de sinistro; (vii) *contrato de penhor de contas bancárias*, que tem por objeto assegurar a retenção apartada de ativos para um determinado credor ou parte, e assim garantir um compromisso específico firmado; (viii) *contrato entre credores*, geralmente firmado para estabelecer a divisão de quais garantias do projeto serão prestadas a cada um dos credores; (ix) *contrato de termos comuns*, que é o instrumento que determina os principais termos referidos no projeto, bem como disposições aplicáveis de modo geral aos partícipes do empreendimento (MANASSERO, 2008, p. 56-57).

exploração do empreendimento, bem como as formas de amortização das dívidas e seus prazos para cumprimentos; (iv) demais contratos necessários à construção e implementação do projeto até que este se mostre fruível e rentável; (v) contratos que regulem a operacionalização do projeto até a amortização dos investimentos empregados no empreendimento, tais como aqueles firmados entre os prestadores de serviços e os consumidores do produto, de modo a assegurar o cumprimento dos contratos de financiamento e de suas garantias; e por fim (vi) os contratos de concessão ou seu equivalente, nos casos em que haja a exploração de algum bem público ou de outras atividades reguladas pela Administração Pública.⁴³

Lembrando que essas inter-relações ocorrerão no íterim do longo transcurso de maturação do empreendimento, envolvendo diferentes agentes, e tendo como fim mediato ou imediato o sucesso do projeto, por isso a relevância da rede contratual denominada de *contratos coligados*.

Fenômeno jurídico recente e de origem comercial, os contratos coligados são fruto da hipercomplexidade das relações sociais e econômicas, de modo que operações que antes poderiam ser firmadas por intermédio de apenas um instrumento jurídico atualmente necessitam da celebração de diversos contratos interligados.⁴⁴ É através da sua eficiente aplicação que se faz possível repartir os riscos de uma determinada atividade entre aqueles que possam melhor absorvê-los, limitando de forma clara e objetiva a responsabilidade dos seus partícipes, mesmo quando exista uma relação de dependência entre as atividades exercidas por cada um individualmente.

Da conceituação de contratos coligados podem-se estabelecer dois *elementos essenciais*: a existência de (i) pluralidade de contratos, não necessariamente firmados entre as mesmas partes, e (ii) vínculo de dependência unilateral ou recíproca.⁴⁵

Além da fácil constatação da existência desses elementos nos financiamentos de projetos, verifica-se ainda a existência simultânea dos elementos de negócios jurídicos complexos: *pluralidade de sujeitos* (complexidade subjetiva), *pluralidade de objetos ou prestações* (complexidade objetiva) e *pluralidade de manifestações de vontade* (complexidade volitiva).⁴⁶

O desenvolvimento de instrumentos jurídicos inter-relacionados envolvidos pelos contratos coligados é essencial para a finalidade sistêmica dos contratos do *project finance*, passando a funcionar como um mecanismo de mitigação de riscos através dos quais todos os seus participantes serão beneficiários.⁴⁷

⁴³ ENEI, 2007, p. 61.

⁴⁴ *Ibid*, p. 284.

⁴⁵ MARINO, 2009, p. 99.

⁴⁶ *Ibid*, p. 109.

⁴⁷ “Essa finalidade sistêmica passa pela adequada alocação de riscos entre os partícipes do financiamento de projetos, para alcançar a liberação dos recursos financiados e para, em última instância, viabilizar o sucesso do empreendimento, que a todos interessa” (ENEI, 2007, p. 305).

Assim, e tendo em mente que a multiplicidade de relações jurídicas ocorre de forma simultânea em um financiamento de projetos, é evidente que qualquer entrave entre as partes deverá ser dirimido do modo mais célere possível, não impedindo a continuidade do empreendimento. Não é à toa que a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos — a exemplo da mediação e da arbitragem — encontra ligação intrínseca com a mitigação de riscos nas operações de *project finance*.⁴⁸

Dessa forma, a correta utilização dessa rede de contratos pode limitar de forma positiva os efeitos individuais de cada um dos compromissos firmados entre as partes contratantes, de forma a blindar o empreendimento e atender o desenvolvimento do projeto.

2.6 Uma classificação útil

Depois de apresentada de maneira sintética os principais pontos de convergência dos financiamentos de projetos, seguir-se-á com uma classificação útil das suas modalidades em virtude das relações contratuais prestadas pelos patrocinadores do projeto e as possíveis relações entre concedente e concessionário.

2.6.1 O financiamento de projetos em razão das relações de garantias prestadas pelos patrocinadores: *non recourse*, *full recourse* e *limited recourse*

Em se tratando das garantias oferecidas aos agentes financiadores, tem-se que a primeira hipótese é oriunda dos ativos apresentados pelos próprios acionistas e/ou patrocinadores do projeto, e a segunda decorrente da previsão do fluxo de caixa a ser gerado pelo próprio empreendimento. A proporção em que essas duas formas de garantias são apresentadas delimita as três espécies da classificação de financiamento de projetos, de acordo com as garantias prestadas.

Definem-se como *non recourse* aqueles financiamentos de projetos nos quais os patrocinadores apresentam como garantia aos agentes financiadores unicamente o fluxo de caixa do empreendimento, não permitindo aos credores acessar qualquer outro patrimônio da sociedade, seus controladores ou acionistas.⁴⁹ Nesses casos os patrocinadores estariam integralmente eximidos de apresentar qualquer espécie de recurso para garantir o financiamento. Essa seria a modalidade de financiamento de projetos na sua forma mais pura.

⁴⁸ “O método definido para a solução de eventuais controvérsias não pode interromper a execução do projeto, devendo ser rápido e seguro (condições normalmente não atendidas pelas lides do Judiciário), induzindo (não obrigatoriamente) ao uso de arbitragem” (BORGES, 2008, p. 87).

⁴⁹ MANASSERO, 2008, p. 56-57.

Já os financiamentos de projetos denominados *full recourse*, por outra vez, são aqueles que envolvem um sistema tradicional de garantias prestadas pelos patrocinadores, de modo a absorver a integralidade das obrigações assumidas junto aos financiadores. Assim, muito embora contratualmente possa existir uma previsão de amortização do mútuo contratado com a expectativa de rentabilidade futura do projeto, ainda assim subsiste a vinculação dos ativos da SPE para preservar integralmente os interesses dos financiadores.⁵⁰

Por fim, uma terceira espécie é denominada de *limited recourse*, que nada mais é do que um sistema intermediário entre os dois anteriormente apresentados, envolvendo tanto garantias oferecidas com envolvimento do patrocinador, como garantias advindas dos instrumentos de atenuação de riscos.^{51 52}

Na prática comercial essa modalidade é utilizada na seguinte medida: os patrocinadores cobrem a obra com garantias ordinárias até o momento da sua conclusão, e quando o empreendimento já se mostrar em funcionamento parcial, o próprio projeto passará a garantir o mútuo com as provisões do seu fluxo de caixa. Esta última, portanto, é a modalidade mais comumente usada nos financiamentos de projetos, sendo muito raros os casos de *project finance* puro (*non recourse*), ou ainda aqueles em que a garantia é prestada integralmente pelos patrocinadores e acionistas (*full recourse*).

2.6.2 Financiamento de projetos em razão das relações contratuais entre o concedente e o concessionário

Os aspectos intrínsecos ao financiamento de projetos norteiam a sinergia que essa modalidade de engenharia financeira pode ter com os grandes projetos de desenvolvimento de infraestrutura estatal. A maioria dos empreendimentos na forma de financiamento de projetos envolve a construção de determinada obra e a sua posterior transferência — entenda-se *reversão* — ao ente estatal concedente, de forma que esses desdobramentos contratuais podem tomar várias formas dependendo do objeto e do objetivo proposto. Nesse sentido, é imprescindível a apresentação de uma classificação que destaca as modalidades de relações contratuais entre os entes concedentes e os concessionários.

⁵⁰ Vale apontar a ressalva feita por parte da doutrina que entende que essa modalidade desvirtuaria a própria finalidade do financiamento de projetos e, portanto, não constitui uma de suas espécies (HOWCROFT; FADHLEY, 1998 *apud* MONTEIRO FILHA; CASTRO, 2000, p. 111).

⁵¹ MONTEIRO FILHA, 2000, p. 110-111.

⁵² “No caso do *limited recourse*, os credores contam com um mix de garantias, formado pelos recursos gerados pelo empreendimento, e por outras convencionais, cedidas pelos *sponsors* e acionistas, tais como: caução de ações, hipoteca, *letter of credit*, *cash collateral* etc., que permanecem válidas por parte do período do financiamento e que, em conjunto, garantem as obrigações do tomador dos recursos” (MANASSERO, 2008, p. 52).

Da mesma forma que os *incoterms*,⁵³ a classificação desses modelos também é feita pela designação de siglas que as definem na língua inglesa. Assim, de maneira sintética e não exaustiva, as modalidades para classificação das relações contratuais entre o concedente e o concessionário podem ser resumidas em:^{54 55} a) BT (*build and transfer* – construir e transferir). Nesse caso, o contrato prevê apenas a construção do empreendimento que, depois de concluído, será revertido ao concedente ou a outro *partner* por ele indicado e que faça as suas vezes; b) BTO (*build, transfer and operate* – construir, transferir e operar). Nessa modalidade, após a construção e a transferência ao poder concedente, o empreendedor é chamado para operar a estrutura criada, podendo assim cobrar receitas durante esse período; c) BOT (*build, operate and transfer* – construir, operar e transferir). Estes casos importam na construção, seguida da operação do projeto por um determinado espaço de tempo, usualmente satisfatório à amortização dos investimentos realizados pelo empreendedor; d) BOTT (*build, operate, train and transfer* – construir, operar, treinar e transferir). Semelhante à modalidade anterior, porém com a peculiaridade de que antes da transferência definitiva ao ente concedente existe a obrigação de treinamento e capacitação de pessoal para operar a estrutura desenvolvida. Modelo muito comum no desenvolvimento de projetos completos, a exemplo das plantas de geração de energia elétrica; e) BLT (*build, lease and transfer* – construir, arrendar e transferir). Nestes modelos, finalizada a construção do empreendimento a estrutura é imediatamente arrendada por um período determinado, de modo que depois de expirado esse lapso temporal ocorre a transferência ao concedente; f) BBO (*buy, build and operate* – comprar, construir e operar). Nestes casos o empreendedor acaba por comprar uma instalação já existente e que anteriormente pertencia ao concedente (que teria sido colocada à disposição apenas para os fins de consecução desse projeto), investe em melhorias estruturais que reflitam em benefícios aos interesses da Administração, e, posteriormente, pode operar sem a necessidade de transferi-lo ao concedente. Tal modalidade de estruturação se verifica útil no caso de instalações mal conservadas e deterioradas, e que o ente concedente não tenha condições de investir em reformas ou interesse de operá-la.

Vale destacar que o rol acima mencionado é apenas exemplificativo, de forma que a essas modalidades poderão crescer-se tantas outras, advindas da crescente sofisticação da estrutura de projetos, pelo que tal listagem mantém-se constantemente aberta a novas formatações.

⁵³ Os *incoterms* são “termos do comércio internacional” desenvolvidos pela Câmara Internacional de Comércio (ICC) que buscam através do emprego de siglas de termos de língua inglesa padronizar a delimitação de responsabilidade derivada da compra e venda internacional, em especial no que tange às obrigações de transporte, contratação de seguros e desembaraço aduaneiro. A primeira apresentação desses termos foi desenvolvida no ano de 1936, de forma que a mais recente passou a vigorar a partir de janeiro de 2011. Para mais informações acessar: <<http://www.iccwbo.org/incoterms/>>. Acesso em: 20 set. 2013.

⁵⁴ MANASSERO, 2008, p. 63-64.

⁵⁵ FINNERTY, 1999, p. 191-192.

3 O *project finance* nas parcerias público-privadas – Uma análise no Direito brasileiro

No cenário nacional o *project finance* permaneceu desconhecido até meados da década de 1990, período em que a Administração Pública passou por um contínuo processo de *desestatização* que possibilitou a atuação dos particulares em atividades até então geridas exclusivamente pelo Estado. Assim, a mesma insuficiência estatal para investimentos em grandes projetos de infraestrutura que legitimou e contribuiu para o desenvolvimento das parcerias público-privadas — impossibilidade de vinculação de parcelas significativas do erário e aumento dos níveis de endividamento — foi também a que abriu as portas para a introdução dessa modalidade de estruturação financeira na experiência brasileira.⁵⁶

O foco em projetos que demandem longo período de maturação, custos altos de implementação e a prioridade pela segregação do empreendimento através da criação de uma SPE são apenas alguns dos motes que demonstram a grande sinergia entre os modelos de concessões sob a forma de parceria público-privada e a engenharia financeira baseada em ativos denominada *project finance*.

Contudo, conforme já advertido anteriormente, a importação do *project finance* não pode ser aproveitada nos mesmos moldes originariamente desenvolvidos pela experiência estrangeira — pelo menos não integralmente — em especial na realidade das PPPs no Brasil.

3.1 A importação para o modelo brasileiro e a sua possível formatação

Antes da análise das minúcias atinentes à importação do financiamento de projetos, faz-se necessário atentar para um aspecto fundamental: a sua origem. Como já apontado, o *project finance* teve o seu desenvolvimento e maturação em um ambiente no qual é vigente um direito baseado nos costumes e obediência aos precedentes (*Common Law*), sistema jurídico este que se mostra deveras mais flexível à absorção de novidades jurídicas ainda não normatizadas. Assim, as técnicas de estruturação desenvolvidas pelo mercado e que formaram a roupagem do que se denomina *project finance* encontrou em países anglo-saxões um ambiente jurídico propício à incorporação desta engenharia financeira com foco no empreendimento.

⁵⁶ “Não deve ser considerada uma coincidência a seqüência de reformas quanto às privatizações (1991), às licitações públicas (1993), às concessões (1995), à arbitragem (1996) e à lei de S/A (1997), passando pela promulgação do Novo Código Civil (2001) e culminando com a lei de Parcerias Público-Privadas – PPP (2004) e a reforma do Judiciário (2005). Estamos assistindo a uma profunda reforma do Estado e a aplicação de instrumentos de mitigação de risco em operações de engenharia financeira voltada ao setor de infra-estrutura, também, pode e deve ser entendida nesse contexto” (BORGES, 2006, p. 23).

Por outro lado, a estruturação jurídica brasileira segue o padrão dos países de origem romano-germânica, que, por sua vez, determinam que a incorporação de determinados fenômenos jurídicos esteja devidamente positivada ou que a norma possa ser aplicada de forma indireta, de modo a não apresentar a mesma dinamicidade da evolução jurisprudencial permitida em países com o sistema da *Common Law*.

Portanto, há que se levar em consideração que a falta de regulação específica do financiamento de projetos no âmbito nacional exige um minucioso estudo de aproximação aos institutos já conhecidos, para não permitir que o silêncio legal constitua óbice ao avanço do sistema interno e de uma harmonização com o Direito estrangeiro.⁵⁷

Fundamental também é o entendimento da natureza jurídica desses institutos, uma vez que a *parceria público-privada* é uma modalidade de parceria sob a forma de concessão entre o Estado e a iniciativa privada, e o financiamento de projetos uma “técnica de captação de recursos com limitação de responsabilidade e alocação de riscos”.⁵⁸

Para se pensar em uma formatação possível da aplicabilidade dos instrumentos de financiamento de projetos nas PPPs, levando-se em conta a realidade brasileira, é necessário ressaltar alguns elementos diferenciadores específicos dos contratos de concessão nessas parcerias.

A primeira diferenciação que deve ser feita é que os projetos desenvolvidos sob as modalidades de concessão reguladas pela Lei de PPPs (Lei nº 11.079/2004) não se mostram autossustentáveis em termos de rentabilidade de seu fluxo de caixa,⁵⁹ como no caso das concessões comuns. Porém, essa característica, por si só, não desqualifica a aplicabilidade do *project finance*, haja vista que nas parcerias público-privadas “a participação de recursos do Estado torna-se parte integrante do fluxo de caixa do projeto para análise da sua viabilidade financeira”,⁶⁰ de modo que as subvenções do poder concedente integram o cálculo para a análise do sucesso do projeto. Por sua vez, a liberação de recursos orçamentários pela Administração Pública poderá ocorrer apenas quando o empreendimento objeto da parceria público-privada for disponibilizado de forma integral ou parcial (artigo 7º, Lei nº 11.079/2004), sendo possível afirmar que “enquanto não houver a entrega da obra ou antes do início da prestação do serviço, não haverá estrutura financeira de *project finance* para PPP”,⁶¹

⁵⁷ Aos olhos de investidores, esse silêncio legislativo é visto com ressalva por compor parte do risco de investimento no país, especialmente naquelas situações que pressupõem a exploração de atividades de monopólio legal do Estado e fiscalizadas pelas agências reguladoras (MANASSERO, 2008, p. 53).

⁵⁸ ENEI, 2007, p. 411.

⁵⁹ Essa diferenciação não ocorre no exame da PFI britânica, modalidade esta que comporta tanto as parcerias sem sustentabilidade financeira, a exemplo do modelo brasileiro de PPP, como também das parcerias autossustentáveis (*project finance*) (BORGES, 2005, p. 78).

⁶⁰ BORGES, 2006, p. 24.

⁶¹ BORGES, 2008, p. 86.

de modo que o risco será percebido por aquele que assumiu o financiamento, como regra os patrocinadores do projeto.

Segundo ponto de destaque diz respeito à aplicabilidade das normas de Direito público (aplicação “normalmente” vertical), nas relações entre a Administração Pública e os demais partícipes da avença. Diferentemente dos financiamentos de projetos entre particulares, para os quais existe uma relação normalmente horizontal entre os agentes, nas modalidades de concessão administrativa e patrocinada existe a inafastabilidade da observância do interesse público.

Com isso, enquanto o *project finance* preocupa-se com a *performance* do empreendimento e com sua capacidade de manter um bom fluxo de caixa, nas PPPs a preocupação está centrada na manutenção do fluxo de caixa por meio do controle do risco político.⁶²

Assim, muito embora exista um grau de diferença substancial entre os institutos de financiamento de projetos e das concessões sob a forma de parcerias público-privadas, é possível a identificação de uma série de pontos de convergência na sua estruturação, legitimando assim a viabilidade da aplicação dos instrumentos em um mesmo projeto. Ainda, observadas as devidas cautelas, não se encontra na Lei Geral de PPPs qualquer óbice à aplicabilidade dos instrumentos de mitigação de riscos, segregação do empreendimento e vinculação de receitas ao fluxo de caixa do projeto, tendo como fonte as contraprestações pecuniárias do poder concedente em sua forma pura (concessão administrativa) ou híbrida, em conjunto com eventuais receitas decorrentes da exploração do empreendimento (concessão patrocinada).

Ao discorrer acerca da importância das estruturas de financiamento de projetos nas parcerias público-privadas para o desenvolvimento contínuo em projetos de infraestrutura, destaca Luiz Ferreira Xavier Borges:

Para tanto, não é preciso pleitear junto à União qualquer modificação legislativa ou regulamentar. Basta permitir que as operações de financiamento possam contar com segurança jurídica nos instrumentos de mitigação de risco de crédito em projetos, sobretudo aqueles referentes a compartilhamento de decisões e limite de risco político, entre eles, por exemplo, o uso difundido da arbitragem.⁶³

A aplicação das parcerias público-privadas demandará do Poder Público a elaboração de editais altamente técnicos e complexos, de modo que nem sempre o ente concedente terá o *know-how* das melhores alternativas para a exploração eficiente de determinado projeto. Assim, para que seja possível a minimização dos riscos de maneira satisfatória, mostra-se necessário um aprimoramento da utilização

⁶² *Ibid*, p. 79.

⁶³ BORGES, 2006, p. 27.

de *procedimento de manifestação de interesse* como etapa prévia à estruturação de projetos de parceria público-privada, bem como outras formas de participação consensual dos particulares nas tomadas de decisões que envolverem a elaboração do projeto de PPP.

3.2 O *project finance* como instrumento facilitador do processo de PPPs

Após a exposição de uma possível formatação do financiamento de projetos na realidade das parcerias público-privadas brasileiras, com acato às diferenças essenciais de sua aplicação nas situações envolvendo o Direito público, o que se verifica é que muito embora os seus objetivos possam ser distintos, existe uma similitude em relação aos meios pelos quais a Lei nº 11.079/2004 instituiu as modalidades de concessão administrativa e patrocinada.⁶⁴

A sinergia entre um instituto e outro é latente em diversas passagens da Lei de PPPs, tais como: a) a observância das diretrizes de sustentabilidade financeira do projeto (artigo 4º, inciso VII); b) a exigência de constituição de uma SPE para a exploração do empreendimento (artigo 9º); c) o emprego de *técnicas contratuais de alocação objetiva de riscos*, a exemplo da repartição de parcela desses riscos com o Poder Público (artigo 4º, inciso VI, artigo 5º, inciso III e IX), ou ainda da vinculação da remuneração ao desempenho (artigo 6º, parágrafo único); d) a utilização de instrumentos de garantia complexos em favor dos parceiros privados, como a incorporação da cláusula de direito de ingresso no projeto pelos agentes financiadores em caso de inadimplemento (artigo 5º, §2º, inciso I), ou ainda a possibilidade desses últimos receberem o pagamento diretamente do Poder Público, através do instrumento de cessão de créditos (artigo 5º, §2º, inciso III); e) a importância dada ao instrumento contratual, de modo a prever claramente os deveres e direitos das partes (artigo 5º); f) a adoção de uma *linguagem internacionalmente aceita*, com o emprego de termos utilizados de maneira análoga em outros ordenamentos, ou ainda por outras ciências, tais como a econômico-financeira; e, por fim, g) a menção expressa à arbitragem como meio de resolução de disputas (artigo 11, inciso III), tal como acontece na maioria dos financiamentos de projetos.^{65 66}

⁶⁴ “De outra ótica, pode-se dizer na verdade que a PPP nada mais é do que a aplicação das técnicas do financiamento de projetos à interação do setor público com o setor privado no âmbito de projetos de infra-estrutura. [...] É por isso também que os profissionais que se estão ocupando das parcerias público-privadas são aqueles mesmos que vêm-se ocupando do financiamento de projetos” (ENEI, 2007, p. 412).

⁶⁵ ENEI, 2007, p. 413-414.

⁶⁶ “A maior semelhança entre ambos os tipos de parceria é que não há transferência de ativos para o setor privado, como na privatização, mas uma busca de melhor gestão de ativos públicos (ou reversíveis ao poder público), através dos parceiros privados, com otimização dos desembolsos orçamentários. Além disso, a modelagem, a identificação, a alocação e a mitigação de riscos tornam-se, em ambos, elementos fundamentais

Assim, o financiamento de projetos pode se tornar uma excelente ferramenta de viabilização de financiamentos vultosos e de longo prazo, com a pulverização dos riscos do projeto entre os parceiros privados e o Poder Público, permitindo uma expansão significativa nos investimentos em infraestrutura estatal, fundamental ao desenvolvimento do país.

Referências

- AZÚA, Daniel Real de. *Project finance: uma modalidade de financiamento internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- BENOIT, Philippe. *Project Finance at the World Bank: an overview of policies and instruments*. Washington: The World Bank, 1996. The World Bank Technical Paper number 312.
- BONOMI, Cláudio A.; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de caso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Parceria público-privada e o *project finance*. In: BONOMI, Cláudio A.; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de caso*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 70-89.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Mitigação de risco nas operações de *project finance* e de parceria público-privada envolvendo instituições financeiras públicas. *Revista MundoPM – Project Management*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 22-27, jan./fev. 2006.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project finance: considerações sobre a aplicação em infra-estrutura no Brasil*. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 241-280, dez. 2002.
- ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FINNERTY, John D. *Project finance: engenharia financeira baseada em ativos*. Tradução de Carlos Henrique Triechmann. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.
- GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de Propósito Específico. *Revista de Direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 125, p. 129-137, jan./mar. 2002.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Project Finance in Developing Countries: IFC's Lessons of Experience*. Washington: International Finance Corporation, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MANASSERO, José Eduardo. Aspectos legais do *project finance* no Brasil. In: BONOMI, Cláudio A.; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de caso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 50-69.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTEIRO FILHA, Dulce Correa; CASTRO, Marcial Pequeno Saboya de. *Project finance para a indústria: estruturação de financiamento*. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 107-124, dez. 2000.

da análise, da negociação e do acompanhamento dos contratos” (BORGES, 2008, p. 79-80).

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessões de serviços públicos e *project finance*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EGON-MOREIRA.PDF>>. Acesso em: 20 set. 2013.

NOGUEIRA, Jozélia. Dívida pública e federalismo. In: CASTRO, Rodrigo Pironti A. (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 199-230.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SEIXAS, Renato. *Project finance* em empreendimentos de pequeno porte. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 37, ano 10, p. 30-47, jul./set. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-44.

TÁPIAS, Alcides Lopes. Introdução ao *project finance* no Brasil. In: BONOMI, Cláudio A.; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de caso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-7.

VELLUTINI, Roberto. *Estruturas de project finance em projetos privados: fundamentos e estudo de casos no setor elétrico do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; LOVATO, Rafael Porto. Breve ensaio sobre o *project finance* como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 63-85, jan./jun. 2014.

O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública

Renato Otto Kloss

Mestre em Direito Regulatório e da Concorrência (UCAM). Especialista em Direito do Estado e da Regulação (FGV). Advogado no Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Contrato de aliança. Administração Pública. Obras públicas.

Sumário: **1** Introdução – **2** O panorama atual da contratação de obras públicas e algumas de suas fragilidades – **3** O contrato de aliança e as novas bases de relacionamento entre as partes – **4** O contrato de aliança e a legislação brasileira – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

O País atravessa, hoje, um momento especialíssimo em termos de investimentos, talvez semelhante apenas ao período do “Milagre brasileiro”. Apesar da crise econômica mundial, e em certa medida como antídoto à internalização dos seus efeitos, o Governo federal vem estabelecendo uma ampla pauta indutora de desenvolvimento, com ênfase no aprimoramento da infraestrutura nacional, contemplando variadas frentes de trabalho, como saneamento básico e mobilidade urbana, ferrovias, rodovias, portos e aeroportos, além do Trem de Alta Velocidade (TAV) e da exploração do Pré-sal, que ainda devem se transformar em realidade.

Para a concretização de todas estas ações, entram em cena a legislação brasileira de contratações públicas e, a reboque, os clamores pela atualização da sistemática estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, seu principal expoente. Para a compra de clips e resmas de papel, trata-se de diploma dos mais burocráticos, que estabelece verdadeira competição de papelada, como o insubstituível Marcos Juruena se referia, mas que, ao fim, consegue razoavelmente atender a demanda.

Para obras e serviços de engenharia, que encerram naturalmente maior complexidade, a premência por novos parâmetros de contratação fica ainda mais evidente, e a sensibilidade do Governo e do Congresso a este respeito parece estar clara. É o que se extrai não da tramitação do Projeto de Lei nº 7.709/2007, que se destina à alteração da Lei nº 8.666/93, porque este caminha a passos lentos, mas da criação e, mais recentemente, da ampliação da seara de aplicação do Regime Diferenciado

de Contratações Públicas, estabelecido pela Lei nº 12.462/2011. Se o RDC foi inicialmente concebido para ter uma aplicação excepcional e transitória, com vista a viabilizar a agilização dos investimentos necessários à realização dos Jogos Olímpicos de 2016, da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014, a posterior inclusão dos projetos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) é um bom indicativo de que as regras definidas pela vetusta Lei nº 8.666/93 não mais atendem os atuais padrões de eficiência.

Fato é que a rediscussão do regime de contratações públicas abre importante oportunidade para a busca de novas propostas, as quais de fato aproximem o Poder Público das boas práticas estabelecidas pelo setor privado e que possam, assim, promover ganhos de qualidade e economicidade, sem perda de agilidade.

E é com este objetivo que se pretende, nesta ocasião, apresentar breves considerações sobre uma nova metodologia de contratação advinda de experiências internacionais e originada do setor privado, mas que já possui exitosas aplicações no campo das contratações estatais, por buscar a superação da relação adversarial estabelecida nos contratos tradicionais, em prol de uma relação eminentemente consensual: trata-se do contrato de aliança (ou *alliance contracting*).

Este artigo, portanto, abordará o panorama atual da contratação de obras públicas no Brasil, com vista à detecção de seus principais problemas. Em seguida, serão apresentadas as principais características do contrato de aliança, e a sistemática que envolve este modelo de parceria. Por fim, será analisada a legislação brasileira dos contratos públicos, em busca de fundamentos para a sua aplicação no País, identificando-se, ao fim, os entraves que poderiam ser superados sob a lógica desta metodologia de contratação.

É o que se passa a expor.

2 O panorama atual da contratação de obras públicas e algumas de suas fragilidades

A contratação de obras parte, desde logo, de uma substancial dificuldade: elas não possuem, ao menos em regra, um modelo pronto. Não se trata de um produto de prateleira. Todas as obras tendem a ser singulares por natureza. Mesmo um projeto já realizado muito dificilmente conseguirá ser executado numa segunda oportunidade de forma absolutamente idêntica, porquanto uma série extensa de variáveis pode demandar a realização de adequações, ou mesmo a adoção de novas soluções de engenharia no curso de sua execução.

Quando se está a tratar de grandes empreendimentos, como a construção de uma refinaria, uma usina hidrelétrica, uma plataforma de petróleo ou um submarino, a complexidade é ainda maior. Administra-se, nestes casos, um sistema imbricado de influências, no âmbito do qual qualquer mínima variação no desenvolvimento de

uma parcela do projeto pode demandar toda sorte de ajustes nas demais. Nestes projetos dinâmicos, conforme observa Matthew W. Sakal, a alteração constitui uma importante marca caracterizadora, e os contratos tradicionais não estão adequados a esta realidade. São os seus comentários:

In all construction projects “change” is a defining characteristic and is almost inevitable. This is especially true as projects become more dynamic. In order to achieve truly outstanding project outcomes, dynamic projects require contracts that are designed specifically to embrace and manage change. Unfortunately, most traditional contracts do not embrace change, but instead treat change as if it is an anomaly. This is illustrated by the fact that traditional contracts attempt to predict and specify all possible eventualities by drafting contracts to prepare for the worst-case scenario.¹

Este é o cenário com o qual se depara o administrador público ao pretender contratar um grande empreendimento de engenharia, e o ferramental disponível será basicamente aquele estabelecido pela Lei nº 8.666/93. Por ferramental leia-se, em suma, a adoção do regime de empreitada, disposto em seu art. 10, já que o regime de tarefa, outra possibilidade contemplada, se destina a pequenos serviços.

O regime de empreitada possui três versões, de acordo com a referida Lei Geral de Contratações, podendo ser promovida por “preço global” ou “unitário”, segundo se fixe um valor para todo o objeto ou para partes dele, ou ainda sob a forma “integral”, que contempla um preço fixo para a entrega do empreendimento em pleno funcionamento, abrangendo desde a sua construção e montagem, até a realização de testes e comissionamento. É o que se convencionou chamar de contrato *turn-key*.

A definição de preços fixos significa que, salvo falhas atribuíveis à Administração ou a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, na dicção do art. 65, II, “d”, do diploma legal em comento, que sejam devidamente comprovados, deverá o contratado arcar com todos os riscos ordinários inerentes à sua atuação, como variações a maior no custo dos insumos, refazimento de serviços, risco cambial, perdas de materiais, improdutividades e etc.

Ocorre que risco para o contratado se traduz inevitavelmente em custo para a Administração. Isto porque, para se precaver destas hipóteses, o contratado preverá, em seu preço, valores a título de contingências, que podem estar descritos em seu BDI,² com a transparência esperada, ou diluídos por todo o orçamento, de forma “invisível”. O detalhe a ser destacado é que a Administração pagará por tais contingências

¹ SAKAL, Matthew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. *Lean Construction Journal*, p. 67.

² Benefícios e Despesas Indiretas. Cuida-se, em apertada síntese, de percentual que integra o orçamento de qualquer obra ou serviço de engenharia, e se presta a remunerar as despesas indiretas a serem incorridas pelo contratado, como a administração central da empresa e despesas financeiras, além de conter o percentual de lucro.

independentemente da ocorrência do evento a que se refira, já que tais valores compõem, como visto, o preço final ofertado pelo contratado.

Além desta nuance imposta pela sistemática de contratação de obras fixada pela Lei nº 8.666/93, ainda se deve tecer comentários especificamente no que tange aos projetos básicos, e a consequente desoneração do contratado quanto a qualquer falha na concepção do projeto que venha a ser posteriormente descoberta.

Com efeito, compete à Administração responder pela fase de *design* do empreendimento, e isso se materializa na obrigatoriedade de que toda licitação destinada à contratação de obras ou serviços de engenharia seja instruída com um projeto básico, nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93. Assim, abre-se, aqui, significativo campo de embate entre as partes, mediante a apresentação dos famosos *claims*, requerimentos por meio dos quais poderá o particular, neste caso, buscar a comprovação de falhas atribuíveis à Administração, com o fito de obter alterações no contrato — notadamente as que atendam aos seus interesses privados.

Paulo Ernesto Pfeifer Santa Maria, em referência a estas peculiaridades das contratações públicas, notadamente a obrigação da prévia elaboração de projeto básico pela Administração e da utilização do tipo menor preço global como regra, corrobora os malefícios desta conjuntura sobre a relação mantida entre os contratantes, em textual:

Em contratos por preço global, o preço cotado é um preço garantido para o trabalho especificado nas plantas e documentos da obra. Isso é vantajoso para o proprietário, já que ele sabe a quantia exata que deve ser reservada para o projeto, prevenindo quaisquer contingências ou mudanças dos documentos contratuais (por exemplo, ordens de modificação). [...]

A flexibilidade dessa forma contratual é muito limitada. Qualquer desvio das plantas e especificações originais para acomodar uma modificação deve ser considerado uma ordem de modificação [...]. Isso leva a uma predisposição ao litígio e a uma considerável argumentação sobre o custo das modificações contratuais, realçando o relacionamento adversário entre proprietário e construtor.³

Mas não é só. Em consonância com o art. 6º, IX, da referida lei federal, um projeto básico deve fornecer os “elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço”, e ser “elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento”. O ventilado projeto precisa, ademais, permitir “a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução”, e contemplar, nos exatos termos do artigo sob realce:

³ SANTA MARIA. *Preço global em obras públicas*: licitações e projeto básico, p. 58-59.

- a) o desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) as soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) a identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) as informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) os subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Apesar de todo o longo detalhamento oferecido pela lei ao definir os elementos integrantes de um projeto básico, o que resta evidente da mera leitura do texto acima colacionado, impõe-se ainda anotar que o Tribunal de Contas da União, em postura questionável, vem impondo requisitos ainda maiores aos projetos básicos, e aqui se deve citar o Acórdão nº 632/2012-Plenário,⁴ que definiu a obrigatoriedade, aos seus órgãos jurisdicionados, de observância das disposições da Orientação Técnica IBR 01/2006, editada pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP).⁵

Não há dúvida em se afirmar que, para o adequado atendimento ao comando legal em destaque, e eventualmente a todos os adendos inadvertidamente estabelecidos pelos Tribunais de Contas, deverá a Administração destinar especialíssima atenção à tarefa de elaborar um projeto básico, mormente para grandes empreendimentos, como aqueles mencionados anteriormente. Não raro, pode se revelar necessária até mesmo a realização de uma licitação para a contratação de um projeto básico, inclusive porque não é difícil imaginar que um trabalho desta envergadura possa estar além das possibilidades dos quadros técnicos disponíveis em vários órgãos governamentais. E demanda-se, por certo, o consumo de vários meses até a conclusão daquele projeto básico.

Pois bem. A preocupação, aqui, não se resume a ilustrar a dificuldade envolvida

⁴ Sessão Plenária de 21.03.12. Min. Rel. José Jorge. Processo nº TC-002.089/2012-2. Ata nº 9/2012-Plenário.

⁵ Disponível em: <www.ibraop.org.br>. Acesso em: 09 out. 2013.

na elaboração de um projeto básico, e demonstrar que a Administração, ao ter que responder pela exatidão deste documento, assume posição de fragilidade diante do contratado — fomentando a “indústria de *claims*”. O que se pretende aclarar é que, ainda que o gestor público elabore um projeto básico perfeito, à luz dos requisitos referidos, o seu contrato ainda estará reconhecidamente sujeito a alterações.

Com efeito, em conformidade com o art. 3º, “f”, da Resolução CONFEA nº 361/91, espera-se que um projeto básico forneça um orçamento total da obra com uma faixa de precisão de mais ou menos 15% (quinze por cento). Enfim, é correto afirmar que as alterações contratuais são desdobramentos absolutamente esperados dos contratos de empreitada formalizados à luz da Lei nº 8.666/93. Permita-se, uma vez mais, recorrer aos comentários de Santa Maria, *in verbis*:

Considerando que um projeto básico possui um nível de imprecisão da ordem de até 15% (quinze por cento) do valor, será inevitável a ocorrência de diferenças entre as quantidades estimadas e as que efetivamente irão ser executadas. Da mesma maneira, poderão ocorrer falhas com relação às especificações e ao prazo.

Tais fatos irão provocar desgastes entre a fiscalização e contratada, além de prejuízos às partes, à obra e aos usuários, se não for providenciado conveniente e tempestivamente, com base no entendimento jurídico pacificado, os ajustes contratuais necessários.⁶

A partir das observações lançadas, é possível construir algumas importantes conclusões sobre o regime de contratação estatuído pela Lei nº 8.666/93. A primeira delas é a de que os contratos que se destinam à execução de obras e serviços de engenharia, mormente aqueles atinentes a grandes empreendimentos, possuem um perfil eminentemente dinâmico, do que deflui que suas alterações não devem ser tratadas como exceções. A margem de exatidão que se espera dos projetos básicos confirma esta assertiva.

Ademais, deve-se ter em mente que a imposição à Administração do dever de responder pela feitura do projeto básico, além de onerar seus quadros de pessoal, eventualmente além de suas possibilidades, abre relevante brecha para os *claims* dos contratados, inclusive pela natureza singular que as obras e os serviços de engenharia em regra possuem. E este panorama estimula, em última análise, o embate entre Administração e contratado.

Finalmente, a contratação por preço fixo serve de indutor para que o contratado contingencie seus riscos, encarecendo o preço final ofertado à Administração, e, desta feita, impondo invariavelmente à Administração o ônus de pagar por riscos que não se materializarão.

⁶ SANTA MARIA. Preço global em obras públicas: licitações e projeto básico, p. 62.

A título de fechamento deste cenário, permita-se trazer as constatações oferecidas por Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, veja-se:

O roteiro de ilegalidades é extenso: obras e serviços executados em desacordo com as normas técnicas aplicáveis; modificações dos projetos, ao longo da execução, que desnaturam o objeto; obras e serviços inacabados; valores contratuais superfaturados; aditivos com valores elevados, resultantes do “jogo de planilha”.⁷

São provocações que devem estimular, senão o abandono do regime hoje existente, ao menos um esforço pela concepção de outras modelagens, que possam oferecer à Administração um leque de possibilidades de customização de seus contratos de obras, na exata medida das características do objeto a ser licitado.

Veja-se, agora, o que se entende por contrato de aliança, e em que medida esta figura pode contribuir para o avanço desta reflexão, pelas inovações que contém.

3 O contrato de aliança e as novas bases de relacionamento entre as partes

O contrato de aliança foi concebido em 1990, como resposta a situações de risco muito elevado, que tornaram inviável a adoção dos modelos contratuais tradicionais. O seu contexto foi a exploração de petróleo *off shore* no Mar do Norte. A então British Petroleum, atual BP, deparou-se com grandes adversidades para a exploração do campo de Andrew, a ponto de indicar a inviabilidade econômica da operação.

Contudo, a partir de uma inspirada redefinição das bases contratuais, notadamente com o compartilhamento de riscos que originalmente seriam repassados aos seus prestadores de serviço, e com o estabelecimento de uma filosofia de estímulo à cooperação, o projeto não somente foi realizado, como se obteve a surpreendente redução do orçamento inicial do projeto de £450 milhões, estimado a partir da proposta de celebração de um contrato *turn-key lump sum* (contratação integrada a preço global), para £290 milhões, com a execução do contrato de aliança. Obtiveram-se, ainda, 6 (seis) meses de redução no prazo estimado.

O êxito alcançado jogou luzes sobre esta nova forma de contratação, que se baseia no compartilhamento de ganhos e perdas entre os aliancistas, mediante o estabelecimento de um regime consensual de gestão do projeto. Veja-se, então, o que se entende e quais são as características de um contrato de aliança.

Conforme define Arent Van Wassenaer, o contrato de aliança “é a estrutura contratual em que as partes envolvidas — dono da obra e construtor — trabalham

⁷ PEREIRA JUNIOR; DOTTI. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*, p. 168.

juntas para tornarem o projeto um sucesso e na qual elas dividirão as consequências financeiras do nível de sucesso atingido”.⁸

Júlio César Bueno, por sua vez, esclarece:

Um Contrato de Aliança compreende uma série de diretrizes de relacionamento que enfatizam a confiança, objetivos mútuos, negociações justas, boa-fé, cooperação e compromisso firmes em relação ao empreendimento, na busca da minimização de conflitos. Um aspecto importante da formação de parcerias é a intenção das partes de compartilhar, sempre que possível, os riscos relacionados às dificuldades imprevistas (as perdas) e os lucros inesperados (os ganhos). Assim, ao erigirem um novo tipo de estrutura (o Contrato de Aliança), as partes trabalham de forma cooperativa e transparente, e compartilham o sucesso ou o fracasso da implantação do empreendimento, bem como a responsabilidade pelas decisões e pelo gerenciamento dos riscos. Esse objetivo é atendido, principalmente, pela formulação de uma remuneração baseada na busca do melhor desempenho e aplicação de incentivos.⁹

Dos comentários acima colacionados, permite-se extrair a primeira característica a ser pontuada, concernente à formação de uma única equipe de gestão da obra, a ser integrada por representantes de ambas as partes envolvidas. Esta equipe terá a importante missão, essencial para o êxito do projeto, de estabelecer um relacionamento consensual e colaborativo, que deverá ser preservado e estimulado a todo o tempo. O empreiteiro continuará sendo o responsável pela execução do empreendimento, mas o contratante compartilhará com ele experiências e impressões sobre o projeto, para a construção de consenso sobre os melhores métodos e soluções a serem adotados. Há, pois, uma efetiva soma de esforços e total compartilhamento das decisões.

Esta soma de esforços tem um motivo determinante: os aliancistas são sócios nos benefícios e nos prejuízos decorrentes do projeto. Assim, economias são compartilhadas, do mesmo modo com que são rateados os eventuais acréscimos de valores. Como resultado disso, estarão as partes estimuladas a buscar o melhor para o projeto, ao invés de perseguirem o melhor para si, como nos contratos tradicionais.

Este estímulo decorre da definição de uma estrutura de remuneração variável, além da previsão de bônus. A remuneração variável funda-se na definição de um preço-teto (*ceiling price*), que constituirá o valor máximo considerado aceitável pelo contratante, e um preço-meta (*target price*), que indica o ponto que se reputa ótimo em termos de custo para o empreendimento, sendo certo que ambos os marcos

⁸ WASSENAER. Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de produtos melhores. In: SILVA (Coord.). *Direito e infraestrutura*. p. 88.

⁹ BUENO. Melhores práticas em projetos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizados. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DA LATIN AMERICAN REAL ESTATE SOCIETY (LARES), 9., p. 14.

deverão ser delimitados por consenso entre as partes, como é a regra numa aliança. Assim, tudo o que o contratado conseguir reduzir em termos de custo do projeto, afastando-se do preço-teto e aproximando-se do preço-meta, será dividido igualmente entre os aliancistas.

Ademais, deverão ser acordados bônus de *performance*, a serem livremente definidos entre as partes. Um evento habitualmente premiado é a redução de tempo na execução do projeto, mas outros tantos poderão ser fixados, segundo o interesse do aliancista contratante e a anuência do aliancista contratado. A incorporação de determinados ganhos de produtividade no projeto, ou o atendimento a certos requisitos ambientais, podem ser bons exemplos em termos de pagamento de bônus.

Tratando-se de remuneração, convém esclarecer que, num contrato de aliança, os custos da empreitada são previamente discutidos entre as partes e, assim, ressarcidos ao contratado. Este ressarcimento se baseia na prática conhecida como *open book*, ou livro aberto, por meio do qual se confere total transparência ao processo de composição do orçamento. Garante-se, portanto, que o contratante possua pleno conhecimento da formação dos preços unitários, dos índices de produtividade e dos eventuais fatores de improdutividade, da origem e da confiabilidade dos valores cotados, enfim, de tudo o que diga respeito à engenharia de estimativa de custos do projeto, permitindo-se que seja realizado o pagamento exato do que for efetivamente devido.

Além do ressarcimento e da já mencionada remuneração variável, o aliancista contratado ainda terá direito a um percentual a ser definido entre as partes, incidente sobre o custo total da empreitada. Este percentual contemplará o lucro acordado e as despesas com sua administração central (*overhead*). Todos os demais percentuais que habitualmente integram o BDI de um contrato de obra, como tributos e despesas financeiras, serão previstos conforme definição realizada entre as partes. Já as contingências não devem, em princípio, ser orçadas, exatamente porque a necessidade de alterações futuras do contrato será avaliada de comum acordo, sem que haja uma vedação preestabelecida. A sistemática de pagamento poderá, ainda, ser livremente convencionada.

Outro diferencial do contrato de aliança é o seu momento de início. Uma aliança não se estabelece sobre um projeto já definido e pronto para ser executado. Os aliancistas se reúnem em torno de um conceito embrionário, em regra de elevada complexidade, para, juntos, percorrerem todo o ciclo de desenvolvimento do projeto. Desta forma, deverão os aliancistas percorrer lado a lado etapas de conceituação, detalhamento e orçamentação do projeto, com a elaboração de seu estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE), para que, enfim, se alcance uma decisão quanto à sua execução.

Para as entidades que realizam a implantação de empreendimentos baseadas na metodologia do *Front End Loading* (FEL), estabelecida pela *Independent Project*

Analysis (IPA), que se estrutura a partir do avanço do grau de definição do projeto baseado em três estágios, com seus respectivos portais de decisão, o contrato de aliança contemplará o desenvolvimento dos pacotes de suporte à decisão FEL 1, 2 e 3, o que se traduz em abranger, respectivamente, o planejamento do negócio, a elaboração da engenharia conceitual e, finalmente, a confecção do projeto básico. Uma vez alcançada esta última fase (FEL 3), o que demanda, como dito, a superação de três portais intermediários de decisão, caberá ao aliancista contratante decidir pela execução do empreendimento ou não, o que se convencionou chamar de “*go/no go*”.

Com o “*go*” do projeto, ou decisão por sua execução, devem estar definidos o preço-teto, a remuneração do parceiro e o critério de pagamento de bônus, por redução de custos e/ou antecipação de prazo, e de incidência de penalidades, por gastos excessivos ou atrasos de execução. Não há, todavia, a necessidade de que o preço-meta também já esteja definido. É sabido, entretanto, que quanto mais evoluído estiver o projeto, maior será o grau de confiabilidade atingido, reduzindo as chances de obtenção de bônus pelo contratado. Ao mesmo tempo, contudo, a maior confiabilidade significa menores dúvidas quanto à possibilidade de cumprimento do cronograma do projeto, o que igualmente reduz a chance de que alguma inexecução parcial ou baixa produtividade possa ensejar a aplicação de penalidades.

Disposta em apertadíssima síntese as bases sobre as quais se estabelece um contrato de aliança, é necessário salientar que, na prática, esta modelagem contratual ainda tem aplicação bastante incipiente no mundo. A grande exceção a este cenário é a Austrália, que vem angariando contínuas experiências e, com isso, aprofundando o conhecimento acumulado a respeito deste tema. Prova maior do amadurecimento deste processo governamental australiano foi dado recentemente por seu Ministério de Infraestrutura e Transportes, que editou, em 04.08.11, a Política Nacional para Contratos de Aliança.¹⁰ Por meio do referido documento, são definidos como princípios para um contrato de aliança a boa-fé, a tomada de decisão pautada no melhor para o projeto, o compromisso de não litígio, a cultura “sem culpa”, a transparência através do compartilhamento de relatórios e do *open book*, e a estrutura de gestão conjunta, com a responsabilidade partilhada entre os participantes da aliança.

Relativamente a estes princípios, todos praticamente autoexplicativos, demanda-se apenas que se esclareça a denominada cultura “sem culpa”. Com efeito, por meio deste pressuposto, estabelecem as partes possuírem ciência de que erros poderão vir a acontecer ao longo do desenvolvimento do projeto, o que não deverá ensejar, contudo, uma postura de imputação de culpa entre os signatários. Dentro do sentimento de equipe e de unidade que se pretende ver implantado num contrato de

¹⁰ AUSTRÁLIA. National Alliance Contracting Guidelines.

aliança, deverá prevalecer, assim, esta lógica não acusatória, como desdobramento do princípio da boa-fé e do compromisso de não litígio.

Outro dado interessante de se captar da vivência australiana nesta matéria são os traços demarcados para a identificação de um projeto como propício à utilização da metodologia do contrato de aliança. Segundo consta,¹¹ um projeto que se adequa à proposta do contrato de aliança geralmente se caracteriza por um ou mais dos seguintes fatores:

- a) O projeto tem riscos que não podem ser adequadamente definidos ou mensurados antes do processo de seleção do aliancista;¹²
- b) O custo de transferência de riscos é proibitivo;
- c) O projeto deve começar o mais cedo possível, antes que os riscos possam ser totalmente identificados e/ou o escopo do projeto possa ser finalizado, e o proprietário esteja preparado para assumir o risco comercial de um resultado financeiro inferior ao desejado;
- d) O proprietário tem conhecimento superior, habilidades, preferências e capacidade de influenciar ou participar no desenvolvimento e entrega do projeto, incluindo, por exemplo, o desenvolvimento da solução e do método de construção;
- e) A avaliação e gestão de risco sob um enfoque coletivo irá produzir um resultado melhor.

Desta feita, apresentados os contornos do contrato de aliança, cumpre, agora, investigar se esta modelagem contratual pode ser aplicada no Brasil. O próximo tópico se dedica a este propósito.

4 O contrato de aliança e a legislação brasileira

Expostas determinadas fragilidades do regime brasileiro de contratações de obras públicas, e apresentadas as bases do contrato de aliança, com seu foco na construção de um relacionamento fundado no consenso, passa-se a examinar a legislação brasileira afeta à matéria, com o intuito de verificar em que medida a metodologia do contrato de aliança com ela se harmoniza. Em suma, é possível à Administração Pública brasileira realizar um contrato de aliança?

¹¹ Informações extraídas do sítio do Governo do Estado de Victoria. Disponível em: <<http://www.dtf.vic.gov.au/CA25713E0002EF43/pages/alliance-contracting>>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹² Anote-se que, na Austrália, a opção pelo contrato de aliança não dispensa, de pronto, a realização de processo seletivo entre potenciais interessados. Uma seleção pública para um contrato aliança envolve, entretanto, em face das características desta estratégia de contratação, a realização de uma fase de pré-qualificação dos interessados, como garantia de que o futuro concorrente detenha a expertise necessária para o desenvolvimento do empreendimento. Para a exemplificação de um processo seletivo voltado à formação de um contrato de aliança na Austrália, veja-se SAKAL. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. *Lean Construction Journal*, p. 75.

Antes de se adentrar na investigação da lei, permita-se revisitar a principiologia que pauta a atuação da Administração Pública brasileira e que, portanto, informa a própria interpretação da legislação, para dela ressaltar o princípio da consensualidade.

Por meio da consensualidade, vê-se intensificar, nos tempos atuais, uma mudança de postura da Administração Pública, que vislumbra no acordo e na negociação uma alternativa à resolução imperativa das questões a ela submetidas.

Referência nacional sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³ esclarece que a consensualidade surge como uma opção à imperatividade e é resultante tanto do Estado Democrático, que tem na legitimidade um dos seus limitadores, como da democracia emergente no final do Século XX, marcada pela maior participação social, ante a preocupação do indivíduo com a forma pela qual será governado.

Quanto às vantagens obtidas com o recurso à consensualidade, destaca o eminente publicista:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).¹⁴

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka também salientam o movimento de concretização da consensualidade, destacando que “a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação”.¹⁵

¹³ MOREIRA NETO. *Mutações do direito administrativo*, p. 41. Odete Medauar também expõe as razões para o fortalecimento da consensualidade: “Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de ‘formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas’, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de *deregulation*; à emergência de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões” (*O direito administrativo em evolução*, p. 210).

¹⁴ MOREIRA NETO. *Mutações do direito administrativo*, p. 41.

¹⁵ OLIVEIRA; SCHWANKA. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *In: ANAIS DO ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 17.

Como se pode observar, o princípio da consensualidade encontra no contrato de aliança a sua efetiva materialização, mormente ao se identificar que este modelo contratual imbuí-se firmemente do esforço pela superação do relacionamento adversarial próprio das contratações tradicionais, em benefício da cooperação e da colaboração.

Feita esta abordagem inicial, cabe salientar que, especificamente para a Petrobras, sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta federal, a indagação quanto à possibilidade de celebração de um contrato de aliança poderá ser respondida sem maiores dificuldades, na medida em que seu Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, oferece a primeira e única previsão expressa do contrato de aliança na legislação brasileira, notadamente para estabelecer hipótese de inexigibilidade de licitação, veja-se:

Item 2.3 – É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:

i) para a celebração de “contratos de aliança”, assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços “meta” e “teto”, para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado.¹⁶

Ante a referida previsão, poderia ser pertinente questionar se todo contrato de aliança deve necessariamente materializar, na prática, uma inexigibilidade de licitação. A experiência australiana, no entanto, demonstra ser plenamente possível realizar a escolha de um aliandista mediante processo seletivo. Isto dependerá, portanto, das especificidades do caso concreto. De qualquer forma, se é possível à Petrobras realizar uma contratação direta para a celebração de um contrato de aliança, é correto considerar que a realização de uma licitação também seria absolutamente admissível.

No âmbito da Lei nº 8.666/93, no entanto, inexistente a mesma previsão, demandando-se, pois, um exame mais circunstanciado, até a identificação de uma resposta final. Neste desiderato, o prisma de análise que se propõe abrange três relevantes questões que erigem do contrato de aliança, que são a identificação da modalidade de licitação propícia à sua formalização, a desoneração da Administração no que tange à elaboração do projeto básico, e, ademais, a possibilidade de previsão de uma remuneração variável.

De início, contudo, é necessário deixar claro, inclusive como pressuposto para a continuidade destas reflexões, que a conjugação de esforços que nutre um contrato de aliança não tem o condão de desnaturá-lo como contrato, na exata concepção

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, Anexo, item 2.3, “i”.

terminológica. Com efeito, convém rememorar a clássica distinção entre contratos e convênios, no sentido de que um contrato se caracteriza pela existência de interesses contrapostos e o convênio por interesses convergentes.

Não se deve negar que o contrato de aliança prima pelo alinhamento de forças e pela harmonização dos interesses manifestados pelas partes, desde a concepção do projeto e até o término do contrato, em caso de execução física do projeto (“*go*”). Há nisso, inclusive, o grande diferencial desta metodologia e razão dos seus bons resultados alcançados. Nada disso, todavia, afasta o fato de que o interesse do particular que celebre um contrato de aliança com a Administração Pública seja a obtenção de lucro, exatamente como ocorre em todos os contratos que firma, no desenvolvimento da atividade econômica a que se destina. E a Administração, por seu turno, almeja a entrega do empreendimento planejado.

A caracterização de interesses divergentes aponta, pois, para a existência de um contrato, cuja celebração, a teor do art. 37, XXI, da Constituição da República, demanda, em regra, a realização de procedimento licitatório.

Esta conclusão provoca o primeiro tópico de exame ora proposto, atinente às bases por meio das quais um contrato de aliança poderá ser licitado, à luz da Lei nº 8.666/93.

De pronto, é impositivo assinalar que será inviável a realização de uma licitação nas habituais modalidades convite, tomada de preço e concorrência, haja vista que o orçamento que poderia pautar a seleção de uma destas modalidades constitui exatamente um dos produtos do próprio contrato de aliança.

A inexistência de um orçamento estimado inicial também constituirá causa impeditiva do emprego dos tipos menor preço, técnica e preço e melhor técnica, na medida em que todos eles, nos termos do art. 45, I, e da sistemática definida pelo art. 46, ambos da Lei nº 8.666/93, valem-se do critério preço, em alguma medida.

Resta, portanto, a previsão da modalidade concurso, inserta no inc. IV do art. 22 da Lei Geral de Licitações. O concurso, em conformidade com a dicção do §4º daquele dispositivo, c/c art. 13, I, do mesmo diploma, presta-se à seleção de serviços técnicos profissionais especializados, incluindo a realização de estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos, mediante a concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor.

Apesar de pouco usual, convém observar que a modalidade concurso poderá ser de grande valia neste caso, por se amoldar à proposta de seleção de um aliancista. Com efeito, esta modalidade permite a verificação das habilidades e das experiências detidas por este particular, ao mesmo tempo em que poderão ser comparadas as soluções técnicas propostas pelos competidores. Além disso, não se verifica, aqui, a necessidade da elaboração de um orçamento prévio.

Veja-se, por oportuno, que não se vislumbra qualquer óbice jurídico a que o referido prêmio a ser instituído seja a própria celebração do contrato de aliança,

associado ou não a uma remuneração inicial, o que corrobora a adequação desta modalidade.

Tratando-se de serviços técnicos profissionais especializados, é necessária a menção, ainda, à possibilidade da realização de uma contratação direta, pautada em hipótese de inexigibilidade de licitação, segundo o que dispõe o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, se o contratado detiver notória especialização, como exige o comando legal em tela.

Pois bem. A partir da adoção da modalidade concurso, supera-se outro entrave substancial à celebração de um contrato de aliança sob a égide da Lei nº 8.666/93, que é a exigência de que toda licitação destinada à contratação de uma obra ou serviço de engenharia se processe baseada em um projeto básico, nos termos do seu art. 7º, §2º, I. O referido diploma chega até mesmo a proibir que o autor do projeto básico participe da licitação que se valha deste documento, como se extrai do seu art. 9º, II.

De fato, a adoção da modalidade concurso permite que a licitação possa ser promovida sem a prévia elaboração de um projeto básico, na medida em que este documento poderá, inclusive, ser o produto a ser apresentado pelo licitante na disputa pelo prêmio. Se não for este o caso, deverá resultar do concurso o estudo técnico com lastro no qual o projeto básico deverá ser desenvolvido.

Esta proposta, portanto, amolda-se perfeitamente ao contrato de aliança, que pressupõe a conjugação de esforços também com vista à elaboração do projeto básico, inclusive para que os riscos decorrentes de eventuais falhas neste documento possam ser igualmente suportados por todos os envolvidos.

Neste particular, entretanto, é válido salientar que o RDC, criado pela Lei nº 12.462/11, já contempla exceção à regra da prévia elaboração de projeto básico, segundo disposição de seu art. 8º, §5º. Cuida-se da previsão da modalidade de contratação integrada (equivalente a um contrato *turn-key*), por meio da qual a execução do projeto básico competirá ao contratado. Deverá a Administração, neste caso, realizar apenas um anteprojeto e efetuar o cálculo do valor do objeto por meio de um “orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica” — o que remete, neste universo dos empreendimentos de engenharia, à figura do FEED (*front end engineering design*).

Muito embora seja relevante o registro, por seu ineditismo, mormente porque, para a empreitada integral do art. 6º, VIII, “e”, da Lei nº 8.666/93, que seria o paralelo da contratação integrada do RDC, não se encontra a Administração desobrigada a elaborar o dito projeto, é necessário assinalar que esta “evolução” vem inserida numa modalidade de contratação que veda a posterior celebração de termos aditivos (art. 9º, §4º), salvo hipótese de reequilíbrio ou solicitação de alteração do projeto pela Administração, reavivando, portanto, o problema das contingências que oneram os preços contratados, além de desaguar na tônica dos contratos adversariais.

Finalmente, o terceiro e último tópico a ser comentado diz respeito ao estabelecimento de uma remuneração variável em favor do aliancista, o que constitui elemento fundamental em meio à sistemática desta modalidade de contratação, exatamente por estimular os ganhos de eficiência do projeto, com redução de prazos de execução e economia de valores. Trata-se, diga-se de passagem, de uma grande evolução em comparação com o critério estático de remuneração adotado pela Lei de Licitações, baseado na definição de um preço fixo, que em nada contribui para o sucesso do projeto.

De tão inovador, fato é que não se extrairá de nenhuma regra da Lei nº 8.666/93 fundamento expresso para a utilização de um critério de remuneração variável. Apesar disso, é inegável que esta medida, pelos objetivos que persegue, encontra amplo suporte nos princípios da economicidade e da eficiência, que informam todas as contratações públicas, de modo que, respeitado o preço-teto definido em contrato, o que garante observância ao princípio orçamentário,¹⁷ não se deve vislumbrar vedação ao seu emprego.

Já para as obras a serem contratadas no âmbito do RDC, a questão se resolve ainda mais facilmente, porquanto o art. 4º, IV, da Lei nº 12.462/11 prevê literalmente a possibilidade de “pagamento de remuneração variável conforme desempenho”.

Finalmente, demonstrando se tratar de efetiva tendência atual do legislador pátrio, cabe ainda anotar que, com a recente edição da Medida Provisória nº 575, de 7 de agosto de 2012, a Lei nº 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas (PPPs), passou a também incorporar, na nova redação do §1º de seu art. 6º, a possibilidade de previsão de uma “remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

Neste sentido, cumpre constatar que o regime de contratação pública estabelecido pela Lei nº 8.666/93 não se apresenta como empecilho para a celebração de contratos de aliança pela Administração Pública, da mesma forma que o Regime Diferenciado de Contratação da Lei nº 12.462/11.

5 Conclusão

O volume de obras em realização no País, com vista à eliminação dos gargalos de infraestrutura que limitam o desenvolvimento econômico nacional e em cumprimento aos compromissos esportivos assumidos, realçou em cores vivas, como dito, a necessidade de revisão da legislação brasileira de contratação de obras públicas.

¹⁷ Com efeito, na forma do art. 7º, §2º, III, da Lei nº 8.666/93, as obras somente poderão ser licitadas se “houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”.

Se as compras públicas foram modernizadas pela criação da modalidade pregão,¹⁸ e mais especificamente de sua forma eletrônica, a Lei nº 8.666/93 praticamente não evoluiu quando se trata de obras e serviços de engenharia.

Neste contexto, se o contrato de aliança não é a solução para todos os males, porquanto, segundo registrado, já foram identificadas as hipóteses em que esta modelagem se revela mais apropriada, é possível extrair desta inovação um novo influxo capaz de revigorar o vínculo entre o público e o privado, que é o afastamento das maiores zonas de atrito entre os conhecidos interesses destas partes, em busca da promoção da parceria e da cooperação, as quais, ao fim e ao cabo, deveriam constituir o cerne de qualquer instrumento contratual. Daí se falar na necessidade de superação do regime adversarial insuflado pelo modelo de contrato decorrente da Lei nº 8.666/93.

A exposição acima realizada permite a clara identificação das diferenças existentes entre a sistemática do contrato de aliança e o regime de empreitada por preço global, que constitui a regra das contratações públicas brasileiras. A primeira delas já foi anunciada anteriormente e diz respeito ao tratamento dos riscos, que numa empreitada por preço global são repassados ao contratado. Este, por sua vez, os incorpora no orçamento, fazendo com que a Administração pague por eles, independentemente da sua materialização.

Relevante também pontuar a diferença de filosofia dos cogitados instrumentos contratuais. Os contratos administrativos atualmente utilizados são formatados com a finalidade precípua de estabelecerem a imputação de responsabilidades, com vista à desoneração e proteção da Administração. Praticamente nada se vislumbra nestes instrumentos que vise ao fomento de um ambiente colaborativo, propício à troca de experiências e à conjugação de esforços. Em suma, resta claro que o relacionamento adversarial que prejudica o alcance dos melhores resultados para o projeto é um vício de origem destes contratos.

Ademais, num contrato de aliança, não se fará necessária a equipe de fiscalização do contratante, comum no regime de empreitada, já que a participação efetiva do aliancista contratante no projeto dispensa este ônus. Elimina-se, pois, mais uma despesa da Administração e, ao mesmo tempo, um substancial foco de atrito entre as partes.

Por fim, convém anotar que o tom adversarial que se origina da filosofia dos contratos administrativos em uso contamina ainda o processo de tomada de decisão das partes, que numa empreitada se pautará na promoção de interesses unilaterais. Não há, de fato, contexto para se imaginar que irão os contratantes perseguir o melhor para o projeto, como num contrato de aliança, porque nada, no vínculo criado, promove este movimento.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Não se pretende, aqui, ignorar que num contrato de aliança também haverá o risco de atritos e desentendimentos. A definição do orçamento, por exemplo, é um momento potencialmente belicoso. Naturalmente, desejará o contratante fixar o menor preço possível para o empreendimento, ao mesmo tempo em que o contratado buscará fazer constar margens que, sabe ele, não precisarão ser executadas, facilitando o alcance do preço-meta e o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção de bônus.

A diferença é que, num contrato de aliança, a estrutura contratual está preparada para lidar com estes movimentos indesejados. O primeiro instrumento inibidor desta zona de atrito será a própria necessidade do “go” para a execução do projeto — interesse maior do aliancista contratado. Com efeito, o encarecimento do projeto pode desestimular o contratante a decidir pela sua implementação, de modo que o contratado deverá ter prudência e importante dose de parcimônia quando da discussão do orçamento.

Ademais, ainda se deve registrar o instrumento do *open book*, que confere total transparência ao orçamento, mitigando o risco destas manipulações tendenciosas.

Como muito bem adverte Arent Van Wassenauer, “deve-se lembrar que as iniciativas de parceria em si não mudam a relação contratual entre as partes. O empreiteiro ainda é o empreiteiro, com seus papéis e responsabilidades, enquanto o dono da obra ainda é o dono da obra”.¹⁹ Não se trata, pois, de negar esta realidade, mas de repensar os atuais contratos firmados para a execução de obras públicas em busca de um modelo que estabeleça estímulos capazes de promover o alinhamento de interesses que nascem opostos, em prol do consenso e do sucesso da parceria. O contrato de aliança, neste contexto, é um exemplo a ser seguido.

Referências

AUSTRÁLIA. National Alliance Contracting Guidelines. Disponível em: <<http://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/nacg/index.aspx>>. Acesso em: 09 out. 2013.

BUENO, Júlio César. Melhores práticas em projetos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizados. *In*: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DA LATIN AMERICAN REAL ESTATE SOCIETY (LARES), 9., 2009. *Conferências...* São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *In*: ANAIS DO ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador, *Anais...* Salvador: 19, 20 e 21 jun. 2008.

¹⁹ WASSENAER. Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de produtos melhores. *In*: SILVA (Coord.). *Direito e infraestrutura*, p. 87.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SAKAL, Matthew W. Project Alliancing: A Relational Contracting Mechanism for Dynamic Projects. *Lean Construction Journal*, v. 2, n. 1, p. 67, abr. 2005. Disponível em: <www.leanconstructionjournal.org/lcj/V2_N1/LCJ_05_005.pdf>. Acesso em: 09 out. 2013.

SANTA MARIA, Paulo Ernesto Pfeifer. *Preço global em obras públicas: licitações e projeto básico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WASSENAER, Arent Van. Alianças e parcerias como métodos de assegurar a entrega de produtos melhores. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KLOSS, Renato Otto. O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 87-105, jan./jun. 2014.

Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados

Eduardo Souza

Juiz Federal na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando no Programa Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

Palavra-chave: Atividade portuária. Investimentos privados. Risco regulatório.

Sumário: **1** Atividade portuária e desenvolvimento – **2** O novo marco legal e os investimentos privados – **3** Financiamento do setor portuário – **4** Investimentos privados – Risco regulatório e aspectos da nova lei sob o prisma da segurança jurídica – **5** Conclusões – Referências

1 Atividade portuária e desenvolvimento

O porto compreende a sua infraestrutura física (instalações, berços, terrenos etc.) e as atividades nele desenvolvidas, denominadas atividades portuárias.¹ Insere-se no importante segmento logístico de transportes de cargas e pessoas, sobretudo as primeiras, que ainda envolve o armazenamento delas. Compõe o setor portuário aquilo que se denomina de infraestrutura econômica, esta última objeto de diversas classificações, dentre as quais destacamos aquela elaborada pelo Banco Mundial, e

¹ “A infraestrutura aquaviária é composta pelos canais de acesso aos portos, bacias de evolução, quebra-mares, hidrovias e berços de atracação. Os equipamentos para movimentação e armazenagem de mercadorias, tais como guindastes, esteiras e armazéns, são conhecidos como superestrutura portuária. A maior parte da superestrutura portuária no Brasil é operada por empresas privadas.

A infraestrutura portuária é composta pelos ativos fixos sobre os quais é realizada a movimentação de cargas entre os navios e os modais terrestres. Os componentes da infraestrutura são imobilizados, isto é, não podem ser colocados facilmente em uso em outros lugares ou em outras atividades.

Finalmente, a infraestrutura terrestre permite o transporte de bens entre os navios e os limites da área do porto, por meio não somente de vias ferroviárias e rodoviárias, dutos e correias transportadoras, mas também dos pátios dos terminais de embarque e desembarque de cargas e passageiros, e dos pátios das áreas de armazenagem.

Um porto é uma área abrigada das ondas e correntes e localizada, na maioria das vezes, à beira de um oceano, mar, lago ou rio, sendo destinada ao atracamento de barcos e navios. Ela conta com o pessoal e serviços necessários ao carregamento e descarregamento de cargas e ao estoque temporário destas, bem como instalações para o movimento de pessoas e cargas ao redor do setor portuário e, em alguns casos, terminais especialmente designados para acomodação de passageiros.

Os portos são formados, em geral, por um conjunto de elementos essenciais a sua operação, como o retroporto, os terminais, os berços, os canais de acesso e atracagem, as vias perimetrais rodoviárias e férreas, além de centros administrativos e operacionais” (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 8).

aquela elaborada por uma importante agência governamental brasileira, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA).

Para o Banco Mundial (STRAUB, 2008 *apud* IPEA, 2010a, p. 15), infraestrutura econômica envolve os principais setores que subsidiam os domicílios e a produção, quais sejam: o de energia, o de transportes, o de telecomunicações, o de fornecimento de água e saneamento. Para o Ipea, distingue-se a *infraestrutura social e urbana*, dedicada ao suporte aos cidadãos e seus domicílios (habitação, saneamento e transporte urbano); *infraestrutura econômica* destina-se a dar apoio às atividades do setor produtivo, englobando os setores de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia elétrica, petróleo e gás natural, biocombustíveis e telecomunicações (IPEA, 2010a, p. 15).

A importância da infraestrutura para o desenvolvimento econômico e social de um país se faz sentir pelos seus reflexos na atividade econômica, permitindo, de forma direta, a expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção, e, de forma indireta, a melhoria na produtividade total com redução dos custos de transação. A infraestrutura, dentre outras externalidades,² possibilita tornar mais rentáveis, e conseqüentemente mais atraentes, os investimentos produtivos, viabilizando maior eficiência ao sistema econômico, além de representar mecanismo concreto de articulação das economias nacionais, e destas com a economia mundial. Traz ainda impactos positivos para o consumidor, ampliando a possibilidade de consumo, visto que ao reduzir os custos de abastecimento barateia os preços e eleva o poder de compra daquele agente (IPEA, 2010a, p. 17-19). Por fim, uma boa infraestrutura é fundamental para a balança externa do país, na medida em que favorece a competitividade do exportador, notadamente em países em que as transações externas sempre foram de grande interesse socioeconômico, a exemplo do Brasil, que desde sua origem até os dias atuais é um forte fornecedor mundial de *commodities*.

No que tange ao setor de transportes, há muito a obter em termos de produtividade. Como se sabe, o Brasil tem uma extensão continental, com deficiente distribuição de recursos e de mercados, com largas distâncias entre os centros produtores e os centros consumidores, aliadas a dificuldades estruturais para investimentos na área de transportes (PADUA; SERRA; 2006, p. 61). No que tange ao setor portuário, a sua importância para a economia brasileira em geral e para o comércio internacional em particular é sentida pela participação dos portos na relação comercial brasileira com o resto do mundo, que chegou a aproximadamente 80% em 2008 (IPEA, 2010a, p. 44³). Em 2007, os portos foram responsáveis pela movimentação de 76,7% do comércio

² As externalidades são definidas por três elementos. Em primeiro lugar, pelo comportamento de uma empresa ou indivíduo, que acarreta mudanças no lucro ou no bem-estar de outra empresa ou indivíduo; em segundo, pelo fato de esse comportamento não ter *preço*, isto é, *não* ser objeto de transações no mercado. E, finalmente, por seu caráter involuntário, ou até mesmo acidental (CALDERONI, 2004, p. 576-577).

³ Noticiou-se que, no Brasil, a movimentação de cargas nos portos e terminais cresceu, entre 2002 e 2012, 5,5%, sendo que 84% das exportações brasileiras e 74% das importações, em valor, são feitas pela via marítima (CEZAR, 2013, p. G1).

internacional brasileiro, perfazendo um valor de aproximadamente US\$214 bilhões em transações de mercadorias. Ainda assim, o Brasil possui um potencial aquaviário quase inexplorado. São cerca de quarenta mil quilômetros de rios navegáveis e quase sete mil quilômetros de costas marítimas com forte potencial de transporte de cargas e passageiros (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 19-20).

Outro fator que enobrece o transporte via portos é a competitividade traduzida em menor custo, quando comparado a outros modais. Com efeito, sendo o transporte rodoviário cinco vezes mais caro que o ferroviário, o custo do transporte aquaviário é significativamente inferior ao ferroviário. Historicamente, aliás, os custos do transporte fluvial, e, sobretudo marinho, sempre foram menores, sendo tal transporte o grande propulsor da atividade comercial, bastando ver que na idade média o florescimento da atividade comercial se deu, sobretudo, com o desenvolvimento das técnicas de navegação por mares (LE GOFF, 1991).⁴

No Brasil, não obstante a importância social e econômica que o reveste, nem por isso o setor portuário conseguiu ver superadas as deficiências que afetam o seu desempenho, desde problemas históricos, inerentes ao próprio processo de desenvolvimento nacional, até modernos empecilhos, decorrentes do cada vez mais dinâmico processo de inovação tecnológica. Tovar e Ferreira (2006, p. 220) aludem a diversos estudos elaborados nos últimos anos, com o objetivo de identificar os principais gargalos dos portos brasileiros, concluindo que a precariedade dos acessos rodoviários e ferroviários, bem como a falta de dragagem de manutenção, são os grandes entraves atualmente enfrentados.⁵ No mesmo sentido, constatação de Campos Neto *et al.* (2009, p. 20-21):

Há muito são famosas as filas de caminhões ao longo das estradas e avenidas que levam aos grandes portos brasileiros, em especial nos períodos de safra. Além disso, não são raros os casos de navios de grande porte que se veem impedidos de atracar nos portos nacionais devido à falta de profundidade dos berços e baías de movimentação, ou, se conseguem atracar, os armadores são obrigados a embarcar com volumes inferiores à sua capacidade, elevando o preço dos fretes e reduzindo a competitividade dos portos e dos produtos.

⁴ Dissertando sobre a revolução comercial ocorrida na Europa medieval entre os séculos XI e XII, e após anotar a importância e a precedência do mercador itinerante, o historiador Le Goff (1991, p. 11-13) aponta que o custo do transporte por mar é infinitamente menos elevado do que por terra: 15% do valor da mercadoria para grãos, por exemplo, enquanto que via rotas terrestres os custos de tal mercadoria podiam chegar a 100% a 150%, do valor original.

⁵ Em rico mapeamento, identificou-se a necessidade de 133 obras de construção, ampliação e recuperação de áreas portuárias (R\$20,46 bilhões), 45 obras de acessos terrestres (R\$17,29 bilhões), 46 de dragagem e derrocamento (R\$2,78 bilhões) e 41 de infraestrutura portuária (outras obras) (R\$2,34 bilhões), totalizando uma necessidade de investimentos de R\$42,88 bilhões. Registra-se, outrossim, que a maior demanda identificada, em número de obras e também em valor orçado, refere-se à necessidade de construção e manutenção de áreas, retroáreas, berços, pátios, píeres, molhes e cais dos portos (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 21).

A questão dos acessos aos portos é de grande relevância ante a já mencionada extensão territorial do país, com poucos acessos viários, em que não é incomum as mercadorias percorrerem longo caminho desde o local em que são produzidas, levando em consideração a quase exclusividade conquistada pelo transporte rodoviário,⁶ notoriamente mais caro, em detrimento da alternativa ferroviária e aquaviária. A matriz de transportes brasileira é fortemente concentrada naquele modal: 61% em rodovias, 21% ferrovias, 14% hidrovias. Diz-se que um trecho de 1 mil km consome 56 litros de combustível por estrada, 10 litros por ferrovia, 5 litros por hidrovia (SILVEIRA, 2013, p. A1). Além do custo econômico decorrente da predominância deste modal, que se reflete no encarecimento da nossa produção, associam-se ainda outras desvantagens, como o tempo levado para o escoamento da produção, aumentando os custos das transações e, em alguns casos, quebra de contratos.⁷ O transporte rodoviário traz ainda um passivo ambiental considerável, havendo notícia de que a emissão de carbono por ele proporcionada anula o conforto ambiental gerado por nossa matriz energética, predominantemente baseada na energia hidroelétrica, fonte mais limpa e econômica.

Vale ressaltar que, independente do modelo de transporte que se consolidou no Brasil, o fato é que os portos sempre dependem de outros modais, sendo fundamental a compreensão do conceito de intermodalidade.⁸ O porto não está isolado, ao contrário, necessariamente compõe uma cadeia de transporte integrada, incluindo todas as modalidades de transportes, entre o depósito da fábrica, passando pelo cais do porto, até a porta do destinatário, ou seja, pressupondo a participação de operadores de transporte multimodais (PADUA; SERRA, 2006, p. 84). O porto pode ser entendido como um conjunto de terminais agrupados que utilizam a mesma infraestrutura física

⁶ Na lição de Lessa (2009, p. 100): “O Brasil tem uma matriz de transporte de carga excessivamente dependente da modalidade de mais alto custo. Há previsão de encarecimento mundial relativo de petróleo e derivados, o que atingirá, no futuro, o ‘baixo ventre’ da matriz brasileira. Agrava o quadro o predomínio crescente da modalidade rodoviária no transporte intraurbano de cargas e de pessoas. Isto reflete a preferência absoluta pelo transporte individual no veículo automotor. No transporte viário metropolitano, é reduzida a participação dos modais sobre trilhos (ferrovia e metrô)”.

⁷ O transporte rodoviário em tese deveria servir a trajetos de curto e médio alcance, sendo o ferroviário e, sobretudo, o aquaviário, especialmente no Brasil, que dispõe de uma generosa hidrografia, mais indicados para grandes distâncias, ou no nosso caso, continentais distâncias. A isso soma-se a qualidade precária de nossas rodovias, parcamente conservadas e infimamente duplicadas, situação agravada pelo aumento espantoso da nossa frota automotiva, que nos últimos anos assistiu à uma forte política de fomento tributário e creditício. Não são raras, na imprensa, notícias de largos engarrafamentos no porto de Santos, que inclusive concentra grande parte da operação de embarques de *comodities* agrícolas para o exterior, gerando atrasos, cancelamento de contratos, em razão de descumprimento de prazos, além do espantoso custo gerado (diz-se que transportar soja de Matogrosso até Santos é mais caro que seu transporte do porto até a Ásia).

⁸ Segundo Porto (2007, p. 138): “Trata-se de uma visão global da cadeia de transportes. Nessa visão, os diversos trechos do transporte de mercadorias, em terra, no mar, e até no ar, são agrupadas, formando um percurso ‘total’. Esse tratamento do início e do fim do deslocamento da carga é denominado porta-porta, do local de produção ao local de consumo.

Nessa consideração, obtêm-se um custo pleno para o deslocamento, somatório, certamente, dos custos parciais ou dos *trachis* intermediários”.

(vias de acesso rodoviárias e ferroviárias, e facilidades do canal de acesso marítimo, por exemplo) e tem como objetivo ser um local para transbordo de mercadorias e produtos de vários tipos, destacando-se: grãos sólidos e líquidos; bens de capital; e contêineres. Particularmente, este transbordo pode ser de um navio para outro; de um trem para um navio; de um caminhão para um navio; e vice-versa. É, portanto, uma estrutura intermodal por excelência (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 9).

Há ainda problemas históricos que comprometem a competitividade de nossos portos, no que diz respeito à eficiência nas operações de importação e exportações: é o caso da extrema burocracia, traduzida em procedimentos alfandegários complexos.⁹ Observa-se que, a nível internacional, o tempo médio para liberar carga é de um a dois dias, mas no Brasil leva-se entre 4 a 5 dias. De acordo com a Fundação Dom Cabral e o Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupa a 123ª posição, entre 134 países, no *ranking* de qualidade dos portos (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 21).¹⁰ Ainda no campo dos vícios históricos, interessante a crítica direcionada aos interesses corporativistas que dominam o setor, bem como a uma imagem não muito construtiva dos portos em países como o nosso:

o sistema portuário nacional é um sistema em parte comandado a partir de fora [...] Nesse contexto, as pressões exercidas pelas grandes trading companies de commodities de um lado e os armadores e operadores do transporte marítimo do outro reforçam o sentimento de dependência em relação a agentes nacionais e internacionais que defendem, em primeiro lugar, seus interesses específicos de grupo, suas corporações. Essa dinâmica é particularmente negativa, pois se sobrepõe aparentemente em um sentimento histórico de rejeição relativa dos portos, em países periféricos, onde os mesmos funcionaram historicamente como portas de saída das riquezas nacionais (açúcar, ouro) e portas de entrada de todos os elementos que simbolizam uma inserção dependente no sistema mundial (tráfego de escravos, pirataria), em tempos coloniais, já apontado por Darcy Ribeiro (Cocco e Silva, 1999). (MONIÉ; VIDAL, 2006, p. 991)

Há, ademais, deficiências relacionadas ao modo como se estruturaram legal e institucionalmente os portos brasileiros, aspecto, entretanto, que será melhor tratado no tópico seguinte, relativo ao marco legal do setor.

⁹ A conclusão a que chegou pesquisa conduzida, junto a 189 profissionais da área de logística de 157 mil maiores empresas com maiores faturamento, é que as exigências burocráticas são o principal problema existente no setor portuário nos dias atuais (ILOS, 2013, p. iii). Segundo reportagem (BERTÃO, 2013): “A quantidade de documentos, as inúmeras exigências legais de diversas agências reguladoras e o tempo de liberação de embarque ou desembarque de cargas por conta da verificação da ‘papelada’ nos portos brasileiros. Toda essa burocracia é o principal problema apontado por usuários do setor portuário numa pesquisa realizada pelo Instituto Ilos no ano passado. Cerca de 61% dos 189 entrevistados identificaram a presença desse gargalo nos portos brasileiros — número bem superior à pesquisa de 2009, quando apenas 32% dos entrevistados viam a burocracia como um problema, e também à de 2007 (33%)”.

¹⁰ No relatório do World Economic Forum (2013, p. 135), para o período 2013-2014, a colocação brasileira piorou, ficando na 131ª posição.

Antes de se apresentar a atual regulamentação do setor portuário brasileiro, será útil uma rápida compreensão histórica. Na linha do que já foi dito quanto à importância dos portos para o Brasil, o sistema portuário brasileiro foi decisivamente marcado pela Carta Régia de 1808, instrumento legal que viabilizou a abertura dos portos às nações amigas, rompendo anterior monopólio instituído em favor de Portugal, e de fato inserindo o Brasil no cenário do comércio internacional. O comércio exterior, aliás, impulsionou o advento de sucessivas regulações, destacando-se a promulgação da Lei das Concessões, em 1869,¹¹ cujo objetivo desta era permitir o financiamento privado de obras de expansão dos principais portos nacionais à época (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 7).

Na década de 30, como reflexo da implantação de uma nova concepção de Estado, de caráter centralizador e intervencionista, o sistema portuário nacional sofreu uma forte estatização, mediante a instituição da Empresa Brasileira de Portos S.A. (Portobrás), que juntamente com as companhias Docas, concessionários privados ou concessionários estaduais, administravam diretamente os portos em território nacional (TOVAR; FERREIRA, 2006, p. 211).

O século XX assistiu a um incremento do comércio marítimo conforme a divisão internacional do trabalho então vigente, o que implicou uma fase de grandes investimentos em portos. Sucede que, posteriormente, em razão do processo de substituição de importações e a industrialização de países periféricos, com o conseqüente fechamento da economia, o setor portuário sofreu certa decadência, que só foi revertida com o aprofundamento do processo de globalização,¹² marcado dentre outras características por uma produção multilocalizada, para qual é indiscutível a importância do transporte marítimo (MONIÉ; VIDAL, 2006, p. 983).¹³

¹¹ “Art. 1º Fica o Governo autorizado para contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de docas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação, sob as seguintes bases:

§1º Os emprezarios deverão sujeitar á approvação do Governo Imperial as plantas e os projectos das obras que pretenderem executar.

§2º Fixarão o capital da empresa, e não poderão argumental-o ou diminuir-o sem autorisação do Governo.

§3º O prazo da concessão será fixado conforme as difficuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa” (BRASIL, 1869)

¹² A partir das lições de Faria (2002, p. 52), pode-se entender a globalização como “um processo de integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional de sistemas produtivos e pela subseqüente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional”.

¹³ Ainda segundo esses autores (MONIÉ; VIDAL, 2006, p. 984), “destacam-se três tendências, todas com impactos sobre as dinâmicas locais e formas relacionais porto-cidade. A primeira tendência para os portos, que se aplica aos portos de Santos e Rio de Janeiro, por exemplo, consiste na modernização do porto da era industrial. Segundo essa lógica, o porto tradicional caro, engessado do ponto de vista operacional e institucional, negativamente impactante sobre meio ambiente deve ser modernizado por intermédio de investimentos nas infra-estruturas e equipamentos portuários e uma reengenharia institucional, quebrando os monopólios. [...] Uma segunda alternativa reside na construção de megaportos voltados para a concentração e a redistribuição dos fluxos do comércio internacional para portos marítimos ou hinterlândias terrestres. Os portos de tipo hubs

No Brasil, o advento da Lei nº 8.630, em 1993, autoproclamada “Lei de Modernização dos Portos”, tentou adaptar o nosso sistema portuário à nova realidade da economia contemporânea. Em seu texto, apesar de mantido caráter misto do sistema, contemplaram-se alterações destinadas a ampliar participação da iniciativa privada, sem que se desnaturasse a natureza pública dos portos. Distinguiram-se portos de instalações portuárias. Os portos públicos poderiam ser operados por concessão à empresa pública ou à empresa privada, mediante prévia licitação. Por sua vez, as instalações portuárias de uso privativo dependiam unicamente de autorização por parte do Poder Público para operarem, sendo a autorização figura jurídica precária quando comparada à concessão, esta última dotada de maiores obrigações (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 12). O viés pró-iniciativa privada inaugurado pela Lei nº 8.630/93 é sublinhado no trabalho de Tovar e Ferreira (2006, p. 213):

Existem três modalidades de transferência da operação das áreas portuárias públicas para o setor privado, que revelam a visão mais privativista da nova legislação do setor (Lei nº 8630):

- Concessão da administração portuária. Na concessão, a licitação é realizada na modalidade de concorrência e, nesse caso, a exploração de portos públicos poderá ser exercida por qualquer entidade privada que vencer a licitação.
- Qualificação e atuação de operadores portuários privados. Nessa forma, há um ato administrativo da autoridade portuária, para cumprimento de normas, para a qualificação e para a prestação de serviços de movimentação de cargas, efetuados exclusivamente pelos operadores privados; e
- Arrendamento de áreas e instalações portuárias. A exploração de atividades portuárias é efetuada com seleção por meio de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão, exceto quando o interessado for titular do domínio útil da área, caso em que necessitará de autorização apenas na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Entretanto, é certo dizer que a Lei nº 8.630 de 1993 adotou um modelo “*landlord port* à brasileira”, adaptando o bem-sucedido modelo internacional de divisão de atividades entre o poder público, na gestão das atividades com características de bem público (infraestrutura portuária comum e de acesso marítimo e terrestre, regulação), e o setor privado (prestação de serviços portuários) (SALGADO *et al.*,

funcionam como instrumentos a serviço de multinacionais marítimas — os integradores globais e terrestres — que formam redes de circulação globais onde meganavios circulam em megarrotas marítimas e servem somente a megaportos estrategicamente localizados (ex. porto de Suape e Pecém)”. A terceira tendência consistiria, ao contrário, “na transformação do porto em instrumento a serviço do desenvolvimento local e/ou regional por meio de uma aproximação do porto e da cidade. A chamada ‘cidade portuária’ prioriza, com efeito, a agregação de valor aos fluxos de cargas que transitam pelos seus portos (ex. porto de Itajaí, municipalizado)” (MONIÉ; VIDAL, 2006, p. 985).

2012, p. 37). Os mesmos autores qualificam tal modelo de “neocorporativista”, que, a despeito de inspirado na experiência europeia, privilegiadora da participação social, serviu no Brasil para acomodar interesses no aparelho estatal, com a finalidade de evitar conflitos, muito embora esse arranjo potencialize ineficiência econômica e disfuncionalidade institucional.

No seio desta regulamentação, deve-se rememorar a interessante questão da movimentação de cargas nas instalações portuárias de uso privativo. Ter-se-ia (i) a movimentação exclusiva de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo; (ii) principalmente de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto; e (iii) de passageiros, em instalação portuária de turismo.

Argumentou-se (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 12-13) que se os terminais privativos operassem exclusivamente com cargas de terceiros importaria uma competição desleal aos portos públicos, uma vez que estes estão sujeitos a um regime jurídico mais restritivo e, conseqüentemente, menos propício à agilidade para a tomada de decisões. Também não seria desejável restringir a operação dos terminais privativos à movimentação de carga própria, uma vez que isto impediria as chances de novos concorrentes atuarem neste mercado. O Decreto nº 6.620/2008 ratificou que os terminais privativos deverão operar precipuamente com as cargas próprias de seu proprietário e, residualmente, com as cargas de terceiros, permitindo também que as empresas privadas requeiram a abertura de processo licitatório para arrendar um terminal público em um porto já existente, ou para obter a concessão de um novo porto.

Por outro lado, a favor da liberalização de movimentação de cargas de terceiros, ponderou-se que a conjuntura econômica pode prejudicar a rentabilidade e até a viabilidade da operação do terminal privativo de uso misto se em um dado momento o proprietário não puder compensar eventuais perdas com o aumento da movimentação de carga de terceiros (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 13). A título de exemplo, tem-se o chamado “porto” de Tubarão, na realidade um terminal privado, pertencente à Vale S/A, que a despeito de especializado no embarco de minérios, embarca também mercadorias diversas como fertilizantes e grãos.¹⁴ Tal questão foi superada com o advento da Lei nº 12.815/2013, sobretudo em razão do veto a um dispositivo que tratava do chamado terminal-industrial, oportunidade em que a Presidência da

¹⁴ O caso do “Porto” de Tubarão é citado por Manteli (2012, p. 71), escrevendo sobre a luta travada ABTP (Associação Brasileira de Terminais Portuários) pela liberdade para os terminais privativos operarem cargas de terceiros. Nos seus primórdios, a empresa Vale, então Vale do Rio Doce, proprietária do Terminal de Tubarão, só podia movimentar minério, mesmo dispondo de trens e navios ociosos em seu terminal. Revertida a vedação, a Vale passou a transportar soja em seus trens e embarcá-la em seu terminal, o que reduziu o custo do transporte daquela *commodities*, bem como descongestionando do acesso ao Porto de Vitória, que antes sofria com imensas filas de caminhões nas ruas próximas à espera de oportunidade para descarregar. Deve-se ressaltar recente notícia no sentido de que o “Porto” de Tubarão é hoje o maior e mais eficiente porto do mundo (VASCONCELOS, 2013, p. G10)

República destacou que a nova lei buscava superar a discussão carga própria vs. carga de terceiros (BRASIL, 2013b).

A Lei de Modernização dos Portos de 1993 (SALGADO *et al.*, 2012, p. 37) definiu os seguintes atores, públicos e privados, responsáveis pela organização institucional dos portos:

1. A Autoridade Portuária (AP) administra o porto organizado, sendo responsável, dentre outras atribuições, pelos investimentos e pela manutenção da infraestrutura portuária. Pode ser empresa privada, entidade estadual ou municipal (via delegação) ou as tradicionais companhias docas, empresas estatais que assumem o papel de autoridade portuária nos portos sob sua jurisdição.
2. O Conselho da Autoridade Portuária (CAP) sobrepõe-se à AP, sendo composto por 26 membros em quatro blocos de atores participantes do porto: o Bloco do Poder Público (BPP), o Bloco dos Operadores Portuários (BOP), o Bloco da Classe dos Trabalhadores Portuários (BCTP) e o Bloco dos Usuários dos Serviços Portuários (BUSP). Com a instituição deste Conselho, procurou-se descentralizar a gestão dos portos.
3. O Operador Portuário (OP) é o órgão executivo de gerência, de fiscalização, de regulamentação, de organização e de promoção da atividade portuária. Dele depende a gestão de recursos humanos efetivos e de prestadores de serviços, atividade realizada pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).
4. O OGMO administra a contratação, a escala e a alocação de trabalhadores portuários (TP) e de trabalhadores portuários avulsos (TPA). Objeto de intensas críticas, visto que incompreensivelmente privilegia uma modalidade mais precária de trabalho (avulso) em detrimento do emprego formal, com carteira assinada e outras garantias ao trabalhador, modelo este que gera um representativo custo, quando comparado com a pouca produtividade proporcionada.

O Decreto nº 6.620/2008 retomou a definição sobre a participação de agentes públicos e privados e seus instrumentos jurídicos, definindo três possibilidades de participação de entes privados e/ou públicos no seu fomento e desenvolvimento: (i) concessão/outorga de portos organizados por meio de licitação; (ii) arrendamento de instalações portuárias mediante licitação, desde que integrantes do Plano Geral de Outorgas; e (iii) outorga de autorização para construção e exploração de instalação portuária de uso privativo (CARDOSO JR, 2010b, p. 50). Esse instrumental contratual, em suas linhas gerais, restou preservado no novo marco legal, a ser explicitado mais adiante.

Complementando o arcabouço regulatório do setor, cabe destacar ainda a Lei nº 11.518 de 2007, que instituiu a Secretaria Especial de Portos, órgão de assessoria da Presidência da República, na formulação de políticas e de diretrizes para o fomento

do setor, além de lhe caber promover a execução e a avaliação de medidas de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura portuária. Também a Lei nº 10.233 de 2001, que instituiu a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), responsável pela implementação de políticas públicas.

Segundo o sítio eletrônico da Secretaria Especial de Portos,¹⁵ o sistema portuário brasileiro é composto por 34 portos públicos, entre marítimos e fluviais. Desse total, 16 são delegados, concedidos ou têm sua operação autorizada à administração por parte dos governos estaduais e municipais. Existem ainda 42 terminais de uso privativo e três complexos portuários que operam sob concessão à iniciativa privada.

2 O novo marco legal e os investimentos privados

Em face desse quadro de importância vital para a economia brasileira, de ontem e de hoje, é tema recorrente a questão dos investimentos no setor de infraestrutura, envolvendo um debate acalorado sobre a sua forma e, sobretudo, em relação aos agentes responsáveis. No que diz respeito ao papel dos agentes interessados, a saber, o Estado e a iniciativa privada, objeto de tópico específico neste capítulo, é importante também dizer que fatores comuns, que transcendem a própria questão financeira, devem ser levados em conta, podendo-se destacar o aspecto institucional, ou seja, como o arranjo jurídico e administrativo forjado pode contribuir para facilitar, viabilizar e assegurar os investimentos necessários à superação dos empecilhos (ditos gargalos) que afetam os diversos setores que compõem a infraestrutura nacional.

Muito se discute a importância das instituições de um país para o seu desenvolvimento, visto que legislação e órgãos reguladores afetam sensivelmente a forma como os agentes econômicos se comportam. Crescem a cada ano os estudos relacionados à chamada *Law & Economics*, que dentre suas diversas correntes, pode-se destacar a escola neo-institucionalista, com as contribuições de Ronald Coase, Douglas North e Oliver Williamson (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2).

No campo jurídico, a chamada adaptação institucional (NUSDEO, 2001, p. 357) é uma das tarefas estatais mais importantes e difíceis, pois envolve a delicada meta de remover uma estrutura jurídico-institucional arcaica e muitas vezes impeditiva do próprio desenvolvimento, para substituí-la por outra a ele mais afeiçoada. Essa adaptação institucional incide sobre leis de caráter econômico mais explícito, como as leis sobre sociedades anônimas, mercado de capitais, sistema financeiro e tantas outras, como também leis e institutos aparentemente (e apenas na aparência) sem cunho desenvolvimentista, como é o caso do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Administrativo, entre vários outros.

¹⁵ <<http://www.portosdobrasil.gov.br/sistema-portuario-nacional>>.

A inter-relação entre economia e direito é motivada pelo fenômeno social e político da *globalização*, fenômeno que destaca economistas e profissionais do direito, na medida em que é um processo caracterizado, *externamente*, pela integração econômica internacional, cada vez mais regulamentado e dependente de contratos; *internamente*, envolve a busca de um modelo econômico capaz de produzir uma integração competitiva na economia mundial, aqui também propiciando interação entre o direito e economia, refletido no aumento da regulação e no uso mais intenso dos contratos como forma de organizar a produção, viabilizar o financiamento e distribuir riscos no dizer de Pinheiro (2003, p. 1).

Com efeito, modernização e simplificação regulatória são metas inerentes ao fenômeno acima apontado, pressupondo o papel central das instituições no desenvolvimento econômico. O conceito de instituições aqui adotado é aquele trazido por North (1990, p. 36-46 *apud* GALA, p. 100-101) o qual compreende as instituições como as leis e constituições formalizadas e escritas (instituições formais), em geral impostas por um governo ou agente com poder de coerção, e normas ou códigos de conduta (instituições informais), formados em geral no seio da própria sociedade, na presença de incertezas e para superar os chamados custos da transação, essas duas últimas noções fundamentais na obra daquele autor.

A qualidade das instituições, dizem Salgado *et al.* (2012, p. 35), é fator determinante da competitividade e do desenvolvimento dos países, influenciando decisões de investimento e de organização da produção, definindo como as sociedades compartilham custos e benefícios do desenvolvimento. O funcionamento e o grau de evolução das instituições afetam os custos dos negócios e o ritmo de desenvolvimento econômico. O referido autor elenca indicadores relativos à qualidade das instituições no Brasil, medida pelo seu impacto sobre os custos e sobre as decisões de negócios, destacando-se o *Relatório de Competitividade Global 2011-2012* do Fórum Econômico Mundial, em que o primeiro pilar da competitividade — justamente o das instituições — mostra que a posição ocupada pelo Brasil é preocupante (77^a).

O debate entre direito e economia encontra sugestivo exemplo no trato das questões jurídicas e institucionais envolvendo o setor da infraestrutura. Trata-se de fértil campo em que surgem novas dinâmicas envolvendo Estado e particulares, regulação e negócios, agências governamentais, entidades da sociedade civil e empreendedores, e uma curiosa revisão de tradicionais categorias jurídicas, como o direito público e o direito privado,¹⁶ que sofrem a confluência não apenas de novas especulações jurídicas e de outras áreas, notadamente da economia e da ecologia. Fala-se,

¹⁶ Ferraz Jr. (2007, p. 137) ensina que a separação entre direito público e direito privado torna-se de difícil realização, já que a própria distinção entre esfera pública e privada perde sensivelmente em nitidez, em razão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, da socialização da produção e do consumo. Anota ainda que surgem campos jurídicos intermediários, nem públicos e nem privados, como o direito do trabalho e os tradicionais conceitos dogmáticos sentem dificuldade de se impor.

aliás, no surgimento de uma nova ramificação, denominada “direito da infraestrutura”, a qual tratar-se-ia de um novo direito empresarial administrativo construído com elementos do direito comercial, econômico e administrativo e da economia, todo ele indispensável nos grandes projetos de infraestrutura (WALD; SAMPAIO, 2013, p. E2).

Tendo como base essas premissas teóricas, e em razão de a Lei nº 8.630/1993 não mais produzir os resultados a que propunha, ou seja, a modernização dos portos brasileiros, à vista dos já anunciados gargalos, refletidos nos incômodos indicadores que colocam os portos brasileiros nas últimas colocações em termos de competitividade, é que a sociedade, o governo e a comunidade empresarial passaram a discutir uma nova legislação. Inicialmente, o novo marco legal tomou forma através da imposição do Poder Executivo, através da Medida Provisória nº 595, que depois veio a ser convertida, com algumas alterações, na Lei nº 12.815/2013, nova lei dos Portos. Para fins do presente trabalho, nos interessa apenas duas questões: a que diz respeito às formas de financiamento e aos mecanismos jurídicos contemplados na lei relacionados à segurança jurídica dos investimentos no setor.

3 Financiamento do setor portuário

Questão delicada, já brevemente introduzida, diz respeito à participação do Estado e da iniciativa privada, sobretudo no que se refere ao financiamento da infraestrutura, incluídos os investimentos no setor portuário. Como visto, a partir da década de 1930, o Estado assumiu um papel muito expressivo na estruturação de setor, seja na sua implantação, seja na sua operacionalização. A Lei nº 8.630, de 1993, denominada Lei de Modernização dos Portos, procurou reverter essa tendência estatizante, motivada pelas graves ineficiências que acometiam o sistema portuário nacional, extremamente oneroso e pouco competitivo.

Em atenção à opção constitucional (art. 175), que ao estruturar os serviços públicos, possibilitou a participação da iniciativa privada, mediante instrumentos jurídicos próprios, quais sejam concessão e autorização, a Lei nº 8.630/93 tentou operar o que se pode denominar nova abertura dos portos, desta vez ao capital privado.

Como já se anunciou, o capital privado, nacional e estrangeiro, teve importante participação nas origens do nosso sistema portuário. Com efeito, na lição de Lessa (2009, p. 85), a infraestrutura portuária (como também a ferroviária), sustentáculo da economia cafeeira paulista, foi predominantemente implantada por grupos privados nacionais, que desfrutaram, além dos ganhos patrimoniais (apropriação de terra agrícola em acentuada valorização), de formas variadas de subsídios, a exemplo da concessão ferroviária de Santos-Jundiá, para o capital estrangeiro, enquanto as Docas de Santos surgiram com uma empresa brasileira que mobilizou capitais por emissões de ações na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. Porto (2007, p. 60-61) ressalta que os primeiros portos brasileiros foram construídos pela iniciativa privada,

a exemplo do porto de Santos 1888, pela família Guinle, ou o de Recife (1909), pela Societé de Construcion du Port de Pernambuco, ou ainda o porto do Rio de Janeiro (1890), pela Empresa Industrial de Melhoramentos do Brasil e The Rio de Janeiro Harbour and Docks; anotando ainda:

Inicialmente, nosso parque de instalações portuárias foi fruto de dois fatores conjunturais: a *falta de recursos do governo*, necessários para uma atividade totalmente dependente de capital, e de *tecnologia para atuar no empreendimento portuário*. Em troca de investimentos portuários eles obtiveram a concessão de serviços portuários. Naquela época, a política era de atrair investimentos privados para o Setor de Transportes, para desonerar os cofres da União (PORTO, 2007, p. 61, grifos nossos)

A Lei nº 8.630, por exemplo, como forma de estimular a iniciativa privada a empreender no setor portuário, vislumbrou uma política creditícia, que efetivamente foi implantada mediante atuação de bancos de desenvolvimento, notadamente o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES):

Com a Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630/1993), o governo passou o controle dos portos às administrações portuárias estaduais e às companhias docas, e buscou apoio e investimento do setor privado por meio de concessões e arrendamentos. *Com isso, ocorreram várias reformas institucionais, aumentando o envolvimento privado nos portos*. Eram essenciais a melhoria na regulação portuária, os avanços na privatização dos serviços e a maior liberalização e competitividade. Com o estabelecimento do novo quadro institucional, *gerou-se uma elevação na participação da iniciativa privada*. A Lei nº 8.630/1993 estabeleceu que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) *poderia financiar a compra de equipamentos para o setor privado por meio da linha de crédito para o Financiamento de Máquinas e Equipamentos (Finame)*. Além disso, o BNDES também passou a dispor do Financiamento a Empreendimentos (Finem) para a operacionalização de linhas de crédito para investimentos em portos e terminais portuários, podendo participar com até 80% do valor total do investimento (BNDES, 2009a). (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 14, grifos nossos)

Numa primeira análise, há indicativos de que a iniciativa privada atendeu a esse chamamento, pois o investimento no transporte hidroviário, que inclui os portos, apresentou participação tanto do setor privado quanto do público. A livre-iniciativa investiu, na média, R\$1,2 bilhão por ano, entre 2002 e 2010. O governo federal aplicou valores médios próximos aos da iniciativa privada: R\$1,0 bilhão por ano, porém com forte crescimento entre 2003 e 2009 e queda acentuada em 2010 (CAMPOS NETO; MOURA, 2012, p. 12). Acontece que tais números precisam ser relativizados à vista do papel desempenhado pelo BNDES e da CEF, pois considerada a política de financiamento com taxas de juros generosas, participação efetiva de recursos públicos

assume contornos mais elevados, conforme estudo que indica que, no período entre 2010 e 2012, 65% dos investimentos em infraestrutura no Brasil são por eles bancados¹⁷ (SOARES, 2013, p. A5).

Quando se fala em financiamento da infraestrutura é nota comum a necessidade de se atrair a iniciativa privada, pois esta proporcionaria maior eficiência na exploração do serviço público, além de ter condições de fazer frente ao grande volume de recursos que tradicionalmente os empreendimentos do setor demandam. O próprio porte dos empreendimentos, viabilizados geralmente por contratos de longo prazo, é adequado ao perfil de determinados investidores financeiros (fundos de pensão, por exemplo, que dispõem de vultosos recursos e trabalham com perspectivas de retorno a longo prazo) e determinados empreendedores (construtoras ou operadoras que detêm a necessária e especializada expertise para viabilizar empreendimentos de maior porte). No caso brasileiro, aliás, há uma crítica no sentido de que o empresariado nacional, com sua visão distorcida por anos de intervenção estatal, ainda se esquia às próprias obrigações e riscos necessários para o desempenho de suas atividades. Reclama-se da necessidade de investimento governamental em infraestrutura, mas empresários que participaram da privatização de algumas dessas redes não teriam se dado conta de suas próprias responsabilidades em investimentos (PADUA; SERRA, 2006, p. 84).

O fato, entretanto, é que, o investimento privado não foge à lógica do capital, almejando atrativos, consistentes em baixo risco e elevado retorno. O setor portuário é um daqueles setores que, pelas condições econômico-financeiras dos projetos, são mais propícios a receber o capital privado, tratando-se de serviços remunerados mediante cobrança de tarifas ou obtenção de receitas operacionais, as quais “devem garantir a recuperação do investimento e dos gastos de operação, manutenção e expansão, possibilitando uma taxa de retorno equivalente à de uma empresa eficiente em uma atividade de risco comparável” (IPEA, 2010, p. 23-24).

A perspectiva de maior participação privada neste importante campo da economia não significa de forma alguma o afastamento do Estado na construção, ampliação, reforma ou modernização da infraestrutura. A realização direta de obras de infraestrutura, aliás, sempre foi um dos tradicionais papéis do Estado na formulação de políticas de desenvolvimento, sendo um exemplo das medidas indutoras de determinados setores ou atividades, para citar a lição de Nusdeo (2001, p. 356).

No setor portuário, por exemplo, observa-se uma atuação compartilhada. O setor privado normalmente investe em equipamentos e na recuperação e manutenção

¹⁷ Quanto ao ponto, é fato que o investidor privado no Brasil prefere investimentos de prazos menores, sendo que a via preferencial é o mercado financeiro tradicional, dada a pouca evolução do nosso mercado de capitais. Dentre as variadas causas apontadas para a ausência de mercado privado para dívida de longo prazo, estaria a forte presença do fomento estatal, sobretudo mediante financiamentos via BNDES, financiamentos estes bancados pelo Tesouro Nacional, o que implicaria, inclusive, forte desestímulo à concorrência com os Bancos privados, pois estes não conseguiriam competir com aquele banco público (TORRES FILHO; COSTA, 2012, p. 987).

das instalações portuárias, restando ao governo a construção e manutenção da infraestrutura portuária. Destaca-se, ainda, o governo como planejador, traçando políticas para ampliar os investimentos, através de programas para *incentivar* o desenvolvimento portuário. Pode-se citar o caso do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (Reporto), instituído pela Lei nº 11.033 de 2004, objetivando estimular a modernização dos portos brasileiros por meio de incentivos fiscais para a compra de equipamentos e máquinas mais modernos, através de isenções fiscais que reduzem os custos dos operadores portuários. Na mesma toada, o Plano Nacional de Logística e Transportes (PNLT), plano de caráter indicativo, de médio e longo prazo, com previsão de investimentos para o período de 2008-2023, que ultrapassa os R\$400 bilhões, deste montante, R\$40,62 bilhões seriam destinados ao sistema portuário (CAMPOS NETO *et al.*, 2009, p. 15).

Outro campo de atuação estatal importante diz respeito à regulação de setores social e economicamente importantes. Em estudo do Banco Mundial conduzido por Fay e Morrison (2005), consignou-se que os governos se mantêm no centro da distribuição dos serviços de infraestrutura e que eles precisam regular a provisão de infraestrutura, além de financiar uma boa parcela dos investimentos. A regulação econômica dos empreendimentos e serviços concedidos se faz importante em virtude das falhas de mercado comuns aos setores da infraestrutura econômica, falhas estas decorrentes da ocorrência de economias de escala e escopo, da assimetria de informações e monopólios naturais.

4 Investimentos privados – Risco regulatório e aspectos da nova lei sob o prisma da segurança jurídica

O sistema portuário brasileiro, como já se frisou, é organizado sob um modelo misto, que busca conciliar a participação pública e privada, modelo que restou mantido na nova regulação, por meio da Lei nº 12.815/2013.

Um dos grandes objetivos da nova lei foi o incremento da participação privada no sistema portuário. A roda da história trouxe de volta uma conjuntura semelhante àquela vivenciada no fim do século XIX e início do século XX, consistente na escassez de recursos públicos para fazer frente ao colosso de necessidades e precariedades que envolvem o setor portuário nacional, resultados de anos de escassez de investimentos e ineficiências proporcionada pelo modelo excessivamente estatal implantado a partir da década de 30.

A frustração que de certo modo resultou dos anos da aplicação da Lei nº 8.630/93 impulsionou o legislador a, através de uma nova legislação, tentar ofertar um ambiente de negócios reformulado. A lei declaradamente traz como diretriz, na exploração de portos organizados e instalações portuárias, dentre outras, o estímulo

à concorrência, incentivando a iniciativa privada¹⁸ na construção, melhoria e ampliação do setor.

Ora, dentre os fatores que pesam no momento da definição de onde investir, os empreendedores, e sobretudo os seus financiadores, levam em conta as condições institucionais que lhes reforçam a convicção de que haverá recuperação dos investimentos, como o retorno esperado, especialmente em se tratando de investimentos de grande porte e de prazo longo, como é o caso do setor portuário.

Tais investimentos evidentemente se submetem a riscos, sendo entretanto papel do Direito proporcionar condições para a diminuição de alguns desses riscos. Ressalte-se que, entre estes, há uma modalidade denominada *risco bom*, que é inerente à atividade, e que deve ser superado pela capacidade do agente empresarial na organização dos fatores de produção, cujo desempenho será premiado ou penalizado. Mas há, outrossim, um risco indesejável, nocivo, que afugenta o investidor, fazendo-o migrar para outros projetos ou, mormente em se tratando de economia globalizada, para outros países. Esse *risco ruim* pode ser chamado de risco institucional ou risco regulatório, decorre de instituições frágeis ou ineficientes. Nas palavras de Forgioni (2012, p. 187, grifos nossos) o mercado deve se comportar como uma ordem, embasada em comportamentos previsíveis e calculáveis, em que “os agentes econômicos confiam que sua atuação (e a atuação dos outros) será baseada em regras, de forma que o risco estará no sucesso ou insucesso da jogada, e nunca nas regras do jogo”.¹⁹

Um ambiente de negócios favorável, portanto, não prescinde de segurança jurídica. Um modelo jurídico que favoreça ou atraia investimentos privados precisa ser estruturado sob o signo deste princípio. Esse modelo é construído pelo Direito,

¹⁸ “Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;

IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias” (BRASIL, 2013a).

¹⁹ Usando outra terminologia, mas com a mesma ideia, Coelho (2012, p. 101) acentua: “Ao lado, porém, dessas vantagens competitivas de raízes econômicas, há outras que não guardam nenhuma relação direta com as características das empresas. Não são vantagens originadas da competição dos empresários, e, porque beneficiam indistintamente a todos de determinados segmentos da economia, acabam premiando também os menos competentes, implicando uma série de distorção dos fundamentos do regime de liberdade de iniciativa e de competição. Essas vantagens competitivas decorrem do marco regulatório, isto é, do direito vigente em cada país (leis, regulamentos administrativos, sua interpretação pelos tribunais etc.). São ‘vantagens institucionais’, de fundamentos distintos dos das ‘econômicas’, pois não derivam de nenhuma manifestação de competência empresarial”.

que, em sua vocação de verdadeira tecnologia (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 83), deve compreender não apenas leis/normas, ou textos legais, mas também a efetividade de tais prescrições, o que alcança a burocracia administrativa do Estado (mormente de um Estado intervencionista), o sistema judicial, independente e eficiente, bem como as transações privadas. Uma tecnologia que elimine e evite, ou ao menos, reduza tais riscos regulatórios ou “vantagens institucionais”.

Nossa Constituição ao estruturar a ordem econômica, capítulo no qual está incluído o tratamento constitucional dispensado aos serviços públicos (art. 175), erigiu a livre-iniciativa como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) e contemplou o princípio da propriedade privada (art. 170, I). Propriedade privada dos bens de produção e liberdade de contratar são os dois valores juridicamente fundamentais protegidos nas economias do tipo capitalista (GRAU, 1997, p. 123).

A opção pela propriedade privada significa a garantia de sua formalização e sua defesa pelo Estado, permitindo a quem a possua ou detenha se concentrar inteiramente em produzir e gerar renda, em vez de passar parte do tempo defendendo-a. Os contratos, ao seu turno, ao tempo em que permitem transferir a propriedade privada, fazendo circular riquezas, se constituem em mecanismo de distribuição de risco (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 95). Assim, ainda na lição de Saddi (2007, p. 240, grifos nossos), “a segurança jurídica é princípio celebrado pelo Direito como fundamental para *reduzir incertezas*, pois sem ela os agentes econômicos não sabem como serão resolvidos os conflitos que podem surgir”.

Sob estas premissas, resta averiguar em que medida o novo marco legal do setor portuário, Lei nº 12.815/2013, logrou contribuir na formação ou consolidação de um ambiente de negócios amigável, especificamente no que diz respeito ao fortalecimento do princípio da segurança jurídica.

Parte a novel lei, pois, da distinção entre porto organizado e instalações portuárias, que podem ser objeto de exploração direta ou indireta por parte da União (art. 1º). A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante o instrumento jurídico da concessão ou do arrendamento de bem público, respectivamente. Nas instalações portuárias localizadas *fora* da área do porto organizado a exploração indireta ocorrerá mediante a figura jurídica da autorização.

O porto organizado é definido pela lei como bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária. Já a instalação portuária é definida como instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. O terminal de uso privado é

uma espécie de instalação portuária, diferenciando-se por ser explorado mediante autorização e localizado fora da área do porto organizado (art. 2º).

Conforme já enunciado, pertinente ao porto organizado e às suas instalações portuárias, o regime de concessão e do arrendamento, respectivamente, são mais rígidos, vez que pressupõem licitação (art. 4º), fixando a lei cláusulas contratuais obrigatórias (art. 5º), contrato este de prazo determinado (art. 2º, IX e XI). Por sua vez, o regime de autorização, inerente às instalações portuárias fora do porto organizado (terminal de uso privado, estação de transbordo de cargas, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo), dispensa licitação, exigindo uma mera chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público (art. 8º), estruturando-se por intermédio de contrato de adesão, com cláusulas legalmente fixadas. Em relação ao prazo de tais contratos, diferencia-se do regime de concessão e arrendamento, pois é estabelecido um prazo legal de 25 anos,²⁰ prazo este que pode ser renovado sucessivamente, enquanto para aqueles, a disposição legal sobre esse aspecto foi vetada (BRASIL, 2013b), sendo relevante lembrar que nas próprias razões do veto se consignou que não se poderia admitir a renovação automática dos contratos, sob pena de vulneração ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Em relação ao prazo de vigência do contrato, e a possibilidade de renovação, a lei lamentavelmente trouxe insegurança jurídica, num ponto extremamente perigoso, pois a indefinição quanto aos prazos e a existência e sistemática de renovação é um risco regulatório extremamente grave, que gera desconfiança no investidor privado, vez que não está previamente definida uma condição fundamental para que possa recuperar seus investimentos e obter lucro. Afeta ainda a sociedade, vez que a insegurança jurídica, para além de afugentar investimentos, com as consequências dela decorrentes (desemprego, falta de competitividade da economia, aumento dos custos etc.), ainda traz um indesejado efeito consistente no incremento da judicialização, que, na seara ambiental, é quase sempre acompanhada de paralisações de empreendimentos ou sua execução inconstante.

A permanência desse peculiar modelo misto, estruturado nessa diferenciação entre portos organizados e múltiplas instalações portuárias, e respectivos regimes,

²⁰ “Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: [...]”

§2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e

II - o autoritário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

§3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização” (BRASIL, 2013a).

aliada à lacuna quanto ao direito de renovação dos contratos, sem falar da acesa controvérsia resultante da indefinição quanto à situação da renovação dos contratos anteriores à atual lei,²¹ traduzem-se em riscos regulatórios que demandam uma solução institucional. Salgado *et al.* (2009, p. 39), embora dissertando sob o regime da lei anterior, fazem profunda crítica sobre o ambíguo²² desenho institucional que marca o nosso sistema portuário, que ainda hoje tenta conciliar atores diversos e seus diferenciados, e não raros contraditórios, interesses:

A despeito dos avanços já realizados desde a Lei de Modernização dos Portos, a ambiguidade do desenho institucional, a sobreposição de funções por parte de autoridades e a indefinição do marco regulatório respondem por elevado risco deste último, que inviabilizam espaço claro e seguro para a atuação privada e o fomento adequado dos benefícios tanto da concorrência quanto de ganhos de escala e de escopo envolvidos na economia portuária. O principal problema de natureza institucional identificado é o marco regulatório atual, confuso e incompleto, que não

²¹ Em relação aos contratos anteriores a 1993, havia dispositivo específico na Lei nº 12.815 (art. 56) prescrevendo que os contratos de arrendamento celebrados anteriormente à Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, deveriam ser renovados por mais 1 (um) único período, não inferior ao prazo consignado no respectivo contrato. No que diz respeito aos contratos de concessão de portos públicos a empresas privadas celebrados pela União antes de 25 de fevereiro de 1993 poderiam, segundo o mesmo dispositivo, a critério do poder concedente e independentemente do seu prazo de vigência, serem renovados uma única vez, pelo prazo de até 5 (cinco) anos. *Sucedo que tal regra foi vetada*, ao argumento de que “proposta viola o princípio constitucional da Separação de Poderes, ao retirar do Poder Executivo a prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade de eventuais prorrogações daqueles contratos. Além disso, ao impor uma renovação para todos os instrumentos, independentemente da previsão contratual e da vigência de cada um deles, a proposta fere também o princípio da isonomia. O parágrafo único, por sua vez, refere-se a um único caso em todo País, o Porto de Imbituba. Tal concessão já está vencida desde 2012 e os preparativos para uma nova licitação já estão em andamento. Os dois dispositivos, em conjunto, prejudicam a capacidade do Poder Concedente de planejar e gerir o setor portuário nacional” (BRASIL, 2013b).

Em relação aos *contratos posteriores à Lei nº 8.630*, naqueles que possuam cláusula expressa de renovação, vislumbrou-se a possibilidade de uma renovação *antecipada*, a critério do poder público, desde que o titular da autorização se comprometesse a realizar novos investimentos (art. 57, *caput*, §1º). Caso não se efetive a renovação antecipada, diz a lei (BRASIL, 2013a) laconicamente que “Caso, a critério do poder concedente, a antecipação das prorrogações de que trata o caput não seja efetivada, tal decisão não implica obrigatoriamente na recusa da prorrogação contratual prevista originalmente” (art. 57, §3º). Vale ressaltar que os *contratos e termos de autorização firmados no período da vigência da Lei nº 8.630/93 devem ser adaptados ao novo marco legal*, conforme arts. 58 e 59 da Lei nº 12.815, o que ensejará discussões tendo em vista a garantia constitucional do ato jurídico perfeito.

Resta um quadro um tanto obscuro, propício à judicialização, em que a lei parece querer sempre assegurar o predomínio da autoridade pública, sem maiores limites. Com efeito, é constante na lei o chavão “a critério do Poder”, não explicitando a lei parâmetros para explicitação e controle da decisão administrativa. Do jeito que a lei está escrita, esta expressão se assemelha a um infausto sentido de “segundo a vontade do administrador público de plantão”, peça jurídica que, a depender da construção interpretativa que as instituições elaborem, poderá ser uma lamentável *revival* da doutrina das “razões de estado”, à moda de Richelieu.

²² Essa ambiguidade inerente a um modelo misto já produz conflitos concretos, tal como a situação consolidada no Porto de Santos (porto organizado). O governo federal tem a pretensão de expandir os limites do portos, fazendo-o avançar sobre áreas que compõem o distrito industrial da Alemoa, local em que operam 37 empresas que têm a titularidade dos terrenos, nos quais pretendiam instalar seus próprios terminais portuários, para os quais já havia previsão de investimentos. Noticia-se que já há uma controvérsia instaurada, pois os donos dos terrenos não veem sentido em desapropriá-los para depois submetê-los à licitação para arrendamento. O governo, por sua vez, defende que o decreto que expandir o porto já implicará a desapropriação dos terrenos (PIRES, 2013a, p. B2).

estabelece espaço claro para a atuação privada, gera assimetrias concorrenciais, insegurança para o investimento e, portanto, não favorece a expansão econômica sustentada.

A seguir, alguns exemplos dessa incongruência:

- as companhias docas, ao mesmo tempo, são APs e atuam como empresas, com atividade comercial;
- a competição interportos é dificultada pelo controle federal predominante das companhias docas e pela dependência de aportes federais de recursos para investimentos;
- o desenho institucional e de governança dos CAPs limitam a capacidade empresarial das APs, já restrita pela própria ambiguidade de sua dupla identidade; e
- os interesses representados nos CAPs não respondem a incentivos para tomar decisões eficientes para os portos.

Ainda na linha dessa assimetria concorrencial, que poderia advir desse modelo conciliatório entre o público e o privado, o próprio autor pondera sobre se efetivamente o modelo prejudica a competitividade entre *players* portuários, não obstante a pouca clareza de papéis, decorrente dessa coexistência no setor portuário dos regimes público — concessão de serviço público — e privado — autorização de serviço público. Num contexto de “containerização”,²³ no qual os terminais de contêineres por vocação atendem usuários em geral, movimentando cargas de maior valor agregado, há em operação terminais privativos de uso misto, que concorrem assimetricamente com terminais de uso público, por atenderem a terceiros sem estarem sujeitos às exigências do regime público a que estão sujeitos os terminais sob concessão, ressaltando Salgado *et al.* (2012, p. 41-42) que:

Apesar das inegáveis assimetrias apresentadas, não é claro se há uma real vantagem competitiva para os terminais privados em relação aos públicos. Os primeiros possuem maiores necessidades de investimento privado em infraestrutura portuária, se comparados aos públicos, o que significa dizer que enfrentam maiores riscos em seus investimentos. Outra assimetria ocorrida se refere à utilização dos terminais privativos

²³ Na já referida perspectiva de intermodalidade (cf. nota 8, deste trabalho), o contêiner representou o aperfeiçoamento das técnicas e dos equipamentos de acomodação de cargas, propiciador de agilidade no manejo e no transporte. Com efeito, o contêiner nada mais é que uma caixa com medidas *padronizadas*, em que se acondicionam cargas, e que, justamente em razão do seu caráter padronizado, permite que a carga transite entre os diversos modais com rapidez e eficiência: ao ser descarregado do navio, o contêiner pode ser armazenado na retroárea do porto ou mesmo já acomodado sobre um caminhão para seguir seu destino. “[...] Hoje o contêiner é utilizado tanto no transporte marítimo, no ferroviário e no aeroviário, sendo que este último possui contêineres diferenciados dos demais modais. Os contêineres foram padronizados na sua forma e dimensão, dentro do conceito de uma embalagem multimodal, que pudesse ser rapidamente, e de modo intacto, transferido de um modal para outro. Com isso, tornou-se uma embalagem universal, com presente internacionalização nos meios de transporte” (PORTO, 2007, p. 80).

por terceiros. A doutrina das facilidades essenciais do direito antitruste busca dar respaldo para que terceiros — normalmente empresas menores — possam ter acesso àquela estrutura portuária de propriedade de seu concorrente, que é normalmente uma grande empresa.

A doutrina requer a existência de capacidade ociosa e que tal acesso a terceiros seja feito em bases não discriminatórias, justas e razoáveis — conceitos amplamente debatidos na literatura e jurisprudência contemporâneas.

Outro indicativo de um caráter neocorporativista, que persiste no novo marco legal do setor portuário, está na opção legislativa de manter praticamente intacta a estrutura legal do trabalho portuário, visivelmente mais custoso e de duvidosa eficiência,²⁴ privilegiando o trabalho avulso e mantendo intacto o quase cartorial Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).²⁵ Neste ponto, aliás, apontam-se possíveis distorções competitivas relacionadas entre os terminais portuários situados dentro dos portos organizados, obrigados a contratação de pessoal via OGMO, e os terminais privados situados fora dos portos organizados, que, à luz do art. 44 da nova lei, não se sujeitariam a idêntica restrição. Essa diferença, impulsionadora de conflitos jurídicos e sociais, como greves e ocupações de terminais privados por trabalhadores vinculados à OGMO, curiosamente em defesa de interesses patronais, pode também ser creditada ao nosso modelo misto, que insiste na manutenção de regimes duplo e dúbio.²⁶

²⁴ “O componente ‘mão de obra’ do custo total de operação dos portos reflete uma falha regulatória, uma vez que, atualmente, a atividade portuária não é mais intensiva em mão de obra. Os serviços de praticagem podem ser caracterizados como uma situação de monopólio privado não regulado. Isto implica a imposição de preços muito superiores aos que vigorariam em condições de concorrência ou de regulação do tipo teto de preços. Pinto *et al.* (2010) revelam um quadro espantoso: o custo dos serviços de praticagem no Brasil são 2,2 vezes superiores a 35 portos internacionais⁶ de referência” (SALGADO, 2012, p. 40).

²⁵ Todo o capítulo VI é dedicado ao “Trabalho Portuário”, estando o OGMO previsto na seguinte disposição: “Art. 32. Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

- I - administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;
- II - manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;
- III - treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;
- IV - selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;
- V - estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;
- VI - expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e
- VII - arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários” (BRASIL, 2013a).

²⁶ A realidade ou simplesmente os fatos, que nem sempre se amoldam às leis, algumas delas elaboradas por empenhados burocratas, às vezes se revoltam e trazem certos caprichos. Se não bastasse a sistemática intrincada do nosso modelo misto, há ainda realidades mistas, como parece ser o caso de um Terminal de Uso Privado, Embraport, que está *parcialmente* dentro de um porto organizado (Porto de Santos), daí originando tormentoso conflito, pois enquanto os seus administradores se dizem desobrigados de contratar via OGMO, não é essa a opinião compartilhada por estivadores e operários portuários, que recorrem a paralisações que comprometem a operação em todo o Porto de Santos (cf. PIRES, 2013b, p. B2).

No âmbito de um dos típicos papéis atribuídos ao Estado, consistente na função regulatória, insere-se a questão ambiental, fundamental não apenas para a qualidade de vida humana e o equilíbrio com a natureza, mas também pelos seus indiscutíveis reflexos econômicos. Uma análise dos grandes projetos de infraestrutura, seja no setor portuário, seja no setor elétrico, por exemplo, verá uma constante, quase sempre causando instabilidade social e incertezas jurídicas: trata-se das licenças ambientais necessárias a implantação ou execução dos projetos, ou simplesmente, o licenciamento ambiental.

Sobre a questão ambiental, aliás, a lei atual, assim como a anterior (KITZMANN; 2006, p. 1043), não traz tratamento específico sobre o tema, remetendo-a, tal como ocorreu no regime legal anterior, à via judicial, geralmente tendo como principal agente demandante o Ministério Público. Remanesce, portanto, o problema apontado por Kitzmann (2006, p. 1049), consistente na “superposição de competências e enfoques não integrados de gestão”.

5 Conclusões

A despeito de tantas boas intenções, o fato é que a estruturação desenhada pela lei enseja incertezas que reverterão em demandas judiciais ou, quando não, em fuga de investimentos. Conforme reconhece estudo do Banco Mundial, para revitalizar o investimento do setor privado, os governos precisam proporcionar uma regulação mais qualificada, melhorando a estrutura dos contratos.²⁷

Já se disse que boas leis (e não é totalmente certo que a Lei nº 12.815 seja uma lei tão boa) não substituem instituições fracas, pois boas intenções da produção legislativa são minúsculas quando comparadas com a efetividade das instituições, em especial a do judiciário (SADDI, 2007, p. 221). Sendo assim, muito embora uma produção legal mais clara e assertiva pudesse abreviar etapas, o novo marco legal carece de complementação ou concretização, que virá a partir das compreensões que lhes serão emprestadas pela larga burocracia administrativa em seu entorno (agentes reguladores, agências ambientais, tribunais de contas, Ministério dos Transportes, Marinha, Secretaria de Portos etc.), pelo sistema judicial (o que envolve novos riscos, notadamente o excesso de judicialização) e as transações entre interessados (governo e iniciativa privada). Trata-se, em suma, de aguardar (como também contribuir com)

²⁷ Diz o documento em questão (FAY; MORRISON, 2005) que os governos devem “encontrar meios para tornar mais atrativa a taxa de retorno dos projetos. Melhorar a estrutura dos contratos, tornando o processo de seleção mais transparente e competitivo e fortalecendo o processo de regulação, estimulará a eficiência e o fornecimento de melhores serviços. Com isso, as preocupações dos investidores seriam amenizadas e o custo de capital reduzido com um risco regulatório mais baixo. Esses movimentos também servirão para reduzir a incidência de renegociação de concessões, o que tem sido muito freqüente na ALC, prejudicando a credibilidade das mesmas”.

o “papel crucial do tempo na interação entre a norma e o fato econômico” (ARIDA, 2005, p. 64).

Nova Friburgo/RJ, 03 de Janeiro de 2014.

Referências

ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. *In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). Direito & economia*. Rio de Janeiro: 2005. p. 60-73.

BERTÃO, Naiara Infante. Nos portos, burocracia é problema ainda maior do que falta de infraestrutura. *Veja*, São Paulo, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/burocracia-e-problema-ainda-maior-no-porto-do-que-a-falta-de-infraestrutura>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Decreto nº 1.746, de 13 de Outubro de 1869. Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dósas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Rio de Janeiro: Palácio do Império, 1869. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1746-13-outubro-1869-552569-publicacaooriginal-69884-pl.html>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília: Congresso Nacional, 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 27 dez. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Mensagem nº 222, de 05 de junho de 2013. Brasília, 2013b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-222.htm>. Acesso em: 27 dez. 2013.

CALDERONI, Sabeta. Economia ambiental. *In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMERO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. Curso de gestão ambiental*. Barueri: Manole, 2004. p. 571-616.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva *et al. Gargalos e demandas da infraestrutura portuária e os investimentos do PAC: mapeamento Ipea de obras portuárias*. Brasília: Ipea, 2009. (Texto para Discussão, n. 1423).

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; MOURA; Fernanda Senra de. Investimentos na infraestrutura econômica: avaliação do desempenho recente. *In: Radar – tecnologia, produção e comércio exterior*, IPEA, Brasília, n. 18, p. 9-20, abr. 2012.

CEZAR, Genilson. Levantar âncora. *Valor Econômico*, São Paulo, 28, 29 e 30 nov. 2013. Especial Portos, p. G1.

COELHO, Fabio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAY, Marianne; MORRISON, Mary. *Tendências recentes e principais desafios*. Banco Mundial. Departamento de Infraestrutura, Finanças e Setor Privado. Região da América Latina e do Caribe, ago. 2005.

- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ILOS – INSTITUTO DE LOGÍSTICA E SUPPLY CHAIN. *Portos brasileiros: avaliação dos usuários e análise de desempenho*. Rio de Janeiro: Ilos, 2013.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: Ipea, 2010a.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Portos brasileiros: diagnóstico, políticas e perspectivas*. *Comunicados do IPEA*, Brasília, n. 48, 17 maio 2010b.
- KITZMANN, Dione; ASMUS, Milton. Gestão ambiental portuária: desafios e Possibilidades. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, p. 1041-60, nov./dez. 2006.
- LE GOFF, Jacques. *Mercadores e banqueiros da idade média*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LESSA, Carlos. Infraestrutura e logística no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, J. C. *Desafios ao desenvolvimento brasileiro: contribuições do conselho de orientação do Ipea*. Brasília: Ipea, 2009.
- MANTELI, Wilen. *A nova abertura dos portos 1993: a luta pela modernização dos portos: Lei 8.630*. Porto Alegre: Palomas, 2010.
- MONIÉ, Frédéric; VIDAL, Soraia Maria do S. C. Cidades, portos e cidades portuárias na era da integração produtiva. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, p. 975-995, nov./dez. 2006.
- NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, Cambridge, 1990.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PADUA, Claudio de Alencar; SERRA, Eduardo Gonçalves. Superação dos Gargalos Logísticos do Setor Portuário. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, p. 55-88, dez. 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*. Brasília: Ipea, 2003. (Texto para Discussão, n. 0963).
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PIRES, Fernanda. Insegurança jurídica adia investimentos. *Valor Econômico*, São Paulo, 4, 5 e 6 out. 2013a. Empresas Infraestrutura, p. B2.
- PIRES, Fernanda. Trabalhadores prometem paralisar porto de Santos. *Valor Econômico*, São Paulo, 5 nov. 2013b. Empresas Infraestrutura, p. B2.
- PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- SALGADO, Carlos *et al.* Modernização e simplificação regulatória no setor portuário. In: *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, IPEA, Brasília, n. 18, abr. 2012, p. 35-44.
- SILVEIRA, Glauber. Um país sem saída de emergência. *Valor Econômico*, São Paulo, 11 abr. 2013. Legislação e Tributos, p. A1.

SOARES, Elisa. Estudo indica que recursos públicos bancam 65% do gasto em infraestrutura. *Valor Econômico*, São Paulo, 17 set. 2013. Brasil, p. A5.

STRAUB, S. *Infrastructure and growth in developing countries: recent advances and research challenges*. World Bank, Jan. 2008 (Policy Research Working Paper, n. 4460).

TORRES FILHO, Ernani Teixeira; COSTA, Fernando Nogueira da. BNDES e o financiamento do desenvolvimento. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 21, p. 975-1009, número Especial, dez. 2012.

TOVAR, Antonio Carlos de Andrada; FERREIRA, Gian Carlos Moreira. A infra-estrutura portuária brasileira: o modelo atual e perspectivas para seu desenvolvimento sustentado. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 209-230, jun. 2006.

VASCONCELOS, Carlos. Eficiência coloca Tubarão como primeiro no mundo. *Valor Econômico*, São Paulo, 25 nov. 2013. Especial Infra VI – Portos, p. G10.

WORLD ECONOMIC FÓRUM. *The Global Competitiveness Report 2013-2014*. Genebra, 2013. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2013.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; Rachel Sztajn (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: 2005. p. 1-15.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 107-131, jan./jun. 2014.

O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos

Mário Saadi

Mestrando em Direito Administrativo (PUC-SP). Advogado em São Paulo.

Palavras-chave: Licitação. Fase interna. Concessão. Parceria público-privada. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

Sumário: **1** Introdução – **2** Perspectiva geral – **3** A legislação nacional referente ao PMI – **4** Os principais aspectos do Decreto nº 5.977/2006 – **5** Hipóteses de utilização do PMI – **6** Última nota – A colaboração na concepção da concessão – **7** Conclusão – Referências

1 Introdução

A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de licitar tanto para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI) quanto para a prestação indireta de serviços públicos, mediante concessão e permissão (art. 175).

A Lei Federal nº 8.666/1993 (a Lei de Licitações) traz normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O regime jurídico referente às concessões, por outro lado, é estabelecido, sobretudo, pelas Leis Federais nºs 8.987/1995 (a Lei de Concessões) e 11.079/2004 (a Lei de PPPs).

Especificamente em relação ao procedimento licitatório, a Lei de Licitações estabelece que, para que seja instaurado o certame, é necessária a existência, ao menos, de projeto básico, orçamento que detalhe a composição de custos unitários, recursos orçamentários previstos, que assegurem o pagamento das obrigações a serem salgadas no exercício, e, quando for o caso, que o produto da contratação esteja contemplado nas metas do Plano Plurianual (art. 7º, §2º).

Ainda que a Lei de Licitações determine as normas gerais aplicáveis tanto ao procedimento licitatório como aos contratos administrativos, a Lei de Concessões e a Lei de PPPs preveem peculiaridades em relação aos contratos administrativos de concessão de obras e serviços públicos — ou não, no caso da Lei de PPPs — e aos pressupostos de instauração e desenvolvimento das licitações destinadas às contratações realizadas sob a sua égide.

No que se refere ao procedimento, os pressupostos para a instauração de licitações no âmbito da Lei de Concessões e da Lei de PPPs são sensivelmente distintos daqueles previstos na Lei de Licitações. Exemplificativamente, no tocante à fase preparatória da licitação, a Lei de PPPs estabelece um rol de providências em relação às quais a abertura do procedimento licitatório está condicionada. É necessário que estejam reunidos os seguintes elementos: (i) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudos técnicos que demonstrem a conveniência e a oportunidade da contratação e a sua adequabilidade em relação a obrigações de responsabilidade fiscal; (ii) elaboração de estimativa dos impactos orçamentário-financeiros, das despesas oriundas da contratação e do fluxo de recursos públicos necessários para o seu cumprimento; (iii) inclusão de seu objeto no Plano Plurianual; (iv) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública; (v) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir.^{1 2}

¹ Apenas para darmos um exemplo sobre a distinção entre os pressupostos licitatórios no âmbito da Lei de Licitações e na Lei de Concessões, a primeira determina a necessidade de *projeto básico* (conjunto de elementos definidores do objeto suficientes para a estimativa de seu custo final e prazo de execução); a segunda dispõe sobre a necessidade de dados relativos à obra, dentre os quais os *elementos do projeto básico* que permitam sua plena caracterização (art. 18, XV).

Tal distinção parece estar refletida na concepção de Laso sobre “editais analíticos” e “editais sintéticos”. Ensina o autor que “El ideal es, a no dudarlo, que en sus cláusulas [do edital] esté perfectamente determinada la cosa a licitarse, así como todos los detalles del contrato, sus efectos, etc. En este supuesto, queda el precio como único elemento a determinar, correspondiendo a los proponentes establecerlo. La adjudicación resulta así, cuando todos los licitantes aceptan integralmente las prescripciones del pliego, completamente sencilla. Pero los pliegos no siempre pueden redactarse así. La predeterminación de absolutamente todas las características de la cosa a adquirirse y las condiciones del contrato, sólo cabe en ciertos casos, como ser: construcciones de edificios u obras similares, adquisiciones de cosas o productos de tipo uniforme u de compraventa corriente, etc. *Por el contrario, en muchas oportunidades es preciso conformarse con establecer las características esenciales de la cosa licitada y las principales condiciones del contrato, dejando que los licitantes expresen los demás detalles.* Procediendo de otra manera se corre el riesgo, bastante frecuente en la práctica administrativa, que o no se presente nadie a la licitación, o las propuestas recibidas se aparten del pliego en mayor o menor grado, siendo por lo tanto inaceptables. *A los pliegos del primer tipo los denomino analíticos; los del segundo, sintéticos. Es imposible decir cuales son más convenientes; todo depende de la cosa licitada y de las condiciones del mercado*” (SAYAGUÉS LASO. *La licitación pública*, p. 106-107, grifos nossos).

² Vale ressaltar que as exigências relativas à submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública e à licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental existem apenas em relação às licitações para as parcerias público-privadas, e não às concessões comuns.

De qualquer forma, apesar das diferenças existentes, a realização da licitação, seja no âmbito da Lei de Licitações, seja no da Lei de Concessões ou da Lei de PPPs, compreende o que a doutrina chama de uma *etapa interna* e uma *etapa externa*.

A *fase externa*, que tem início com a publicação do edital ou com os convites, é aquela em que, “já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame”.³ A *fase interna*, por sua vez, é aquela em que a Administração, promotora da licitação, pratica todos os atos condicionais à sua abertura, ou seja, antes de dar início à convocação dos interessados.

Neste contexto, do ponto de vista da Administração Pública, a fase mais simples do processo de contratação parece ser justamente a fase externa, a qual, no processo de contratação, visa, em suma, a analisar as condições pessoais dos licitantes e a julgar as suas propostas.

Se a fase externa é relativamente simples, o mesmo parece não poder ser dito em relação à fase interna. Isto porque é nela em que o certame é concebido e são fixadas todas as regras que nortearão a fase externa e a relação entre a Administração e o contratado. É nela em que são realizados todos os levantamentos de informações atinentes à atividade objeto da concessão, elaborados todos os documentos relativos à execução do empreendimento, levantados os grandes problemas e dificuldades que terão de ser superados por ocasião da licitação e da gestão do contrato. Isso não parece ser uma tarefa nem fácil, nem rápida.⁴ Não à toa Marçal Justen Filho diz que:

a negligência no desenvolvimento dessa etapa interna refletir-se-á numa licitação mal concebida, a qual propiciará litígios e impasses. Na grande maioria dos casos de conflitos judiciais, a frustração da conclusão do certame e a ampliação da litigiosidade derivam da ausência de suficiente e adequada preparação da licitação. Ademais disso, uma preparação insuficiente da Administração refletir-se-á numa contratação eivada de dificuldades e problemas. Enfim, não seria exagero afirmar que, em matéria de concessões (mais do que em outros setores), a grande sabedoria reside na prevenção de litígios e eliminação de dificuldades. Para obter tal resultado, é imprescindível dedicar à etapa interna preliminar a atenção adequada e necessária.⁵

O conteúdo jurídico da etapa interna da licitação dependerá, em grande parte, das características do objeto licitado, com a definição das principais características deste e delineamento de suas peculiaridades, que variarão caso a caso.

³ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 563.

⁴ MENDES. *O regime jurídico da contratação pública*, p. 1-12.

⁵ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 203.

Em suma, a licitação não se inicia com a divulgação do edital e tampouco o ato convocatório surge do nada.⁶ É na etapa interna que ela é estruturada. É nela em que ocorre, em verdade, o *planejamento da licitação*.⁷

O presente trabalho debruçar-se-á sobre um instituto frequentemente utilizado justamente no contexto da realização do planejamento da licitação para concessões: o denominado *Procedimento de Manifestação de Interesse* (PMI).

Para isso, o trabalho está estruturado da seguinte forma: inicialmente, será apresentado o contexto relativo ao surgimento do PMI no país e as noções gerais a respeito do tema (*2 Perspectiva geral*); serão expostos os principais aspectos da legislação nacional (*3 A legislação nacional referente ao PMI*) e contidos no Decreto Federal nº 5.977/2006 (*4 Os principais aspectos do Decreto nº 5.977/2006*) a respeito do tema; delinear-se-ão as principais hipóteses de utilização do instituto (*5 Hipóteses de utilização do PMI*); discorrer-se-á sobre possível efeito do PMI na extensão das licitações para a outorga de concessões (*6 Última nota – A extensão da licitação*); por fim, serão apresentadas as conclusões (*7 Conclusões*).

2 Perspectiva geral

Desde a publicação da Lei de PPPs, o interesse da Administração Pública e da iniciativa privada por projetos de PPPs em sentido estrito⁸ tem crescido consideravelmente.

⁶ “Quando se abre um procedimento licitatório, mediante a publicação de um edital, ou outro instrumento de abertura, esse instrumento de abertura pressupõe a tomada de uma série de decisões que precisam figurar claramente, no processo, no instrumento através do qual a Administração Pública realiza essa licitação. Por que adotar o prazo tal ou qual de publicidade? Qual o prazo para apresentação das propostas? Por que exigir o capital ‘X’ ou ‘Y’? Por que exigir esta ou aquela qualificação técnica? Por que exigir tais requisitos? Aquilo que vai ser exigido no edital, aquilo que vai figurar no edital como exigência de participação, deve ter sido objeto de um processo de tomada de decisão. Toda e qualquer exigência deve ter uma razão de ser, que precisa ser pelo menos referida.

A fixação de requisitos de participação, de qualificação técnica, de critério de julgamento não pode ser arbitrária, aleatória, injustificada [...]: o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal, e essa fase preliminar é *relevante* para o controle da licitação” (DALLARI. *Aspectos jurídicos da licitação*, p. 106).

⁷ Tal planejamento, relativamente às concessões, compreende os atos pelos quais: (i) verifica-se a necessidade de conveniência e de outorgar a prestação do serviço à iniciativa privada; (ii) determina-se a presença dos requisitos legais para a outorga; (iii) praticam-se os atos prévios indispensáveis à licitação (elaboração de projetos, definição de locais, fixação de prazos, etc.); (iv) define-se o objeto da concessão e as condições básicas da contratação; (v) elabora-se o ato justificativo da concessão; (vi) apura-se a presença dos pressupostos da licitação; e (vii) providencia-se a elaboração do edital e do contrato e a sua publicação (JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 208).

⁸ “Em *sentido amplo*, ‘PPPs’ são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSS; termos de parceria com OSCIPs; etc.). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.

Em *sentido estrito*, ‘PPPs’ são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.070/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei” (SUNDFELD. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 22-23).

As PPPs admitem a estruturação de projetos que não seriam viáveis (por questões financeiras ou relativas ao objeto da contratação) se desenvolvidos com base na legislação sobre concessões — notadamente a Lei de Concessões — já vigente antes da publicação da Lei de PPPs. Ainda, com fundamento nesta, tornou-se possível a contratação para construção e operação, por meio de uma única forma de licitação e de um mesmo contrato dela decorrente, de relevantes projetos de infraestruturas públicas nos mais diversos setores, tais como estádios de futebol, infraestrutura urbana, hospitais e equipamentos de saúde pública, presídios, saneamento básico, metrô etc.⁹

Isto porque, de um lado, projetos que, sob a regência da Lei de Concessões, não eram viáveis, do ponto de vista econômico-financeiro, tão somente a partir da cobrança de tarifa dos usuários pelos serviços concedidos, passaram a sê-lo: a Lei de PPPs instituiu a figura da *concessão patrocinada*, a qual envolve, “adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, §1º).

De outro, admite-se a prestação, por meio da *concessão administrativa*, de serviços não necessariamente públicos, mas dos quais “a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, §2º).

Contudo, a celebração de um contrato de PPP depende do desenvolvimento de uma série de estudos e projetos elaborados previamente à publicação dos documentos relativos à licitação. A atividade que compreende a sua realização, previamente à publicação do edital, a servir de base para a realização do certame, é usualmente denominada de *estruturação ou modelagem do projeto*.

Em tal atividade está compreendida a elaboração de, *v.g.*, estudos de viabilidade econômico-financeira do empreendimento; estudos jurídicos que analisam a possibilidade de que a futura concessão seja realizada sob tal ou qual modelo licitatório e contratual; estudos técnicos necessários para a delimitação do objeto do contrato (tais como os estudos de engenharia de construção de determinada obra e os aspectos referentes à futura operação do empreendimento); estudos ambientais

⁹ A licitação para a construção e operação, *v.g.*, de um estádio de futebol, já era possível no regime anterior à Lei de PPPs (e, em verdade, anterior à Lei de Concessões). O desenvolvimento de tal empreendimento pelo setor público demandaria, no mínimo, três licitações distintas e faseadas realizadas com base na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública (Lei de Licitações). Deveria ser realizada a licitação (i) para a elaboração do projeto básico do empreendimento, seguida (ii) da licitação para a construção do estádio, baseada nos parâmetros fixados no projeto básico pré-licitada para, finalmente, (iii) ser licitado o serviço de manutenção do estádio, cujo contrato não poderia ser superior a cinco anos (*ex vi* do art. 57, II, da Lei de Licitações).

O regime instituído pela Lei de PPPs permite que tal empreendimento seja realizado por meio de uma única licitação, diminuindo-se os esforços e o tempo a ser despendido pelo Poder Público para a sua viabilização e aumentando-se o interesse da iniciativa privada no empreendimento, especialmente pela possibilidade de execução de atividades variadas por meio de um único contrato (*v.g.*, execução da obra, manutenção e operação do estádio) por um longo prazo (mínimo de cinco anos, conforme o art. 2º, §4º, II, da Lei de PPPs), aumentando a atratividade econômico-financeira do projeto.

relativos à possibilidade de execução do projeto em determinada localidade e as suas eventuais condicionantes.

A fase de modelagem do projeto compreende, portanto, análises — financeiras, econômicas, sociais etc. — a respeito da concessão de determinada atividade, “incluindo o exame de sua solidez (completude das etapas, coerência entre elas e ausência de erros fundamentais) e de sua consistência (correção da metodologia, credibilidade das fontes, tratamento operacional e consistência relativa entre etapas)”.¹⁰

Todos os trabalhos nela realizados objetivam a fundamentar a outorga da concessão e adotar a moldura contratual mais adequada para a contratação, tendo em vista o interesse público a ser satisfeito, o objeto do contrato a ser celebrado e as suas características. Isto porque “não se admite que o Estado decida-se pela delegação aos particulares sem que, previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas, econômicas e jurídicas envolvidas”.¹¹

Há verdadeiro processo de tomada de decisão administrativa para a outorga da concessão. É nesta etapa interna da licitação que a Administração Pública realiza o seu *planejamento*. Existe, portanto, uma sequência de decisões administrativas, logicamente encadeadas entre si — que vão desde a realização de todos os estudos que embasam a outorga, passando pelo lançamento do edital e, finalmente, pela adjudicação do objeto — para que a concessão seja realizada.¹²

Os estudos que embasam a concessão podem ser elaborados diretamente pelo Poder Público, por meio de seu próprio quadro de servidores, ou por meio da contratação de consultores para o desenvolvimento dos estudos que embasarão a futura licitação da concessão. Assim, o Poder Público necessita alocar *recursos escassos*¹³ para levar a cabo tanto a identificação de uma necessidade pública a ser satisfeita e a forma de sua efetiva execução.

Em qualquer das hipóteses acima, a Administração pode se ver em meio a uma série de entraves, os quais podem dificultar a realização das necessárias licitações.

¹⁰ MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público*: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral, p. 231.

¹¹ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 201.

¹² Segundo Enrique Sayagués Laso, o conjunto de atos que constituem a licitação apresenta-se como um procedimento. “Las principales partes de ese procedimiento son: confección y publicación del pliego de condiciones, presentación de las propuestas por los interesados, admisión de éstas y adjudicación. Hay, pues, una serie de actos, administrativos unos, de particulares, otros. Entre éstos, el principal es la formulación e presentación de las ofertas. De ese conjunto de actos, de ese *procedimiento*, nace el vínculo contractual” (*La licitación pública*, p. 44). Cf., ainda, JUSTEN FILHO. *Parceria público-privada*: aspectos de direito público econômico, p. 149-150), para quem os projetos de PPPs, no bojo da Lei nº 11.079/2004, compreende quatro etapas: (i) identificação da necessidade apta a ser satisfeita por intermédio da aplicação da concessão; (ii) realização de licitação, sob a modalidade de concorrência, para a escolha do parceiro privado; (iii) abordagem dos temas que a Lei admite para o contrato emanado da concorrência para a PPP; (iv) controle da regularidade de todo o processo e à apuração de seus resultados.

¹³ Basicamente recursos orçamentários, relativos à contratação e ao pagamento dos consultores para a realização dos estudos de viabilidade da concessão, e dedicação de seu quadro de servidores, seja para a realização integral dos estudos — nos casos em que não há a contratação de consultores — seja para a discussão e revisão de estudos realizados por terceiros.

Apenas a título de exemplo, há que se identificar pessoal técnico especializado apto para desenvolver, diretamente, tais estudos ou, no segundo caso, será necessário existir empenhos orçamentários para a contratação de empresas ou entes especializados para carrear os projetos.

Com o objetivo de contornar essas dificuldades ou, pelo menos, minimizar os seus impactos, um instituto tem sido utilizado¹⁴ pelos diversos órgãos e entes públicos a fim de obter as informações relativas à viabilidade da concessão dos mais diversos empreendimentos públicos, especialmente de PPPs: o PMI.¹⁵

Por meio dele, o Poder Público pode obter — de consultores selecionados ou das empresas interessadas que levarem ao Poder Público o seu interesse em executar os trabalhos que pautarão futuras concessões — os estudos de viabilidade sobre relevantes projetos públicos. Eles são realizados sem custos para a Administração Pública, tendo em vista que ela não remunera, ao menos diretamente, os interessados que desenvolveram projetos e estudos.

Os autores são, em verdade, ressarcidos pelo licitante vencedor da licitação realizada com base nos estudos e projetos apresentados, desde que o Poder Público tenha efetivamente deles se utilizado para a estruturação do certame, nos termos do art. 21 da Lei de Concessões, especificado no item 3 a seguir.

Resumidamente, o PMI apresenta-se como:

- (i) um chamamento do Poder Público para que eventuais interessados possam apresentar, por sua conta e risco, estudos de viabilidade e propostas relativos aos mais diversos projetos de interesse público, que, com base em um juízo de conveniência e oportunidade administrativas, poderão ou não ser licitados;
- (ii) a possibilidade conferida pela lei aos interessados para que solicitem autorizações à Administração para a realização dos estudos — ou mesmo apresentem projetos que não tenham sido previamente demandados administrativamente —, e, caso exista interesse público na sua consecução, proceda-se à licitação.¹⁶

¹⁴ Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai destaca que, segundo levantamento realizado portal Observatório PPP Brasil, de 2007 a 2012, 65 (sessenta e cinco) projetos nas mais variadas áreas foram objeto de PMIs realizados por 15 (quinze) Estados e Distrito Federal (O procedimento de manifestação de interesse como instrumento de viabilização de importantes projetos de infraestrutura no Brasil. In: BICALHO; DIAS (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*, p. 203).

¹⁵ A expressão *procedimento de manifestação de interesse* não é unívoca para denominar o procedimento abordado no presente trabalho. Exemplificativamente, o Decreto nº 57.289, de 30 de agosto de 2011, do Estado de São Paulo, utiliza-se da expressão *manifestação de interesse da iniciativa privada* (MIP), definindo-a como “a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP” (art. 1º).

¹⁶ As hipóteses de o Poder Público provocar um chamamento público para que os interessados possam apresentar propostas e de a iniciativa privada agir de ofício, levando sugestões e estudos à Administração Pública, como indução da atividade administrativa, podem ser distinguidas, genérica e respectivamente, como *procedimento de manifestação de interesse* e como *propostas não solicitadas*. Neste sentido, cf. VIEIRA; GAROFANO. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, p. 191. Neste trabalho, contudo, as duas hipóteses serão denominadas, indistintamente, de PMI.

Neste contexto, apresentaremos a legislação federal referente ao tema do PMI e os principais aspectos, nela contidos, relativos à apresentação dos estudos de planejamento das concessões pela iniciativa privada.

3 A legislação nacional referente ao PMI

O ponto de partida referente à possibilidade de apresentação de estudos, investigações, levantamentos ou projetos elaborados pela iniciativa privada e passíveis de utilização pelo Poder Público é o art. 21 da Lei de Concessões, *in verbis*:

Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Em tal dispositivo está o fundamento para que a Administração Pública possa autorizar entes diversos a promover os estudos referentes ao planejamento das concessões. Há, portanto, o alicerce legal para a apresentação, pela iniciativa privada ao Poder Público, de estudos e demais trabalhos que possam subsidiar futuras outorgas.

Ademais, ainda que determinado ente federativo não possua legislação própria a respeito de concessões comuns, parcerias público-privadas e regulamentações específicas a respeito do PMI poderá lançar o procedimento e receber estudos da iniciativa privada com base tão somente no referido dispositivo.¹⁷ De todo modo, o art. 2º da Lei Federal nº 11.922, de 13 de abril de 2009, autorizou os poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.¹⁸

¹⁷ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado destacam que, não obstante a existência da previsão legal a respeito da possibilidade de autorização do Poder Público para que a iniciativa privada realize os estudos, já existia a possibilidade de os particulares o fazerem. Para os autores, "[...] não é preciso qualquer autorização do Poder Público para que os particulares promovam investigações e realizem estudos sobre projetos de interesse público. A disciplina legal do assunto existe, em primeiro lugar, para viabilizar o ressarcimento daquele que realizou os estudos, investigações e levantamentos, por meio da inclusão pelo Poder Público, no edital de licitação de PPP, da obrigação do parceiro privado vencedor da licitação de realizá-lo; e, em segundo lugar, para excepcionar o princípio constante do art. 9º, II, da Lei 8.666/1993, que impede que quem elaborou os projetos participe da licitação da obra pública, tornando possível a participação na licitação de PPP ou concessão comum por aquele que fez projeto básico ou executivo de engenharia. [...] Note-se, ademais, que já é comum a realização de estudos e investigações de projetos deste tipo por particulares, que são muitas vezes de forma velada, ou simplesmente informalmente, oferecidos ao Poder Público como instrumento para demonstração das suas vantagens e estímulo ao engajamento na sua execução" (*Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*, p. 333).

¹⁸ Neste sentido, foram editados, v.g.: o Decreto nº 44.565/2007, do Estado de Minas Gerais; a Resolução nº 001/2007, da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Pernambuco; o Decreto nº 24.876/2007,

Tais dispositivos pautam a interação entre o Poder Público e a iniciativa privada para a apresentação formal de projetos de concessões, legitimando a utilização pela Administração Pública dos trabalhos recebidos no âmbito de PMIs.¹⁹ Há a previsão legal para a participação dos interessados nas proposições de soluções relativas a atividades passíveis de serem licitadas, cabendo ao Poder Público, em todo o caso, “apontar as finalidades buscadas e avaliar a solução mais adequada ao interesse público”.²⁰

Recebidos os projetos, a Administração Pública terá o trabalho de depuração das informações, análise de premissas e consistência de dados, verificando a possibilidade de seu aproveitamento. A internalização da documentação recebida deverá ser acompanhada, pelo Poder Público, de processo de revisão e análise crítica. Este precisará verificar se os estudos apresentados realmente são aptos a satisfazer a necessidade pública pretendida e se possuem coerência interna para tanto.

Além disso, outros pontos específicos precisam ser analisados, tais como a compatibilidade de dispêndios relativos ao empreendimento e as leis orçamentárias da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal e seu comprometimento de receita corrente líquida e a existência de bens a serem ofertados como garantia pública no bojo de contratos de PPPs, se for o caso.²¹

Dever-se-á, também, dar publicidade aos estudos elaborados, os quais, caso embasem a futura concessão, terão os dispêndios a eles relativos ressarcidos pelo vencedor da licitação. Neste sentido, Floriano Marques de Azevedo Neto ensina que o art. 21 da Lei de Concessões apresenta duas finalidades:

Primeiro, trata-se de regra de transparência, que obriga à ampla e irrestrita divulgação de todas as informações que detenha a Administração sobre a PPP oferecida aos particulares em licitação.

do Estado de Sergipe; o Decreto nº 4.067/2008, do Estado de Alagoas; a Resolução nº 01/2008, do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul; o Decreto nº 30.328/2010, do Estado do Ceará; o Decreto nº 12.653/2011, do Estado da Bahia; o Decreto nº 2.889/2011, do Estado do Espírito Santo; o Decreto nº 7.365/2011, do Estado de Goiás; o Decreto nº 43.277/2011, do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto nº 57.289/2011, do Estado de São Paulo; o Decreto nº 5.273/2012, do Estado do Paraná; o Decreto nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina; o Decreto nº 28.196/2007, do Distrito Federal; o Decreto nº 14.052/2010, do Município de Belo Horizonte.

¹⁹ “O Estado necessita da colaboração dos particulares — não apenas para prestação dos serviços públicos, mas também para definir as melhores condições para tal. Isso significa ser vedado excluir a participação de representantes da comunidade e da própria iniciativa privada na configuração da concessão e do certame licitatório que a antecederá. Ao invés de elaborar o ato convocatório em sigilo, muito mais adequado é obter informações e colocar em discussão pública as diferentes alternativas e opções. Produzir uma licitação não significa editar atos ‘contra’ a comunidade ou a livre iniciativa. Por isso, impõe-se a audiência de todas as instâncias da sociedade civil, inclusive aquelas relacionadas aos potenciais usuários e à livre iniciativa” (JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 204-205).

²⁰ CÂMARA. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 170-171.

²¹ A interação entre o Poder Público e a iniciativa privada, pautada por princípios republicanos, para a verificação da viabilidade da concessão, em todos os seus aspectos, é fundamental.

A segunda, que decorre da referência aos estudos e projetos não realizados pelo Poder concedente mas que contem com sua autorização, implica admissão tácita de que a Administração receba projetos e estudos de parcerias realizados por particulares interessados — o que integra o próprio núcleo da PPP.²²

Ainda que determinados entes privados possam ter o interesse de apenas desenvolver os estudos referentes à concessão, a maioria o faz porque possui o interesse direto em poder participar da futura licitação, carrear o projeto estruturado. Contudo, a Lei de Licitações — aplicada apenas subsidiariamente à Lei de Concessões — veda, em seu art. 9º, que aqueles que tenham participado do desenvolvimento de projetos básicos ou executivos participem da licitação.²³

A simples leitura do art. 21 da Lei de Concessões também parece não admitir que aqueles que tenham desenvolvido o projeto possam participar dos certames. No entanto, é preciso que esta norma seja analisada em cotejo com o que dispõe a Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, a qual estabelece normas para outorga e prorrogação de concessões e permissões de serviços públicos. Isto porque o seu art. 31 admite que os responsáveis economicamente pelo projeto possam participar da futura licitação. É de se ler a redação do dispositivo:

Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

A legislação sobre concessões, portanto, modificou regra geral até então adotada no país no procedimento de licitações: a de que o responsável pela elaboração do projeto a ser licitado não poderia participar de sua execução. A Lei Federal nº 9.074/1995, editada em complementação à Lei de Concessões, autorizou expressamente que o autor do projeto pudesse participar de licitações para concessões.²⁴

²² MARQUES NETO. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDE*.

No mesmo sentido da regra de transparência mencionada por Floriano de Azevedo Marques Neto, Cármen Lúcia Antunes Rocha ensina que “No art. 21, aquela lei [a Lei de Concessões] dispõe sobre o direito do cidadão de ter acesso aos ‘estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização’. Esses dados são importantes para o exercício do controle e fiscalização dos atos do Poder Público pelo cidadão, que somente pode participar da gestão da coisa pública, com efetividade, pelo conhecimento pleno e correto do quanto se pratique no desempenho das atividades que lhe são inerentes” (*Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, p. 135-136).

²³ Vale notar, porém, que a Lei de Licitações não veda, nas licitações realizadas exclusivamente sob a sua égide (v.g., contratação de uma obra, exclusivamente, com pagamentos em medições), que o projeto executivo fique a cargo do contratado: as revés, admite expressamente a hipótese, nos termos de seu art. 9º, §2º.

²⁴ Neste sentido, cf. CÂMARA. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 171; DI PIETRO. *Parcerias na Administração*

Desta maneira, é estabelecido o instrumental necessário para que a apresentação de projetos de relevante interesse para a Administração seja levada a cabo pela iniciativa privada. Fomenta-se a estruturação privada de empreendimentos públicos, admitindo-se que as pessoas jurídicas que tenham desenvolvido os projetos possam participar da licitação e sejam ressarcidas pelo eventual vencedor do certame.²⁵

O PMI é passível de utilização não apenas nas concessões realizadas sob a égide da Lei de Concessões: são extensíveis também às concessões licitadas com base na Lei de PPPs. Isso porque o art. 21 da Lei de Concessões é aplicável a ambas as modalidades de concessões estabelecidas na Lei de PPPs, por força dos arts. 2º, §§1º e 3º dessa lei.²⁶

De todo modo, foi publicado, em âmbito federal, o Decreto Federal nº 5.977/2006, que trata do recebimento de estudos da iniciativa privada no bojo das PPPs. Embora trate de decreto que regulamenta a Lei nº 11.079/2004 — nos termos de seu art. 1º —, há que se destacar que o Tribunal de Contas da União (TCU) já reconheceu a sua aplicabilidade também nos casos em que os estudos sejam realizados tão somente com base no art. 21 da Lei de Concessões.

Em representação oferecida pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo, que tratava de possíveis irregularidades que teriam sido praticadas na autorização concedida pelo Ministério dos Transportes à Empresa Estruturadora Brasileira de Projetos (EBP) para o desenvolvimento dos estudos técnicos sobre a Terceira Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, o TCU recomendou “[...] ao Ministério dos Transportes que utilize, por analogia, os ditames prescritos no Decreto nº 5.977/2006, sempre que conceder autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995”.²⁷ Trataremos do decreto no próximo tópico.

Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 121; PRADO. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO; SCHIRATO (Coord.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas, p. 49-50; MONTEIRO. Concessão, p. 188).

²⁵ Tendo em vista o estabelecimento de legislação a respeito da utilização do PMI para o planejamento de concessões, poder-se-ia debater a possibilidade de sua extensão e utilização também para projetos licitados exclusivamente com base da Lei de Licitações. Discussões públicas a respeito dos aspectos positivos e negativos da utilização do instituto também no âmbito da referida lei poderiam ser benéficos, fortalecendo o diálogo institucional entre o Poder Público, iniciativa privada e demais interessados e poderiam se mostrar benéficos para a própria Administração Pública — independentemente do resultado das discussões. De toda forma, a inclusão da possibilidade de recebimento dos estudos pela Administração Pública demandaria alterações na Lei de Licitações, especialmente com a inclusão de que os entes que tivessem oferecido estudos e projetos por meio de PMIs poderiam participar das futuras licitações. Assim, restaria ao Poder Público a discricionariedade de facultar, em cada caso específico, a possibilidade de tais entes participarem ou não do certame.

²⁶ Lei de PPPs, art. 3º: “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”.

²⁷ Acórdão nº 112/2012, TCU-Plenário (Processo nº 022.369/2009-0), Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 25.01.2012.

4 Os principais aspectos do Decreto nº 5.977/2006

O Decreto Federal nº 5.977/2006 regulamenta o art. 3º, *caput* e §1º, da Lei de PPPs, destinando-se à definição dos contornos da apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública Federal.

Compete ao Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP) solicitar trabalhos que subsidiem a modelagem de PPP já definida como prioritária. A solicitação deverá, nos termos do art. 2º, §1º, do decreto: (i) delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, podendo restringir-se a indicar tão somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução; (ii) indicar prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações e o valor nominal máximo para eventual ressarcimento; (iii) indicar o valor máximo da contraprestação pública admitida para a parceria público-privada; (iv) ser objeto de ampla publicidade.

As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, perante o CGP, requerimento de autorização no qual constem as seguintes informações (art. 3º): (i) qualificação completa do interessado; (ii) demonstração da experiência do interessado na realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares aos solicitados; (iii) indicação da solicitação do CGP que baseou o requerimento; (iv) detalhamento das atividades que pretendem realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos.

A autorização para apresentação dos estudos será conferida sempre sem exclusividade, não gerará direito de preferência para a outorga da concessão, não obrigará o Poder Público a realizar a licitação, não criará por si só qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração e será pessoal e intransferível (art. 5º). De todo modo, e tal como na Lei de Concessões, prevê-se que os valores relativos a projetos selecionados serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame (art. 14). O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público-privada (art. 2º, §2º).²⁸

²⁸ O edital para contratação da parceria público-privada conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações utilizados na licitação.

Em linha com o art. 31 da Lei Federal nº 9.074/1995, o Decreto Federal nº 5.977 prevê que os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços (art. 15).²⁹

Contudo, e em contraste com a possibilidade de aqueles que realizaram os estudos poderem participar do certame, é de se notar que, no âmbito do Decreto Federal nº 5.977/2006, não se admite que a iniciativa privada leve ao conhecimento do CGP, de ofício, estudos relativos a projetos de PPPs que tenham sido por ela pensados e não constantes das parcerias definidas como prioritárias pelo Governo Federal. Seu art. 3º, §2º, prevê, expressamente, que “serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP”.

Assim, o escopo da apresentação dos estudos, no âmbito federal, é reduzido, se comparado à opção legislativa que foi adotada por outros entes políticos. Em âmbito federal — e em sede de PPPs — caberá ao Poder Público federal identificar projetos e oportunidades, solicitando publicamente, caso entenda necessário, contribuições de potenciais interessados.

Tal modelo não é adotado, indistintamente, na legislação, *v.g.*, de outros entes federados a respeito do tema. A título de exemplo, no Estado de Pernambuco foi instituída sistemática distinta: admite-se que eventuais interessados (sejam eles do setor público ou do setor privado) apresentem estudos relativos a projetos de PPPs dos quais tenham interesse em participar, solicitando a sua inclusão no programa estadual de licitação de tais projetos.^{30 31} Abre-se espaço para que mais projetos sejam pensados pela iniciativa privada e levados a conhecimento do Poder Público, tendo ele os solicitado previamente ou não.

Ademais, ainda que o Decreto Federal nº 5.977/2006 regulamente o PMI para a Administração Pública federal, admite-se que entes da Administração indireta realizem a sua própria normatização a respeito do tema. Seu art. 1º, parágrafo único, estabelece que “a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por organismos internacionais dos quais o Brasil faça parte, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista submetem-se a regime próprio”.³²

²⁹ Considera-se economicamente responsável a pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para o custeio da elaboração de estudos, projetos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em eventual licitação para contratação de parceria público-privada (art. 15, parágrafo único, do Decreto nº 5.977/2006).

³⁰ Art. 2º da Resolução Normativa CGPE/RO-001/2007, que estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico para empreendimentos de PPPs.

³¹ No mesmo sentido são as disposições do Decreto nº 57.289/2011, do Estado de São Paulo, e do Decreto nº 43.277/2011, do Estado do Rio de Janeiro, os quais preveem que o PMI poderá tanto ser apresentado, espontaneamente, por qualquer pessoa física ou jurídica, quanto decorrer de solicitação do ente ou órgão da Administração que pretenda celebrar o contrato de concessão.

³² Atos normativos setoriais também foram editados para possibilitar a apresentação de estudos, pela iniciativa privada, relativos ao desenvolvimento de projetos em setores específicos. Neste sentido, *v.g.*:

Pode-se dizer, portanto, que há o estabelecimento de atos normativos visando a regulamentar a utilização do PMI pelos diversos entes federados e pelos órgãos e entes da Administração Pública. Abrem-se, conseqüentemente, possibilidades de utilização do instituto, tendo em vista os interesses daqueles que pretendam utilizá-los. Discorreremos sobre quais parecem ser as principais hipóteses de seu emprego pela iniciativa privada.

5 Hipóteses de utilização do PMI

Pode-se dizer que, via de regra, as partes interessadas em apresentar estudos no bojo de PMIs o fazem por três motivos.

Em primeiro lugar, podem atender a processo de PMI lançado pelo próprio Poder Público, convocando interessados para que apresentem estudos relativos ao planejamento de determinada concessão, com objeto a ser desenvolvido já identificado pelo Estado. Assim, os interessados apresentarão as suas próprias soluções relativas a uma necessidade pública, cabendo à Administração Pública a escolha, motivada,³³ por aquela que seja mais consentânea ao interesse público a ser satisfeito.

(i) a Resolução nº 395/1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que estabelece os procedimentos gerais para Registro e Aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico de empreendimentos de geração hidrelétrica. Anteriormente à publicação da Resolução, a Lei nº 9.427/1996, que instituiu a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, já previa a possibilidade de realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos. Ela deve ser informada à ANEEL para fins de registro e não gera direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público (art. 28). Em linha com o art. 21 da Lei de Concessões, a Lei nº 9.427/1996 prevê que, no caso de serem esses estudos ou projetos aprovados pelo Poder Concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital (art. 28, §3º).

(ii) a Portaria nº 108/2010, da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP), a qual estabeleceu diretrizes para outorga de concessão de novos portos organizados marítimos. Em seus termos, a decisão por tal licitação poderá ter como base: a) requerimento à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) de interessado em obter a concessão para a construção e exploração de porto organizado quando o empreendimento estiver previsto na lista de referência do Plano Geral de Outorgas; b) requerimento à ANTAQ de interessado em obter a concessão para a construção e exploração de porto organizado não constante do referido plano. Mais recentemente, a Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013 — a Nova Lei dos Portos —, admitiu que os interessados em obter a autorização de instalação portuária a ser localizada fora do porto organizado poderão requerê-la à ANTAQ a qualquer tempo (art. 9º). Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Agência deverá publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet, promover a abertura de processo de anúncio público, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes.

(iii) a Resolução nº 192/2011 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a qual estabeleceu os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada definidas como prioritárias pelo Governo Federal.

³³ “Apresentar expressa e taxativamente as razões de fato e de direito que levaram à prolação da decisão administrativa no processo licitatório constitui um dos deveres basilares do administrador. Mais, além de dever, a motivação constitui requisito de legitimidade e de validade do ato decisório. Logo, qualquer decisão proferida na fase interna da licitação que não seja precedida da suficiente e consistente motivação padecerá de vício de ilegitimidade — inválida, portanto” (SANTOS. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, p. 12-13).

Adicionalmente, podem levar a conhecimento do Poder Público o seu interesse em desenvolver determinado projeto que não tenha sido previamente identificado pela Administração Pública, ainda que haja interesse público relativo à sua execução. Vale dizer: a iniciativa privada identifica uma oportunidade de negócio no desenvolvimento de determinada concessão e a leva ao conhecimento do Poder Público, com base em seu direito de petição e com fundamento no art. 21 da Lei de Concessões, bem como em atos normativos específicos a respeito do tema.

Como dito anteriormente, o Decreto Federal nº 5.977/2006 não admite que a iniciativa privada, de ofício, provoque a Administração Pública federal para o recebimento de estudos e início de processo de PMI. Contudo, atos normativos de outros entes da Federação, bem como de setores específicos, admitem tal prática.

Por fim, pode-se pretender desenvolvê-los para que se obtenha algum tipo de vantagem competitiva em relação aos demais interessados em determinada concessão, tenha sido ela objeto de chamamento pela Administração Pública para que os eventuais interessados no projeto apresentem seus estudos, ou para apresentar estudos alternativos aos que tenham sido levados a conhecimento da Administração Pública fora de um chamamento para manifestação de interesse.

Além dos casos supramencionados, vislumbram-se outras duas hipóteses em que o PMI poderá ser utilizado para o planejamento de concessões.

A iniciativa privada pode ter interesse em apresentar os estudos ao Poder Público, ainda que não se interesse em participar da futura concessão propriamente dita. Esta hipótese se manifesta quando o desenvolvimento de determinado projeto possa ser complementar a outro(s) empreendimento(s) carreado(s) por aquele que apresentar os estudos e possa, *v.g.*, tornar a prestação de seus próprios serviços mais eficiente.

Pode-se exemplificar tal hipótese da seguinte maneira: imagine-se que determinada empresa seja concessionária de trecho ferroviário compreendido entre os pontos (A) e (B), realizando a manutenção e operação do trecho e sendo remunerada pela cobrança de tarifa dos usuários da ferrovia. Estudos de demanda por ela realizados indicam que, caso fosse construído novo trecho ferroviário, ligando o ponto (B) a um futuro ponto (C), suas receitas operacionais no trecho (A)-(B) seriam substancialmente incrementadas, tendo em vista o aumento do fluxo de composições ferroviárias originárias do ponto (C) e destinadas ao ponto (A).

Para tal concessionária, portanto, a existência do trecho ferroviário (B)-(C) seria vantajosa, permitindo a otimização da capacidade operacional do trecho ferroviário (A)-(B).

Sabendo que não poderia executar o projeto diretamente (tendo em vista a necessidade de a construção e operação de tal trecho ferroviário depender de contrato de concessão), a empresa, como saída, poderia apresentar os estudos que embasariam a concessão ao ente público responsável por sua outorga, mesmo que fosse impedida de participar da futura licitação da outorga (isso porque, *v.g.*, o edital

poderia vedar a participação na licitação de empresas que já fossem detentoras, diretamente, de outorga para a exploração de infraestrutura ferroviária associada à prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas ou que tivesse sido diretamente responsável pela elaboração dos estudos que embasaram a licitação). De todo modo, em vista dos ganhos de escopo e de escala de suas atividades, advindos da concessão de projeto complementar, a empresa aqui hipotética poderia ter o interesse em provocar o Poder Público em sede de manifestação de interesse.

Por fim, a última hipótese de apresentação de estudos pela iniciativa privada diz respeito a trabalhos executados por entidades, que, estatutariamente, possuem como objeto social o desenvolvimento de estudos de concessões. No Brasil, o exemplo mais evidente dessa hipótese é a existência da EBP, embora outros órgãos, com características semelhantes — como é o caso da *International Finance Corporation* (IFC), que possui uma equipe no Brasil dedicada à estruturação de projetos públicos — também prestem tais serviços no país.

Especificamente sobre a atuação da EBP, esta é uma sociedade por ações que “tem por objeto a elaboração e/ou coordenação de estudos, prestação de assessoria técnica e estruturação de projetos privados para exploração de atividade econômica ou projetos públicos de infraestrutura” (art. 4º de seu Estatuto Social).

Segundo informações constantes em seu *site*, é “uma empresa privada voltada para o interesse público que atua como assessor técnico neutro de governos”, tendo como missão “desenvolver, com imparcialidade e transparência, projetos de infraestrutura que contribuam para o desenvolvimento econômico e social brasileiro criando oportunidades de investimento para o setor privado”.

Para o desenvolvimento de estudos constantes de seu objeto social, a EBP celebrou com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) convênio de cooperação técnica com vistas à estruturação de projetos de infraestrutura. Tal convênio foi celebrado, segundo seus próprios termos, em função de a EBP representar “importante iniciativa do setor privado no sentido de promover a estruturação de uma série de projetos de infraestrutura, que possam ser executados em parceria com a iniciativa privada e viabilizados por financiamentos, particularmente financiamentos estruturados (*project finance*)”.

O convênio “tem por objeto estabelecer cooperação técnica entre as Partes, com vistas à estruturação de projetos de infraestrutura que impliquem relações contratuais de longo prazo entre a Administração Pública e agentes privados, especialmente concessões e PPPs, mediante a elaboração de estudos técnicos e de viabilidade necessários à implementação desses Projetos”.³⁴

³⁴ São atribuições da EBP, no bojo do instrumento, (i) selecionar os projetos; (ii) definir o escopo dos estudos; (iii) aprovar e promover a contratação de consultoria técnica para a realização dos estudos; (iv) prover recursos financeiros e administrativos necessários à execução dos estudos; (v) fornecer ao BNDES as informações e

Ela já concluiu trabalhos para os seguintes projetos: (i) Estudo para Estruturação de Concessões Rodoviárias Federais BR101/ES; (ii) Estádio Governador Magalhães Pinto (Mineirão); (iii) Terminais Rodoviários, Belo Horizonte; (iv) Esgotamento Sanitário da AP5, Rio de Janeiro; (v) Hospital Metropolitano do Barreiro, Belo Horizonte; (vi) Aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília; (vii) Sistema Produtor de Água do Rio Manso – COPASA, Minas Gerais; (viii) Esgotamento Sanitário da RMGV, Espírito Santo.^{35 36}

As amplas possibilidades de utilização do PMI fazem com que haja a constante interação entre o Poder Público e a iniciativa privada na concepção de soluções para a viabilização de concessões. Ainda, tendo em vista o interesse que determinados projetos podem despertar em agentes privados, a concorrência nas licitações poderá, de alguma forma, ser estendida: eventuais proponentes não competirão apenas na fase externa da licitação, por meio da apresentação de suas propostas, mas já na fase de estudos, para que seus pontos de vista sejam adotados em aspectos da outorga e para que possam ser ressarcidos dos dispêndios relativos à realização dos estudos.³⁷

documentos necessários para o exercício das atribuições do banco; (vi) divulgar, conjuntamente com o BNDES, os resultados dos estudos, imediatamente após a sua conclusão.

³⁵ Informações disponíveis em: <http://www.ebpbrasil.com/ebp/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&conta=45&tipo=25178>. Acesso em: 20 nov. 2013. Ainda, estariam em execução os seguintes estudos: (i) 3ª Etapa – Fase III do Programa de Concessões Rodoviárias Federais; (ii) Garagens subterrâneas, Belo Horizonte; (iii) Garagens subterrâneas, São Paulo; (iv) Circuito de Compras, São Paulo; (v) Aeroportos de Galeão e Confins; (vi) Portos; (vii) Rodovias Federais: 3ª Etapa – Fase 1: BR-116 e BR-040.

³⁶ Vale destacar que, recentemente, a Justiça Federal determinou a suspensão de pagamentos à EBP relativos aos estudos de viabilidade dos contratos de arrendamento de terminais portuários, atualmente em fase de licitação pelo Governo Federal. O juiz Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara Federal de Brasília, deferiu parte do pedido de liminar que solicitava a suspensão de pagamentos à EBP. Nos termos da sentença, prolatada, em meio ao Processo nº 53.903-13.2013.4.01.3400, em 11 de novembro de 2013, que tramita perante a 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o magistrado destacou que “Não houve, até o momento, aplicação de recursos públicos federais. Mas os estudos, caso venham a ser utilizados nos procedimentos licitatórios para as concessões serão pagos pelo licitante vencedor com recursos indubitavelmente públicos. Este preço será embutido nas propostas sem a menor sombra de dúvidas. [...] Assim, defiro em parte a liminar para determinar a retenção, no(s) contrato(s) de concessão(ões) (*sic*) ser(em) firmado(s), em decorrência dos respectivos estudos, dos valores referentes à remuneração da EBP, em decorrência da execução dos serviços objeto da Portaria nº 38/2013 da Secretaria de Portos da Presidência da República [...]”. A EBP foi autorizada a desenvolver projetos, estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional, levantamentos e investigações destinados a subsidiar a SEP na preparação dos estudos de embasamento dos procedimentos licitatórios das concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias, nos termos da Portaria SEP nº 38/2013. A autorização foi concedida pelo Governo Federal à EBP em caráter de não exclusividade, de forma que as pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada interessadas em oferecer os projetos e os estudos técnicos, objeto da Portaria, poderiam apresentar requerimento de autorização à SEP, no prazo de 20 (vinte) dias de sua publicação. No requerimento, deveriam constar as informações previstas nos incisos I, II e IV do art. 3º do Decreto nº 5.977/2006.

³⁷ Apenas para exemplificar tal ponto, pode-se destacar que a Prefeitura do Município de São Paulo publicou, em 09 de outubro de 2013, o Chamamento Público, tendo por objetivo receber, de eventuais interessados, “estudos técnicos e modelagem de projetos de Parceria Público-Privada (PPP) para Modernização, Otimização, Expansão, Operação e Manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo”. A autorização para a realização dos estudos de viabilidade foi solicitada pela empresa GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda. De todo modo, quaisquer interessados poderiam solicitar autorização para o desenvolvimento do mesmo escopo no prazo de 20 (vinte) dias contados da publicação do chamamento. Trinta e quatro empresas, isoladas ou em grupo, interessadas em desenvolver os estudos, foram autorizadas pelo Poder Público Municipal. Tal fato evidencia o interesse da iniciativa privada em induzir, participar e discutir

6 Última nota – A colaboração na concepção da concessão

O PMI institui uma arena dinâmica e dialética, entre o Poder Público e entes privados, para a concepção de relevantes projetos públicos.³⁸ As diversas possibilidades de sua utilização fazem com que, de alguma forma, o processo de outorga de concessões deixe de ser ensimesmado na Administração Pública e seja aberto, publicamente, aos eventuais interessados.³⁹

Em vista da complexidade da vida contemporânea, da constante e célere evolução tecnológica e, sobretudo, dos diversos anseios que permeiam a sociedade — e os quais não são, muitas vezes, apreendidos e solucionados instantaneamente pelo Estado —, a iniciativa privada pode contribuir, por meio dos instrumentos previstos na legislação vigente, para que soluções sejam propostas, discutidas, delineadas e passíveis de serem consideradas adequadas pelo próprio Poder Público — o qual sempre terá a última palavra a respeito da matéria.⁴⁰

Portanto, “para imprimir maior permeabilidade à fase decisória, portanto, é preciso contar com a participação dos interessados ainda na ‘fase interna’ do procedimento de contratação pública, [...] nas próprias formulações [...] que antecedem e fundamentam a concessão”.⁴¹

O PMI é permeado pela ideia de colaboração entre as partes para que a melhor solução possa ser adotada, concretizando o interesse público, com todas as opções sendo feitas à luz do caso concreto, do projeto que se pretende estruturar e das peculiaridades que lhes sejam inerentes. Neste sentido, Sérgio Resende de Barros diz que:

A complicação dos fins assumidos externamente pelo Estado exige a negociação internamente, mas também previamente, à contratação. É preciso contar com os licitantes já nas formulações econômicas e financeiras, técnicas e operacionais, prévias ao edital. Isso, em virtude

aspectos de concessões em sede de PMIs, fazendo com que, de alguma forma, a competição entre elas desenrole-se já na fase interna da licitação. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/porta/content/pmi-de-ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-do-munic%C3%ADpio-de-s%C3%A3o-paulo-conta-com-mais-de-30-empresas-cadastrada>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

³⁸ SANTOS. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*.

³⁹ “O administrativista deve ser, antes de tudo, detetive de antagonismos; sua função primeira é mapeá-los em cada caso, para o jogo ser jogado com todos em campo. [...] Ao optar por um [oposto] no caso concreto, devo saber o que perco ao descartar o outro; se não, decido às cegas. A cegueira é resultado da ausência do oposto” (SUNDFELD. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO; MARQUES NETO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 88-89).

⁴⁰ “Nem mesmo se pode cogitar que o Estado seja capaz de identificar de maneira precisa todos os déficits de serviços públicos, de forma a atender às necessidades coletivas do modo mais eficiente e satisfatório” (VIEIRA; GAROFANO. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, p. 183-211, p. 191).

⁴¹ VIEIRA; GAROFANO. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, p. 191).

da correlação entre aqueles fins e estas formulações. Entrevê-se aqui uma nova faculdade de participação: a de conformulação das cláusulas do edital ou do futuro contrato pelos agentes públicos juntamente com os possíveis licitantes, convocados para esse fim por um pré-edital.⁴²

A utilização do PMI faz com que as palavras de Enrique Sayagués Laso, para quem “Até que a Administração publique o anúncio da licitação, nenhum papel desempenham os particulares; porém, a partir desse momento, convertem-se em partes interessadas”, sejam, em alguma medida, mitigadas.⁴³ Isso porque os administrados, a iniciativa privada, podem manifestar-se em discussões a respeito de outorgas de concessões, propor alternativas, refutar decisões. Tudo isso devidamente amparado na legislação que rege a matéria.

Há, em alguma medida, em sede de PMIs, a ampliação da fase interna da licitação das concessões, com a possibilidade de oferecimento de proposições pelos interessados, paralela e correlatamente às decisões a serem tomadas pelo próprio Poder Público. Se, para Roberto Dromi, a fase interna da licitação “Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes, licitadores o terceros interesados”, a institucionalização e utilização da manifestação de interesse abranda tal ideia.⁴⁴

7 Conclusão

De todo o acima exposto, vê-se que o PMI, nos termos da legislação vigente, institucionaliza a possibilidade de apresentação de estudos técnicos para a outorga de concessões, bem como admite que os dispêndios relativos aos estudos que efetivamente embasem a contratação sejam reembolsados. Nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado,

Parte-se, de um lado, do reconhecimento das dificuldades enfrentadas pelo Poder Público para custear diretamente os diversos estudos e investigações que são necessários ou simplesmente úteis à modelagem de projeto. Cria-se, doutro lado, mecanismo que estimula o desenvolvimento em regime competitivo do mercado de consultoria e de projetos, que são, ademais, extremamente importantes para o desenvolvimento de qualquer país.⁴⁵

⁴² BARROS. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*, p. 168-169.

⁴³ SAYAGUÉS LASO. *La licitación pública*, p. 111 *apud* BARROS. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*, p. 169.

⁴⁴ Dromi. *Licitación pública*, p. 96 *apud* SANTOS. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, p. 14.

⁴⁵ RIBEIRO; PRADO. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*, p. 332-333.

A legislação sobre o PMI tem em vista a necessidade de implantação de projetos públicos e de prestação de serviços em bases adequadas e eficientes, induzidas por meio de estudos técnicos que podem contribuir para o desenvolvimento de concessões consideradas adequadas pelo Poder Público.

Parte-se da ideia de que a disputa entre os particulares pelos potenciais contratos de concessão — sejam eles na modalidade comum, sejam eles nas modalidades administrativa ou patrocinada, a serem celebrados por um ente público — pode se iniciar já mesmo no oferecimento de dados fundamentais ao processo decisório da Administração. Neste contexto, os principais aspectos relativos das concessões podem ser propostos, debatidos, revisados e implementados, caso o interesse público evidencie a necessidade de sua consecução. Há a ideia de colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada para que todas as decisões em tal meio sejam tomadas de forma razoável e adequadamente.

O planejamento das concessões, voltado à garantia da oferta e da fruição de serviços adequados à coletividade, pode ser feito, no âmbito de PMIs, de forma colaborativa e integrativa. Discussões a respeito dos estudos e projetos apresentados podem — e devem — ser feitas de forma transparente, pautadas pelos princípios republicanos e constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum: 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995.
- BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CÂMARA, Jacintho Arruda Câmara. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DROMI, Roberto. *Licitación pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- JUSTEN FILHO, Fernão. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico: (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDE*, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. O procedimento de manifestação de interesse como instrumento de viabilização de importantes projetos de infraestrutura no Brasil. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-50.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, José Anacleto Adbuch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

SANTOS, José Anacleto Adbuch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 18, abr./jun. 2009.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os cliques e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 133-153, jan./jun. 2014.

A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras

Marina Centurion Dardani

Mestranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Atos normativos. Discricionariedade administrativa. Participação popular.

Sumário: Introdução – **1** O regime jurídico das agências reguladoras – **2** Previsões constitucionais e infraconstitucionais da participação popular – **3** A discricionariedade administrativa – **4** A participação popular e as questões de alta complexidade técnica – **5** Conclusão – Referências

Introdução

O presente estudo tem como mote analisar as limitações impostas pela participação popular na edição de atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, dando-se ênfase à proibição imposta ao regulador de alterar ou mesmo relativizar, no caso concreto, os critérios definidos em abstrato para a regulação de determinada matéria.

A análise pretende enumerar as diversas definições e conceitos trazidos à baila pela doutrina acerca da discricionariedade técnica e da discricionariedade administrativa, a fim de se saber se ambas são distintas ou se uma está contida na outra.

Pretende-se demonstrar que a existência dos institutos de participação popular e, mais especificamente, de participação dos administrados na discussão e elaboração dos regulamentos expedidos pelas agências é válida, alçando o ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos no tocante a esses institutos, entre os mais avançados e garantidores.

Todavia, a singela previsão desses institutos no ordenamento não faz com que a participação popular se efetive de forma plena. Por outro lado, por mais deficiente que a participação popular possa ser na atualidade, não há que se olvidar que tal requisito impede que as agências reguladoras afastem casuisticamente as resoluções por elas adotadas em abstrato com auxílio, efetivo ou não, da participação popular.

Desta forma, a análise acerca da problemática ora proposta terá início com a verificação dos dispositivos constitucionais e legais que contemplam o princípio da participação popular, seja sob viés geral, previsão da participação popular *lato sensu*, seja em relação aos usuários do serviço público de telecomunicação.

Após, serão analisados os fundamentos da discricionariedade, seu conceito e sua diferenciação da vinculação, as teorias acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e o questionamento se o seu uso pela norma gera discricionariedade, bem como sua estrutura lógico-normativa. Após, será realizada análise acerca da existência de diferenças entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, para, então, analisar-se a limitação da discricionariedade das agências pelo exercício de suas competências discricionárias e pela participação popular.

Feita tal digressão, passar-se-á à análise das razões pelas quais não se consideraram efetivos, no Brasil, os meios colocados à disposição dos usuários de telecomunicação para participarem da construção e discussão dos diplomas reguladores setoriais expedidos pelas agências reguladoras.

Assim, estudar a participação popular na discussão e elaboração dos diplomas reguladores expedidos pelas agências reguladoras é de suma relevância para o aprimoramento da Administração Pública e, por decorrência lógica, do próprio Estado Democrático de Direito. Estudar a efetividade dos meios de participação, ademais, tende a aclarar se os institutos postos à disposição pelo ordenamento para a efetiva participação dos cidadãos no processo normativo das agências reguladoras é apenas em abstrato algo garantidor da intervenção popular na Administração Pública, considerando-se principalmente o alto grau de tecnicidade envolvido nas questões regulatórias e o real estágio apresentado pelo Brasil no tocante à participação cívica consciente da população nos chamados “assuntos de Estado”.

1 O regime jurídico das agências reguladoras

O regime jurídico das autarquias é composto por normas e princípios específicos que o diferenciam dos demais institutos do Direito Administrativo, caracterizando-se por conter princípios que lhe são peculiares e que são diferenciados por possuírem uma lógica de unidade e coerência.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica

ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹

Tem-se, pois, que princípio é mandamento nuclear de qualquer sistema jurídico, não sendo exceção, portanto, o sistema atinente às autarquias e, em especial, às agências reguladoras, que é composto, primeiramente, pelas regras que decorrem do regime jurídico-administrativo, vez que as agências reguladoras são autarquias.

O regime jurídico das agências reguladoras é composto na sua integridade por regras de pelo menos três origens diferentes: a) regras que decorrem do regime jurídico-administrativo pelo fato de as agências, no Brasil, serem autarquias; b) regras derivadas do chamado regime especial das agências; c) regras pertencentes ao patamar normativo particular de cada agência reguladora.²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o regime jurídico-administrativo possui como base os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Fazem parte desse regime, ainda, os seguintes princípios: legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade administrativa, devido processo legal e a ampla defesa, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos e, por fim, eficiência.

Em segundo lugar, o regime jurídico das agências reguladoras é composto pelas regras derivadas do regime especial das agências, que se diferencia do regime aplicável às demais autarquias apenas pela fixidez e investidura dos mandatos de seus dirigentes (já que características como a independência administrativa, autonomia funcional e a autonomia patrimonial e da gestão de recursos humanos são características comuns a todas as autarquias).

Ora, “independência administrativa” ou “autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional” e “patrimonial e da gestão de recursos humanos” ou de quaisquer outros que lhes pertençam, “autonomia nas suas decisões técnicas”, “ausência de subordinação hierárquica”, são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não ha peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres.

¹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 53.

² MAZZA. *Agências reguladoras*, p. 35.

Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas [...].³

Por fim, o regime jurídico das agências é composto por regras pertencentes ao patamar normativo particular de cada agência reguladora, que serão, no tocante à participação popular, destacadas na próxima sessão.

Conclui-se, assim, que as agências reguladoras são autarquias submetidas a um regime especial, instituídas com o fulcro de disciplinar e controlar determinadas atividades tais como os serviços públicos (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANAQ), as atividades de fomento e fiscalização de atividades privadas (ANCINE), atividades do uso de bem público (ANA), dentre outras.

Surgiram com a relevante missão de regular os assuntos atinentes ao seu campo específico de atuação sem invadirem o campo da competência legislativa. Isso porque, como é amplamente sabido, apenas o Poder Legislativo tem competência constitucional para inovar originariamente na ordem jurídica brasileira em função da previsão do princípio da legalidade. Desta forma, pode-se afirmar que as agências reguladoras ao disciplinarem os assuntos atinentes a sua esfera de atuação têm de restringir-se a normatizar os aspectos estritamente técnicos da atividade regulada, sob pena de violarem o princípio da legalidade.

Nota-se, portanto, que não se está a negar às agências reguladoras a competência para normatizar os assuntos atinentes ao seu campo de atuação, o que seria esvaziar por completo a sua função atual, impedindo-as de alcançarem seus objetivos legais e para os quais foram instituídas. O que se está a dizer é que as agências reguladoras não cumprem o mesmo papel do Poder Legislativo e não podem arvorar as competências reservadas constitucionalmente aos parlamentares.

O poder normativo concedido às agências busca, segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contras as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo”.⁴ Portanto, as agências reguladoras têm de cingir-se a regular os aspectos estritamente técnicos da atividade objeto da regulação, respeitando os parâmetros legais existentes. Necessariamente precisam respeitar os princípios e normas jurídicas que compõem o sistema jurídico pátrio.

³ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 174.

⁴ GROTTI. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*.

2 Previsões constitucionais e infraconstitucionais da participação popular

Nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti “o princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito”.⁵ De fato, não há como se conceber Estado Democrático de Direito sem que esse disponha de instrumentos efetivos de participação popular na Administração Pública. A participação direta do cidadão na Administração Pública é fator *sine qua non* para a caracterização do Estado como Democrático, já que a impossibilidade de participação popular na organização, gestão e fiscalização da Administração amesquinha e impede a realização plena da democracia.⁶

O princípio da participação democrática, como dito, é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito e está insculpido no preâmbulo e no art. 1º da Constituição Federal, tendo sido, ainda, contemplado em diversos dispositivos constitucionais, notadamente na disciplina da ordem social. Para Marcos Augusto Perez os institutos jurídicos de participação popular na Administração podem ser definidos

como instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.⁷

A seguir, serão analisados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que contemplam a participação popular na discussão e elaboração das normas regulamentares expedidas pelas agências reguladoras.

Inicialmente, há que se destacar a previsão da participação popular no Título II da Constituição de 1988, destinado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estando presente na garantia de acesso de todos à informação (art. 5º, XIV), inclusive às informações provenientes dos órgãos públicos e que sejam de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII). Está presente, ainda, no

⁵ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 166.

⁶ Para Marcos Augusto Perez “tanto o princípio democrático, quanto o do Estado de Direito se expressam no ordenamento jurídico brasileiro como ‘princípios de organização’, ou seja, impõem, para além de uma acepção meramente axiológica, uma forma de organização das funções do Estado que seja voltada a plena realização da democracia participativa e dos objetivos do Estado de Direito material; melhor dizendo, a efetivação dos direitos fundamentais” (*Institutos de participação popular na administração pública*, f. 55).

⁷ PEREZ. *Institutos de participação popular na administração pública*, f. 77.

“direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, bem como no direito de obter “certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal” (art. 5º, XXXIV), na garantia do devido processo legal na esfera administrativa (art. 5º, LV).

Consta, também, do art. 29, CF, que disciplina a organização dos Municípios, mais especificamente no inciso XII, que prevê a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. Tal previsão possibilita a participação democrática da população por meio das associações representativas em todas as questões atinentes ao planejamento municipal, direcionando “genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública nos Municípios”.⁸

Outro exemplo encontra-se no art. 187 da Constituição Federal que estabelece que “a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes”.

No Título VIII da Constituição Federal, que trata da ordem social, encontram-se dispositivos de suma importância para a concreção da participação do usuário na Administração Pública. Assim é que o inciso VII do art. 194 da Constituição Federal estabelece ser da competência do Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, objetivando o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. Insta ressaltar que a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação é, nos termos do art. 10, direito fundamental.

Referido Título ainda contém dispositivos que prestigiam a participação popular na Administração Pública. É o caso do art. 198, que estabelece que as “ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de acordo com três diretrizes, sendo uma delas a participação da comunidade (art. 198, III). Também nesse sentido é a disposição do art. 227, §1º, que determina a realização pelo Estado de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, com a participação de entidades não governamentais.

A participação da comunidade também é assegurada nas diretrizes dos sistemas de assistência social, de educação e de cultura. Nota-se, assim, que o art. 204 determina que “as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social” e organizadas com base na participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, por meio de organizações representativas (art. 204, II).

⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 167.

A participação da comunidade é assegurada, ainda, nas diretrizes do sistema de educação, na medida em que os arts. 205 e 206, VI, estabelecem que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo princípio expresso da educação a gestão democrática do ensino público, na forma da lei. Não há que se olvidar, por fim, do quanto estabelecido pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “estabelece que o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental”.⁹

Por fim, há que se destacar a participação popular no que atine à cultura. A Constituição Federal, no art. 216, §1º, é clara ao determinar que “o Poder Público, com colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

A Emenda Constitucional nº 45, de oito de dezembro de 2004, foi responsável pela inclusão de dois dispositivos constitucionais que trazem em seu bojo a possibilidade de participação da comunidade por meio das ouvidorias. Assim, o art. 103-B, §7º, estabelece o dever da União de criar ouvidorias “competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça”. Imbuído do mesmo espírito, o art. 130-A, §3º, I, determina a criação de ouvidorias para “receber reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares”.

A participação do usuário na Administração Pública também possui tratamento constitucional. A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do *caput* e do §3º do art. 37¹⁰ (bem como dos incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX), fazendo constar que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços, bem como o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”

⁹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 167.

¹⁰ Marcos Augusto Perez assevera que a “Emenda Constitucional nº 19, ao inserir a supra referida norma no ordenamento constitucional brasileiro, deu maior ênfase e destaque à participação popular na Administração Pública. Afinal, muito embora fossem bastante constantes as referências da Constituição à participação popular, enquanto instrumento de organização de diversos serviços públicos, carecia essa participação de uma diretiva inserida no âmbito das disposições gerais da Administração Pública, no art. 37” (*Institutos de participação popular na administração pública*, f. 59).

e “a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.¹¹

Em relação aos concessionários e permissionários de serviços públicos insta destacar a previsão implícita de participação dos usuários na execução e prestação do serviço público contida no art. 175, parágrafo único, II, da CF, que estabelece que a lei disporá sobre os direitos dos usuários. Assim, como afirmado anteriormente, os direitos dos usuários estão previstos em diversos diplomas legislativos, dentre eles na Lei nº 8.987/95, em diversos dispositivos que ora disciplinam a fiscalização e controle dos serviços outorgados, ora disciplinam a cooperação do usuário.

Participar de decisões de interesse público é tanto ou, por vezes, mais importante para a vida democrática do que a participação, pelo voto, da escolha de mandatários políticos. O sufrágio eleitoral é modalidade de participação destinada a legitimar a representação popular, quanto às demais formas de participação, diretas e semidiretas, visam a legitimar decisões públicas que, conforme a hipótese de que se tratar, poderá ter alcance muito mais amplo sobre os interesses da sociedade. Na linha do que de mais atualizado há em Direito Público, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, busca aproximar, o mais possível, o público usuário das prestações dos serviços públicos, com vistas a que estas lhe sejam cada vez mais úteis e de modo a que todos se vejam cada vez mais compelidos a zelar pelo equipamento público e a exigir qualidade dos serviços prestados.¹²

No plano infraconstitucional a legislação que disciplina a participação do usuário na Administração Pública e, em especial, nas atividades das agências reguladoras é farta. Os diplomas normativos das agências possuem em seu bojo previsões que privilegiam a participação do cidadão, tais como a instituição de audiências e consultas públicas, criação de Conselhos, de ouvidorias, dentre outras.

¹¹ Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti “Essas regras devem garantir, em primeiro lugar, o direito de reclamação do usuário. As formas de efetivação do direito à reclamação incluem, precipuamente, a existência de um serviço de atendimento ao usuário, de natureza obrigatória, e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços a ser definida em lei, quer quanto ao período dentro do qual deva se realizar, quer quanto às formas de avaliação, desde que sejam internas ao próprio serviço e por meio de auditorias externas. De outra parte, a fiscalização ou controle que o usuário pode exercer frente à Administração dá-se também por via do acesso que deva ter aos registros administrativos e a informações sobre atos de governo, desde que observados os princípios segundo os quais são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X), e o de que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). Deverá também a lei regulamentar a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Ao que se deduz do advérbio ‘especialmente’, ao final do *caput* do §3º do artigo 37, as previsões elencadas em seus incisos não são taxativas, mas exemplificativas de prioridades, embora devam ser necessariamente reguladas, e a lei integradora poderá acrescentar outras formas de participação dos usuários” (Cf. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 167).

¹² MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 490-491.

Assim, a previsão de realização de *audiência pública* aparece, por exemplo, na Lei nº 9.478/97,¹³ que em seu art. 19 estabelece que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”.

A audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.¹⁴

A realização de audiência pública está prevista, também, nos processos decisórios da Agência Nacional de Energia Elétrica,¹⁵ que em seu art. 4º, §3º, estatui que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”. Está presente, também, no art. 5º, da Lei Complementar nº 1.025/07, que transformou a Comissão de Serviços Públicos de Energia em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP).¹⁶

Já a *consulta pública* está contemplada, *v.g.*, na Lei Geral de Telecomunicações,¹⁷ que em seu art. 42 estabelece que as minutas de atos normativos da Agência serão submetidas à consulta pública. Vale ressaltar, ainda, a Lei Complementar nº 1.025/07 que prevê, em seu art. 4º, que a ARSESP “promoverá consultas públicas previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de diretrizes, níveis, estruturas e revisões tarifárias, bem como nos demais casos definidos no regimento interno”.

¹³ A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis “é entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia” (art. 7º da Lei nº 9.478/97).

¹⁴ PEREZ. *Institutos de participação popular na administração pública*, p. 149.

¹⁵ A Agência Nacional de Energia Elétrica é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

¹⁶ Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) é autarquia de regime especial, com personalidade de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Saneamento e Energia, com sede e foro na cidade de São Paulo. Seu regime jurídico caracteriza-se por independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, mandato fixo e estabilidade de seus diretores e demais condições que tornem efetiva sua autonomia no âmbito da Administração Pública (art. 1º, parágrafo único, da LC nº 1.025/07).

¹⁷ A Agência Nacional de Telecomunicações é “entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais” (art. 1º da Lei nº 9.472/97).

Aparentemente inspirada na “enquête”, do direito francês, a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos, para permitir que, em determinado prazo, todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e respondê-las publicamente, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório. A diferença entre a consulta pública e a audiência pública está em que, na primeira, há maior possibilidade de interferência dos interessados em relação à decisão que lhes possa afetar; possibilita-se, através da consulta pública, o aprofundamento do debate em torno da decisão administrativa, tanto do ponto de vista político como do ponto de vista técnico. A Administração não é obrigada a aceitar todas as sugestões oferecidas pelos interessados, mas deve motivar a decisão que eventualmente as refutou.¹⁸

A criação de *Conselhos* com a finalidade de prestigiar a participação dos usuários é clara, por exemplo, na Lei nº 9.472/97. A Lei Geral de Telecomunicações prevê a existência de um Conselho Consultivo, que “é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência” (art. 33). Nos termos do art. 34, “o Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento”.

Os conselhos são órgãos colegiados, ora com função deliberativa, ora com função meramente consultiva, que reúnem representantes da Administração Pública e da sociedade, com ou sem paridade de representação, e que participam do processo decisório de uma determinada área de interesses da Administração.¹⁹

A Lei nº 9.782/99, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária,²⁰ também contempla a participação dos usuários nas decisões tomadas pela Agência, dispondo que esta contará com um Conselho Consultivo, “que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento” (art. 9º, parágrafo único).

Por fim, há que se destacar as *ouvidorias*, previstas, por exemplo, nos arts. 8º, §1º, e 45, *caput*, da Lei nº 9.472/97. A previsão da existência das ouvidorias

¹⁸ PERES. *Institutos de participação popular na administração pública*, f. 88.

¹⁹ PERES. *Institutos de participação popular na administração pública*, f. 79.

²⁰ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde e tem por “finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras” (art. 6º da Lei nº 9.782/99).

pode ser vislumbrada no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.427/97, que estabelece que “o decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários”.

As ouvidorias foram contempladas, também, no art. 63, *caput*, da Lei nº 10.233/01, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).²¹

O art. 5º da Lei nº 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde²² (ANS), também contemplou a existência, dentro de sua estrutura organizacional, das ouvidorias. Neste mesmo sentido, pode-se destacar a previsão da existência de ouvidorias na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que a inclui na sua estrutura organizacional, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.782/99, na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC),²³ que no art. 18, §1º, estabeleceu caber ao Ouvidor receber pedidos de informações, esclarecimentos, reclamações e sugestões, respondendo diretamente aos interessados e encaminhando, quando julgar necessário, seus pleitos à Diretoria da ANAC.

A Agência Nacional do Cinema (ANCINE²⁴), por sua vez, prevê em sua estrutura a existência de uma Ouvidora-Geral, nos termos do art. 8º, §4º, da Medida Provisória nº 2.228-1.

O Decreto nº 97.946/89, que dispõe sobre a estrutura básica do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA),²⁵ em seu art. 12, estabelece que a autarquia terá uma Ouvidoria a quem competirá receber e investigar a procedência de reclamações quanto às atividades do IBAMA e dos seus servidores, propondo ao Presidente as medidas cabíveis.

²¹ A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) são “entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes” (art. 21 da Lei nº 10.233/01).

²² A Agência Nacional de Saúde Suplementar é autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, possuindo atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (art. 1º da Lei nº 9.961/00).

²³ Agência Nacional de Aviação Civil, instituída pela Lei nº 11.182/05, é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa.

²⁴ A Agência Nacional do Cinema, autarquia especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, é um órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira, criada pela MP nº 2.228-1 e instituída pelo Decreto nº 4.121/02.

²⁵ O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis é “entidade autárquica de regime especial, criada pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Interior, tem por finalidade, formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis” (art. 1º do Decreto nº 97.946/89).

Ainda, vale destacar, a previsão da existência de ouvidora no art. 6º, da Lei Complementar nº 914/02, que instituiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP).²⁶

A Ouvidoria é órgão encarregado de produzir apreciações críticas sobre a atuação da agência, receber e responder pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações, tendo acesso a todos os assuntos e devendo atuar com autonomia e independência.²⁷

A despeito dos institutos acima citados, não há que se olvidar que as agências reguladoras ainda causam acirrados debates na doutrina administrativista. Muitos as defendem. Entretanto, há que se questionar se “o modelo das agências escapa à crítica de falta de legitimidade democrática”.²⁸ Assim, ao refletir acerca do modelo das agências reguladoras e a efetividade da participação dos usuários, Conrado Hübner Mendes assevera:

Notamos que a esfera com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação destes, ressalte-se, é extremamente dificultosa, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam sua opinião, ao contrário dos concessionários, que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômico para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos na mesa.²⁹

Portanto, a questão que merece reflexão é se a participação do usuário é possível dentro de um sistema que não disponibiliza os meios técnicos necessários à efetiva participação e intervenção dos cidadãos nos serviços regulados pelas agências. A questão merece maior reflexão, com vistas a melhorar o sistema posto hodiernamente, a fim de que o usuário tenha condições isonômicas ao debater os assuntos atinentes às atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras e será retomada mais adiante.

Insta ressaltar, então, que cada ente federativo possui competência para disciplinar as formas de participação dos administrados na fiscalização e controle da

²⁶ A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) é autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, tendo como finalidade regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado (art. 1º da LC nº 914/02).

²⁷ MAZZA. *Agências reguladoras*, p. 170.

²⁸ MENDES. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 131.

²⁹ MENDES. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 132.

Administração Pública, consoante o princípio da autonomia político-administrativa, previsto no art. 18 da Constituição Federal. Dessa forma, cada ente tem liberdade de disciplinar a maneira como melhor lhe aprouver, respeitados todos os direitos e garantias dos usuários, as formas de sua participação nos serviços públicos.

Para Dinorá Grotti

Tais normas merecem aplausos, na medida em que trazem para a Administração Pública brasileira não apenas a uniformização de sua atuação, mas abrem as possibilidades para um maior controle dos administrados e para um debate democrático transparente, envolvendo os sujeitos a serem atingidos por suas decisões. [...].

Portanto, a validade do ato normativo apenas deve ser reconhecida quando a participação dos interessados tenha sido provida de significado prático, o que ocorre quando tenham sido efetivamente apreciados os principais argumentos apresentados durante o procedimento de consulta pública, por uma autoridade que fundamenta sua decisão, ao acatá-los ou rejeitá-los. Procedimentos dessa espécie fornecem elementos para o controle judicial da atividade normativa da Administração e, quando convenientemente observados, fortalecem a presunção de legitimidade que deve ser atribuída ao ato normativo deles resultante, propiciando um critério adicional a ser observado pelo Judiciário no desempenho de sua atividade de controle. Deve o Judiciário, portanto, apreciar os procedimentos em si mesmos, a fim de verificar se foram eles convenientemente conduzidos, como meio de aferir a razoabilidade da decisão alcançada pela autoridade.³⁰

Desta forma, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro possui diversos instrumentos que contemplam a participação popular na Administração Pública e, em especial, na regulação exercida pelas agências reguladoras; todavia, o aumento da complexidade das relações sociais, bem como o implemento da tecnologia e a crescente demanda por decisões que envolvem assuntos cada vez mais específicos, de áreas de conhecimento específicas, faz com que determinados temas afetos às agências reguladoras contenham aspectos muitas vezes desconhecidos da maioria da população, demandando conhecimentos teóricos e práticos dominados apenas por detentores de determinada parte das ciências: os técnicos.

A despeito da inexistência de uma participação ativa cidadã, o que se pretende aclarar neste trabalho é a exigência imposta pela lei, como no caso da Lei Geral de Telecomunicações, da participação popular na discussão e elaboração das normas reguladoras expedidas pelas agências como requisito formal da validade da normatização efetuada.

Cabe destacar, no item seguinte, que as agências reguladoras possuem discricionariedade para regulamentar as esferas afetas ao seu campo de atuação, que,

³⁰ GROTTI. *A situação jurídica do usuário dos serviços públicos*, p. 33-34.

como se tentará demonstrar, é apenas aparentemente maior que a discricionariedade concedida ao restante da Administração Pública. Na realidade, a discricionariedade das agências é menor que aquela observável na Administração em geral, pois quando a agência normatiza, regulamentando determinado assunto, vincula-se a essa normatização, ficando impedida de, casuisticamente e sem observação do procedimento de participação popular, alterar os critérios por ela estabelecidos.

Antes da análise dessa referida autolimitação, há que se verificar quais são os fundamentos da discricionariedade, seu conceito e sua diferenciação da vinculação, as teorias acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e o questionamento se o seu uso pela norma gera discricionariedade, bem como sua estrutura lógico-normativa para, então, iniciar o estudo acerca da existência de diferenças entre a discricionariedade administrativa e a chamada discricionariedade técnica, finalizando a presente análise com a limitação da discricionariedade das agências pelo exercício de suas competências discricionárias e pela participação popular.

3 A discricionariedade administrativa

Pelo quanto analisado até agora no presente estudo, tem-se que a previsão normativa abstrata quanto à possibilidade de participação popular, no Brasil, é ampla e bastante diversificada, apresentando diversos dispositivos que consagram a participação popular na Administração Pública e, em especial, nas agências reguladoras. Ainda, a existência de dispositivos legais que contemplam tal participação não faz com que se possa afirmar que o Brasil possui cidadãos capacitados para o exercício pleno de seus direitos no tocante à participação popular nos assim chamados “assuntos de Estado”.

Entretanto, as leis que regem as agências reguladoras e, em especial, a Lei Geral de Telecomunicações, possuem dispositivos que condicionam a validade da regulação efetuada pelas agências à participação popular através do dever de submeter as minutas de seus atos normativos ao crivo da participação através da realização de consultas públicas (art. 42, da Lei nº 9.472/97).

A doutrina é pacífica quanto à necessidade de participação popular para a edição de atos normativos pelas agências reguladoras. Entretanto, quanto ao alcance da regulação efetuada pelas agências, a doutrina não é tão unânime, havendo doutrinadores que dão maior ou menor extensão ao poder normativo dessas autarquias. Para este trabalho, adota-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual as agências reguladoras não podem, ao editar atos normativos, exceder ou distorcer os limites impostos pela lei, tendo de respeitar os princípios jurídicos, não podendo inovar originariamente na ordem jurídica, papel este constitucionalmente atribuído e reservado ao Poder Legislativo.

Assim, para evolução do presente estudo faz-se necessário aclarar que as agências reguladoras apenas podem emitir seus atos normativos quando assim estiverem autorizadas por lei.³¹

Sob influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito Liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.³²

Logo, diante da existência de uma competência discricionária assinalada pela lei, as agências reguladoras poderão normatizar os aspectos estritamente técnicos, nunca é demais lembrar, da esfera estrita de sua atuação.

Antes de se adentrar no tema da limitação da discricionariedade das agências pelo exercício de suas competências discricionárias e pela participação popular, há que se analisar de forma sucinta quais são os fundamentos da discricionariedade, seu conceito e sua diferenciação da vinculação, bem como as teorias acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e o questionamento se o seu uso pela norma gera discricionariedade e a estrutura lógico-normativa da discricionariedade.

Inicialmente, há que se ressaltar que para justificar a existência de competências discricionárias na legislação a doutrina, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, utilizam-se de dois critérios: um jurídico e outro prático.

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo.

Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constatamos que, a partir da norma de grau superior — a Constituição —, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada.³³

³¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos” (*Curso de direito administrativo*, p. 961).

³² DI PIETRO. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 23-24.

³³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 214-215.

Quanto ao critério prático, a existência da discricionariedade por ocasião da prática de determinados atos³⁴ decorre da impossibilidade prática³⁵ do legislador prever qual a providência que atende de maneira ótima a finalidade imposta pelo ordenamento jurídico diante de um caso concreto.

A discricionariedade não é um “defeito” da lei. Não é desejável nem possível que todas as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade.

Por isso, a discricionariedade é, antes, uma virtude da disciplina normativa. É a solução jurídica para as limitações e os defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas. É da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público.³⁶

Vale citar, ainda, a fundamentação construída por Afonso R. Queiró:

Ora entre a norma e a situação de facto, entre a norma e a realidade, interpõe-se o agente, que, tendo-as a ambas ante si — a norma e a sua enunciação dos factos, e os factos mesmos — está posto na necessidade, no dever, de tirar a consequência, isto é, de agir, de praticar este ou aquele acto. Em direito público o acto funciona como consequência jurídica (Rechtsfolge), exactamente porque é obrigatório. Por sua vez, a norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os factos com conceitos de carácter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos.³⁷

³⁴ Segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, que é competente com relação à prática do ato — e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto” (*Curso de direito administrativo*, p. 431).

³⁵ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento do legislador de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos” (*op. cit.*, p. 967-968).

³⁶ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 161.

³⁷ QUEIRÓ. *Estudos de direito público*, p. 105-106.

Assim, antes de se adentrar nas peculiaridades da discricionariedade das agências reguladoras, há que se distinguir entre atos expedidos no exercício de competência vinculada e atos expedidos no exercício de competência discricionária.

Haverá atos expedidos no exercício de competência vinculada quando a norma predetermina de modo completo, diante de um fato concreto, qual será a única solução possível a ser dada pela Administração. Ao contrário, haverá exercício de competência discricionária quando não houver uma predefinição legal da única solução correta a ser dada pela Administração diante de um fato concreto.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.³⁸

Segundo os escólios de Eduardo G. de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

O exercício das potestades regradas reduz a Administração à constatação [...] do suposto de fato legalmente definido de maneira completa e a aplicação, em presença do mesmo, o que a própria lei já determinou exaustivamente. Há aqui um processo aplicativo da Lei que não deixa resquício a nenhum juízo subjetivo, salvo a constatação ou verificação do suposto para a fim de contrastá-lo com o tipo legal. A decisão em que consista o exercício da potestade é obrigatória na presença de dito suposto e seu conteúdo não pode ser configurado livremente pela Administração, tendo de se limitar ao que a própria lei previu sobre esse conteúdo de modo preciso e completo [...].

Em contraste com essa maneira de atuar, o exercício das potestades discricionárias da Administração comporta um elemento substancialmente diferente: a inclusão no processo aplicativo da lei de uma estimacão subjetiva da própria Administração com a que se completa o quadro legal que condiciona o exercício da potestade ou seu conteúdo particular. Há de notar-se, sem embargo, que essa estimacão subjetiva não é uma faculdade extra-legal, que surge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; é, pelo contrário, uma estimacão cuja relevância tem de haver sido prevista expressamente pela Lei

³⁸ BANDEIRA DE MELLO. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 9.

que configurou a potestade e que a atribuiu a Administração justamente com esse caráter. Por isso, a discricionariedade, frente ao que pretendia a antiga doutrina, não é um suposto de liberdade da Administração frente à norma: ao contrário, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remete parcialmente para completar o quadro regulador da potestade e de suas condições de exercício a uma estimativa administrativa, mas que não é realizada [...] por uma via normativa geral, mas analiticamente, caso por caso, mediante uma apreciação de circunstâncias singulares, [...].³⁹

Nota-se, desta forma, que os atos praticados no exercício de competência vinculada são aqueles que não deixam margem de liberdade para o administrador na aplicação da lei, dado que ela própria já predetermina de modo antecipado e objetivo os pressupostos exigidos para a prática do ato, bem como o seu conteúdo. E, justamente por não deixarem margem de liberdade para o administrador e por já estarem previamente e objetivamente estatuídos na norma os pressupostos para a prática do ato, bem como o seu conteúdo, os atos praticados no exercício de competência vinculada não geram dúvidas na doutrina. Entretanto, os atos praticados no exercício de competência discricionária são objeto de aprofundado estudo no Direito Administrativo, sendo um de seus temas mais caros.

A doutrina discute, *v.g.*, se há de fato atos praticados no exercício de competência discricionária, havendo forte corrente doutrinária que nega a existência da discricionariedade quando esta decorre da utilização pela norma de conceitos jurídicos indeterminados. Tal teoria foi desenvolvida pela doutrina alemã, que assevera que a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados são coisas distintas, vez que a discricionariedade necessariamente supõe duas ou mais soluções justas, ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados admitem apenas uma única solução justa.

Essa doutrina também foi desenvolvida na Espanha por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández como mecanismo para a redução da discricionariedade ao permitir um amplo controle jurisdicional desses atos, já que, se diante da utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela norma não é possível se falar em discricionariedade (vez que há apenas uma única solução justa para o caso), restaria ao Judiciário a análise acerca da adoção pela Administração da única solução possível, sem que isso signifique invasão do mérito administrativo e ferimento ao princípio da separação de poderes.

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, dado que a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na Lei

³⁹ GARCÍA ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 461-462.

e remetidos ao juízo subjetivo da Administração. Ao contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, posto que se trata de subsumir em uma categoria legal [...] certas circunstâncias reais determinadas, justamente por isso é um processo em que não há interferência de vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita uma potestade discricionária.

As consequências desse contraste são capilares. Sendo a aplicação de conceitos jurídicos um caso de aplicação e interpretação da Lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar tal aplicação, valorando se a solução a que se chegou é a única solução justa que a lei permite [...]. Em troca, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricionária, posto que, [...], tenha sido produzida dentro dos limites da remissão legal [...] é necessariamente justa (como o seria igualmente a solução contrária).⁴⁰

No Brasil, um dos defensores de que há apenas uma única resposta correta quando a lei faz uso de conceitos jurídicos indeterminados é Eros Roberto Grau, para quem só haverá discricionariedade quando a norma atribuir ao Administrador juízos de oportunidade. Assim, quando houver na norma conceitos jurídicos indeterminados não haverá discricionariedade, já que tais conceitos se submetem apenas a um processo de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Outra defensora desta teoria é Lúcia Valle Figueiredo que afasta “toda e qualquer possibilidade da discricionariedade alojar-se nos conceitos plurissignificativos, elásticos ou indeterminados, conforme a nomenclatura que se lhes dê”.⁴¹

Em contraposição à teoria germânica, há que se ressaltar as ideias de Miguel Sánchez Morón, para quem a tese de que a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados são coisas completamente distintas não merece acolhimento. Para o jurista, a teoria de que há uma única solução justa quando a norma se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados não é verdadeira, já que nem sempre será possível se chegar a apenas uma única resposta correta, sendo certo que para tanto “ter-se-ia que apoiar essa ideia em um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta da possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação”.⁴²

Parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa apenas poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos. Em assim sendo, se apóia o pensamento de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no conceito da teoria da discricionariedade administrativa.⁴³

⁴⁰ GARCÍA ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 466-467.

⁴¹ FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*, p. 220.

⁴² SÁNCHEZ MORÓN. *Discricionariedad administrativa y control judicial*, p. 116.

⁴³ GUERRA. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO; SOUTO (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, p. 884.

Por fim, vale destacar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera que a utilização pela norma de conceitos jurídicos indeterminados não afasta a possibilidade de haver mais de uma solução justa para o caso concreto. Tal análise passa por se identificar se a norma está fazendo uso de um conceito unissignificativo ou plurissignificativo. Para referido jurista a margem de liberdade característica da discricionariedade surge em duas hipóteses: quando há liberdade conferida pelo mandamento e quando há fluidez nas expressões utilizadas pela norma.

Ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia discricionariedade.

Sendo impossível à norma legal — pela própria natureza das coisas — furtar-se ao manejo de conceitos das duas ordens, a discricção resultaria de um imperativo lógico, em função do quê sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis.⁴⁴

Há que se destacar que para referido doutrinador a existência de discricionariedade no nível da norma é condição necessária, mas não suficiente para que se possa afirmar a sua existência no caso concreto. Há que se interpretar a norma e há que se analisar o caso concreto para apenas depois se ter certeza da existência da discricionariedade, ou seja, da margem de liberdade do administrador para a utilização de critérios subjetivos para a prática do ato.

A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.⁴⁵

Seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Roberto Pimenta, dando a merecida ênfase ao poder normativo dos princípios, afirma:

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 967.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 963.

[...] como a discricção na norma é condição necessária, mas não suficiente à sua verificação no caso concreto porque este lhe dita a compostura final, há casos em que o Direito demandará a adoção de um único critério na aplicação da norma jurídica habilitante da discricção, eliminando toda eleição entre possibilidades virtualmente nela contidas, vinculando a decisão administrativa em determinada direção ou conteúdo. Isso se dará por ordem de fatores vinculados ao caso apreciado pela Administração, e por ordem da força normativa conformadora dos princípios, os quais podem determinar a redução fenomênica da abertura normativa, em tese apreciável em favor do administrado.⁴⁶

Um terceiro e último ponto que merece destaque refere-se à estrutura lógico-normativa da discricionariiedade. A doutrina é farta em relação ao tema.

A primeira classificação que merece destaque é a de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o doutrinador “a esfera de liberdade administrativa [...] pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, de sua finalidade”.⁴⁷

Decorre da hipótese da norma jurídica a ser implementada quando os pressupostos de fato enunciados forem descritos mediante o uso de conceitos práticos.⁴⁸ “A indeterminação dos conceitos engendra certa liberdade administrativa em razão da presença da ‘zona duvidosa’, isto é, da irredutibilidade dos mesmos a uma objetividade completa, verificada após o processo de interpretação jurídica”.⁴⁹

A discricionariiedade decorre da hipótese da norma quando os pressupostos de fato por ela enunciados — como autorizadores ou exigentes de um dado comportamento — são descritos mediante os conceitos que o Prof. Queiró denominou práticos. Isto é, se os antecedentes fáticos que legitimam a prática de um ato — quer-se dizer, se os motivos (na acepção prevalente na doutrina francesa) — estão delineados por meio de palavras vagas, imprecisas, cabe à Administração determinar-lhes concretamente o alcance na espécie, cingida, embora, a certos limites [...].⁵⁰

A discricionariiedade pode decorrer, também, da finalidade da norma expressada através de conceitos práticos, ou seja, pode haver discricionariiedade quanto à finalidade da norma se esta for composta por conceitos jurídicos irredutíveis a uma

⁴⁶ OLIVEIRA. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 352.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 968.

⁴⁸ Os conceitos práticos, segundo Afonso Rodrigues Queiró, são aqueles suscetíveis de uma série mais ou menos determinada de sentidos entre si diferentes. Já os conceitos teóricos “são os conceitos das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Se a lei recorre a esses conceitos não deixa discricionariiedade à Administração. Pode deixar margem de dúvida, que, porém, o intérprete tem sempre meio de desfazer, utilizando os processos de hermenêutica administrativa” (*Estudos de Direito Público*, p. 112).

⁴⁹ OLIVEIRA. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 344.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 968.

objetividade completa. Assim, após a interpretação e o cotejo da norma com o caso concreto pode ser que reste mais de uma possibilidade tida como cabível.

Por fim, a discricionariedade pode decorrer do mandamento da lei, independentemente desta ter se utilizado de conceitos práticos na hipótese legal ou no mandamento, exatamente quando for facultado um comportamento à Administração Pública ou quando esta tiver de escolher uma dentre pelo menos duas soluções possíveis para o caso concreto.

A discricionariedade, finalmente, pode defluir do mandamento da lei. Isto sucede, quer hajam sido utilizados conceitos práticos ou teóricos na hipótese legal ou até mesmo em aspecto do mandamento (e independentemente da fluidez encontrada no enunciado da finalidade), quando a norma facultar um comportamento, ao invés de exigí-lo (que é o caso de “liberdade” discricionária mais ampla), ou, ainda, quando confere ao administrador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente tomada, de maneira a que tenha que eleger entre pelo menos duas alternativas.⁵¹

Em conclusão, afirma José Roberto Pimenta:

Reconhece-se, assim, uma diferenciação entre a liberdade intelectual inerente à indeterminação dos supostos de fato e a liberdade volitiva inerente à indeterminação das consequências jurídicas, mas aquela não desautoriza tratar ambos os casos como outorga jurídica de discricção.⁵²

Uma segunda classificação que merece destaque, por resumir as três teorias que tentam localizar a discricionariedade na estrutura lógico-formal da norma, é a efetuada por Mariano Bacigalupo e citada por José Roberto Pimenta Oliveira em sua dissertação *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, que a seguir se reproduz:

- em primeiro lugar, aquele que concebe a discricionariedade administrativa como margem de volição para eleger entre a adoção ou não de uma consequência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a consequência jurídica por ela prevista ou não predeterminam a consequência jurídica que deva ou possa adotar-se (discricionariedade como fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas);
- em segundo lugar, aquele outro segundo o qual também a indeterminação do suposto de fato das normas habilitantes (e não somente a indeterminação das suas consequências jurídicas) gera discricionariedade administrativa, ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela;

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 972.

⁵² OLIVEIRA. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 344.

- e, enfim, o ponto de vista de quem sustenta que, em realidade, a discricionariedade somente opera no âmbito do suposto de fato das normas jurídico-administrativas, e isso por entender que é a sua inexistência ou imperfeição (produto, a seu turno, da ausência, insuficiência ou imprecisão dos critérios determinantes da aplicação ou não em cada caso de uma consequência jurídica ou outra), o que genuinamente provoca a margem de atuação discricionária. Esta consistiria, portanto, no fato de que a Administração pode estabelecer ou, ao menos, precisar em sede aplicativa os pressupostos de sua própria atuação, intencionalmente imperfeitos (inacabados ou indeterminados) em sua configuração normativa inicial (discricionariedade como fenômeno exclusivamente derivado da imperfeição ou indeterminação do suposto de fato normativo).⁵³

Postos três dos temas mais caros da discricionariedade, passar-se-á agora à problemática da existência de diferenças entre a discricionariedade administrativa e a chamada discricionariedade técnica.

Muito se discute acerca do que seria a discricionariedade técnica. Entretanto, a discussão, por vezes, acaba por não evoluir, pois, segundo César A. Guimarães Pereira, há que se precisar primeiro “o que se pretende descrever quando se emprega esta expressão”.⁵⁴ Segundo referido doutrinador há, pelo menos, cinco fenômenos distintos, e que não necessariamente possuem o mesmo regime jurídico, que podem ser agasalhados no rótulo da discricionariedade técnica.

Primeiro, pode-se aludir a “discricionariedade técnica” como uma suposta liberdade da Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei. [...]. Aqui se encaixam as hipóteses vislumbradas por Renato Alessi como de questões técnicas não coligadas a questões administrativas: (a) acerto de conceitos técnicos em relação aos quais não se dá à Administração competência para avaliar a sua medida em função do interesse público a realizar e (b) desenvolvimento de atividades instrumentais de natureza técnica (p. ex., obras ou serviços técnicos), depois de escolhido o meio a ser adotado.

O segundo sentido que se poderia dar a “discricionariedade técnica” é o de denotar escolhas administrativas relacionadas com campos especializados de conhecimento. [...].

Uma terceira hipótese é a que envolve escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas, que Desdentado Daroca denomina “discricionariedade técnico-administrativa”. Neste caso, há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa. [...]. Nesta hipótese enquadram-se os casos que Alessi refere como envolvendo questões técnicas indissociavelmente coligadas a questões administrativas: (a) conceito técnico é pressuposto para a decisão administrativa

⁵³ OLIVEIRA. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 338-339.

⁵⁴ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 254.

que, acertado o conceito, pode avaliar sua medida em face do interesse público, (b) a questão administrativa tem pressuposto de fato cujo acerto depende de processos técnicos e (c) decisão administrativa acerca dos meios técnicos instrumentais (p. ex., obra ou serviços técnicos) a serem adotados para realizar certo interesse público.

O quarto sentido possível corresponde à situação na qual a Administração é chamada a formular escolhas com base em hipóteses científicas que não tenham podido ser objeto de comprovação. [...].

O quinto e último sentido de “discricionariedade técnica” poderia ser o processual, correspondente à suposta liberdade da Administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução é complexa. Haveria discricionariedade técnica na seleção dos fatos relevantes e na sua valoração, ou seja, na fixação dos padrões da instrução. Estaria nas escolhas voluntárias que ocorreriam mesmo quando a regulação substancial derivar da lei mas depender de tais escolhas.⁵⁵

O primeiro fenômeno, ou seja, da discricionariedade técnica como uma suposta liberdade da Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei não envolve discricionariedade, pois é caso de remissão legal a um conceito técnico. É o caso, por exemplo, da aposentadoria por invalidez, vez que a invalidez é um conceito técnico, ainda que, na prática, haja dificuldade de se apurar a invalidez tecnicamente.

No segundo caso, isto é, no de denotar escolhas administrativas relacionadas com campos especializados de conhecimento, há que se dividir a análise em dois campos distintos: “ou o juízo técnico próprio da Administração é formulado como parte da regulação legal do bem da vida, ou compõe a própria regulação administrativa do conflito de interesses sobre esse bem”.⁵⁶ Como exemplo deste segundo sentido, pode-se citar a autonomia didático-científica das universidades públicas.

No terceiro caso, ou seja, o que envolve escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas em que há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa, pode-se afirmar que o momento de cognição envolve uma apreciação técnica da Administração efetuada com base em critérios estritamente técnicos e por essa razão plenamente controlável pelo Poder Judiciário. “Um caso que corresponde a esta situação é o da adoção de uma solução ambientalmente adequada a partir da elaboração de um EIA/RIMA”.⁵⁷

O quarto sentido, que corresponde à situação na qual a Administração é chamada a formular escolhas com base em hipóteses científicas que não puderam ser objeto

⁵⁵ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 254-256.

⁵⁶ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 257.

⁵⁷ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 259.

de corroboração é tipicamente um caso de discricionariedade, que ocorre quando “a Administração é chamada a agir, em matérias técnicas, mesmo sem poder contar com um juízo técnico conclusivo e seguro. São situações em que a Administração deve realizar condutas de prognóstico [...] ou em situações de conhecimento científico insuficiente”.⁵⁸

Por fim, o quinto sentido é o que correspondente à suposta liberdade da Administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução é complexa. Ora, não há que se falar em discricionariedade para a estipulação dos fatos que devem ser provados ou mesmo para a estipulação de quais são meios de prova que poderiam ser utilizados.

Nota-se, portanto, que em alguns dos casos acima citados não se está diante da possibilidade de exercício de um juízo discricionário, mas apenas e tão somente uma apreciação técnica. Há outros em que a discricionariedade não se distingue da discricionariedade atribuída a qualquer outra atividade administrativa, não havendo sentido em se diferenciar discricionariedade administrativa de discricionariedade técnica. Ao cabo e ao fim, é possível afirmar que existe apenas um tipo de discricionariedade que é comum a qualquer outra área da atividade administrativa.

Nos casos em que há discricção, há pura e simples discricção, não discricção “técnica”. Nos casos em que não há discricção, não há nada, nem uma “discricção técnica” supostamente peculiar.

O emprego da expressão “discricionariedade técnica” é apenas fonte de equívocos. Faz supor que (a) todos os juízos técnicos da Administração são incendiáveis pelo Poder Judiciário por serem discricionários, ou que (b) há uma “espécie” de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da “discricionariedade administrativa” ou, ainda, que (c), pela reação que provoca, todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricção. [...]

Em vista disso, é mais adequado aludir-se a “apreciações técnicas” da Administração, para denotar todos os casos em que houver o recurso da Administração a sistemas específicos e especializados de conhecimento, para a formulação de juízos acerca de determinados fatos com base nos postulados técnicos e científicos próprios de cada setor do conhecimento.⁵⁹

Para Giannini, Alessi, García de Enterría, Sáinz Moreno, García-Trevijano y Martín González a Administração não possui discricionariedade administrativa na realização de apreciações técnicas que requerem a aplicação deste tipo de conceito. A atuação

⁵⁸ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 259-260.

⁵⁹ PEREIRA. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 259-260.

técnica não deixa margem alguma de liberdade de decisão, estando vinculada a regras e critérios técnicos que são certos, objetivos e universais. Para esses doutrinadores os termos “técnica” e “discricionariedade” são incompatíveis, logo, a aplicação de conceitos que remetem a critérios técnicos é atividade regradada.⁶⁰

Já para Sánchez Morón, ainda que a atividade administrativa seja delimitada por conceitos jurídicos indeterminados (mérito e capacidade, justo preço, oferta mais vantajosa), a concretização desses conceitos é frequentemente incerta e opinável, existindo um âmbito de decisão que corresponde à Administração. Desta forma, não caberia aos tribunais um controle pleno da apreciação técnica realizada pela Administração Pública, sob pena de o Judiciário substituir a decisão tomada pela Administração pela sua decisão, ferindo o princípio da separação de poderes. Não há que se olvidar que a existência de discricionariedade no nível da norma é uma opção legislativa e não algo situado à margem do Direito.

Por fim, como salienta Eva Desdentado Daroca, há uma terceira corrente, encabeçada por Marzuoli, que nega que na aplicação de conceitos técnicos exista discricionariedade administrativa, mas que não aceita, também, que nestes casos é a atividade regradada. Para o doutrinador, a técnica nem sempre é capaz de produzir certeza, “porque em alguns juízos técnicos não restam eliminadas a opinabilidade ou subjetividade, o que dá lugar a resolução dessas dúvidas técnicas conforme os valores do operador”.⁶¹ Logo, segundo essa teoria existe um fenômeno mais amplo que a discricionariedade administrativa, que é o dos fatos valoráveis ou opináveis. Dentro deste fenômeno estariam compreendidas tanto a discricionariedade administrativa como as valorações técnicas.

Para fins do presente estudo, adota-se a teoria que afirma não haver diferença entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, existindo apenas um tipo de discricionariedade que é comum a qualquer outra área da atividade administrativa. Desta forma, a discricionariedade técnica não constitui verdadeiramente discricionariedade, já que “não envolve decisão política, porque não dá liberdade de escolha para a Administração”.⁶²

Analisar-se-á, a partir de agora, a discricionariedade concedida às agências reguladoras para expedir atos normativos.

Como afirmado alhures, as agências reguladoras possuem competência para expedir regulamentos normatizando conceitos estritamente técnicos dentro da sua esfera de regulação, não podendo inovar na ordem jurídica, sob pena de ferimento ao princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes.

⁶⁰ DESDENTADO DAROCA. *Discricionariedad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencia*, p. 134-135.

⁶¹ DESDENTADO DAROCA. *Discricionariedad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencia*, p. 135-136.

⁶² DI PIETRO. *Discricionariedad técnica e discricionariedad administrativa*, p. 497.

O que as agências não podem fazer — porque falta o indispensável fundamento constitucional — é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidade, ou, mesmo, outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, II, da Constituição.⁶³

Segundo a doutrina é possível identificar a existência de três tipos de regulamentos: a) regulamentos executivos, ou seja, regulamentos que se destinam ao mero cumprimento da lei; b) regulamentos autorizados ou delegados; e c) regulamentos autônomos ou independentes (estes inexistentes no Brasil).

A doutrina aponta, em termos gerais, a existência de três espécies de regulamentos: os regulamentos autônomos ou independentes são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da existência de lei a respeito. Os regulamentos autorizados ou por delegação são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo Legislativo, o qual, diante da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas, limita-se a fixar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina da matéria que constitui seu objeto. Os regulamentos executivos são aqueles destinados a tão-somente estabelecer regras de organização e de procedimento necessárias à aplicação da lei.

Regulamentos independentes ou autônomos são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro. Portanto, não se pode entender que as agências reguladoras exerçam função legislativa propriamente dita.⁶⁴

Assim, considerando as agências reguladoras como parte indissociável da Administração Pública, em sua faceta indireta, descentralizada, não se poderia olvidar o fato de que seu poder normativo, antes de qualquer ponderação, deve ser encarado como dever, pautado sempre e inexoravelmente pela existência de um interesse público anterior ao seu exercício. Ainda, tal conjuntura implica no fato de que, se há um dever de agir, os poderes correlatos são exercitáveis apenas na medida proporcional para realização do interesse público que lhe deu origem.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o problema da seguinte forma: “O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de saber o que e até onde

⁶³ DI PIETRO. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*, p. 503.

⁶⁴ GROTTI. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*.

podem regular sem estar, com isto, invadindo a competência legislativa”.⁶⁵ O presente questionamento, aliás, tem caráter salutar no próprio desenvolvimento das atividades estatais. Isso porque a função legislativa, pertencente hoje ao Congresso Nacional (art. 44, CF), diante dos princípios da soberania popular, Democracia, República e Estado de Direito, não pode meramente, sem qualquer previsão constitucional, ser alvo de exercício por outros poderes constituídos no Brasil.⁶⁶

Há que se ressaltar, ainda, que nos termos do art. 84, IV, e parágrafo único, da CF, compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, podendo delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. Não há que se olvidar, entretanto, do quanto estabelecido no art. 87, II c.c. os arts. 21, XI, e 177, §2º, todos da Constituição Federal.

[...] não se pode esquecer que os Ministérios podem “baixar instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos” (cf. art. 87, II, da CF), participando, portanto, da função regulamentar; como também os órgãos reguladores das telecomunicações e do petróleo, os quais, precisamente pelo fato de serem assim chamados pela Constituição (arts. 21, XI, e 177, §2º), exercem uma parcela de função normativa implícita na sua função de órgãos reguladores.⁶⁷

Desta forma, não há como se contestar que a própria Constituição Federal deixou espaço para que os Ministérios e os órgãos reguladores das telecomunicações e do petróleo exercessem seu dever normativo.

Não há dúvida, portanto, de que a própria Constituição, embora atribua ao chefe do Executivo o poder regulamentar, deixou uma brecha para os Ministérios e para os órgãos reguladores referidos expressamente na Constituição, como também deixou uma brecha — embora transitória — quando, no art. 25 do “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, revogou todos os atos que implicassem delegação de função normativa a

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 172.

⁶⁶ Para Geraldo Ataliba, “O regime republicano é garantido por toda a estrutura constitucional, com seu arcabouço fundamental de princípios e regras, institutos e procedimentos, órgãos e meios, cuja criação e instrumentação — por sua importância, como meios de preservação e promoção do ideal republicano — vão inscritas no texto constitucional, de cunho rígido. Entretanto, nessa estrutura devem ser salientados determinados princípios e instrumentos, conspicuamente plasmados pelo legislador constituinte, tendo em vista assegurar as virtudes essenciais do regime que a cidadania quis adotar”.

“Assim é que”, continua o insigne professor, “a tripartição do poder aparece como a forma mais perfeita para assegurar-se o regime republicano representativo, com os seus necessários ingredientes de responsabilidade e igualdade (ou isonomia jurídica), diante do poder do Estado” (*República e Constituição*, p. 47).

⁶⁷ DI PIETRO. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*, p. 497.

órgãos do Poder Executivo, mas permitiu que o prazo para essa revogação fosse prorrogado. Provavelmente muitos dos órgãos que ainda exercem função normativa exercem uma competência que remanesce (devida ou indevidamente) do regime constitucional anterior à Constituição de 1988, às vezes sem que permaneça o anterior fundamento constitucional.⁶⁸

Isto posto, resta saber se a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, fluidos e técnicos, contidos nas diversas leis criadoras das agências reguladoras conferem a elas discricionariedade.

[...] o fato incontroverso de que há conceitos jurídicos indeterminados nas leis de criação e outorga de funções às Agências Reguladoras poderá, a nosso sentir, dar margem a mais de um resultado tecnicamente justo, impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, transferir a função de interpretação desses conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos próprios magistrados, muitas das vezes sem uma comprovada capacidade técnica para apreciação dos temas em conflito.⁶⁹

Desta forma, pode-se afirmar que as agências reguladoras, em especial a ANATEL e a ANP, possuem poder normativo para regulamentar os aspectos estritamente técnicos de sua esfera de atuação. A discricionariedade concedida a esses órgãos reguladores, entretanto, é mais limitada que a discricionariedade exercitável nas demais atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Há que se destacar, sobre o tema, a teoria desenvolvida por Floriano de Azevedo Marques Neto segundo a qual as agências reguladoras possuem uma discricionariedade menor do que a conferida aos demais órgãos administrativos. Para o doutrinador, tal afirmação pode ser comprovada com base em quatro fundamentos: a) as competências das agências reguladoras encontram-se melhor definidas nas leis que as criaram, b) quando a agência reguladora normatiza determinados critérios, regras, conceitos e procedimentos a serem por ela observados passa a ter uma discricionariedade menor do que aquela que possui antes de expedir sua normatização, vinculando-se material e processualmente a ela, c) os reguladores não possuem a opção de decidir se atuarão ou não, vez que estão submetidos ao princípio da função administrativa e ao dever de decidir e d) a atuação dos reguladores encontra-se sobre o crivo da constatação da necessidade, adequação e ponderação das medidas adotadas.

⁶⁸ DI PIETRO. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*, p. 497.

⁶⁹ GUERRA. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO; SOUTO (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, p. 907.

Assim, para Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] as Agências possuem uma discricionariedade (entendida em sentido amplo) menor do que aquelas tradicionalmente conferidas aos órgãos administrativos. E isso por alguns motivos. Primeiro, porque suas competências vêm melhor definidas nas leis que lhes instituem (a partir da preocupação de delimitar o núcleo de competências a ser exercido com autonomia reforçada — ou com independência como prefiro — em face da Administração Direta, o legislador é obrigado a precisar melhor competências). Segundo, porque ao editar normas gerais, como aludi acima, o regulador é obrigado a reduzir sua margem de liberdade, vinculando-se material e procedimentalmente às suas próprias normas. Terceiro, porque em regra não remanesce ao regulador uma margem de liberdade no sentido de decidir se atua ou não, pois no geral está subsumido ao princípio da função e ao dever de decidir (neste sentido é sintomática a prescrição constante do artigo 48 da Lei nº 9.784/99 — Lei de Processo Administrativo da União). Por fim, porque sua atuação, subsumida que está ao princípio da proporcionalidade, se encontra permanentemente sob o crivo da aferição da necessidade, adequação e ponderação das medidas adotadas, o que oferece um linde à discricionariedade pelo controle a posteriori dos atos.⁷⁰

Não há que se olvidar que a margem de liberdade conferida às agências reguladoras justifica-se pela complexidade e especialidade dos assuntos concernentes aos seus campos de atuação e é decorrência da opção feita pelo legislador de deixar certa margem de discricionariedade no nível da norma. Destaque-se, por oportuno, que não cabe ao órgão regulador, ou seja, não faz parte de sua discricionariedade determinar quais serão os objetivos visados ou decidir ou não decidir determinada matéria.

A lei que instituiu uma agência reguladora e define os quadrantes da regulação setorial atribuiu competências de intervenção no setor regulado com vistas a atingimento dos objetivos das políticas públicas setoriais. Certo é que o manejo do que, outra feita, chamei e política regulatória, dependerá de escolhas, de decisões tomadas com relativa margem de discricionariedade pelo regulador. Margem esta, contudo, que não envolverá nem escolhas quanto a decidir ou não, nem quanto aos objetivos para os quais serão manejadas estas competências, pois isto já deverá estar prescrito na respectiva lei.⁷¹

Conclui-se, assim, que ao expedir atos normativos gerais a agência reguladora reduz a margem de discricionariedade a ela atribuída legalmente, não podendo

⁷⁰ MARQUES NETO. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 572.

⁷¹ MARQUES NETO. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 576.

descumprir casuisticamente a normatização por ela feita anteriormente, dado que ao expedir seus regulamentos vincula-se material e procedimentalmente a eles.

[...] as agências, ao exercer suas competências — e, portanto, ao manejar as margens de discricionariedade que lhe são conferidas pelo legislador —, poderão fazê-lo tanto editando atos concretos quanto mediante atos de caráter geral (normativos). A edição destes últimos — claro que nos limites do poder regulamentar conferido pela lei —, o regulador estará automaticamente reduzindo sua margem de discricionariedade ou, dito de outro modo, estará exaurindo a discricionariedade sobre esta matéria específica ao preencher, de forma geral e abstrata, o conteúdo da determinação normativa quem o legislador havia deixado em aberto (franqueando então a discricionariedade).

[...] Não se admite, então, que no exercício in concreto de suas competências, o regulador se arvore da discricionariedade originalmente conferida pelo legislador para descumprir o preceito normativo que, por ele editado, tornou-se autovinculante.⁷²

Vincula-se materialmente “porquanto o princípio da legalidade implica uma estrutura hierárquica interna aos atos do regulador, segundo a qual os atos normativos têm prevalência sobre os atos concretos”.⁷³ Vincula-se formalmente, pois, em geral, há previsão nas leis das agências reguladoras de regras específicas para a elaboração, aprovação e edição de seus atos normativos, tais como o estabelecimento de prazos, obrigatoriedade de submeter seus atos a consultas públicas, realização de sessões públicas, entre outras.

É nesse ponto, portanto, que se pretendia chegar para afirmar que a participação popular é condição e limite do exercício de competências discricionárias pelas agências reguladoras, em especial, pela ANATEL. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 42, estabelece que as minutas de atos normativos da Agência serão submetidas à consulta pública. Ora, a obrigatoriedade de submeter seus atos a consulta pública é requisito formalístico da maior importância, pois, juntamente com os demais limites procedimentais e materiais, impede que a ANATEL casuisticamente afaste a normatização porventura efetuada.

Há que se dar a relevância devida à participação popular na ANATEL, pois o desenvolvimento de uma consciência cidadã ativa passa também pela percepção dos cidadãos de que sua participação nos “assuntos de Estado” é capaz de influenciar os rumos do Estado. A previsão da participação e o seu desprestígio é mais prejudicial do que a sua não previsão. Isto porque a descrença que pode advir deste fato é capaz de retroagir os poucos avanços até agora conquistados pelo povo brasileiro.

⁷² MARQUES NETO. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 581.

⁷³ MARQUES NETO. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 585.

Na sessão seguinte, analisar-se-á a questão da participação popular e a problemática decorrente desta participação em assuntos de alta complexidade técnica.

4 A participação popular e as questões de alta complexidade técnica

Como afirmado alhures, não há que se duvidar que o ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais avançados no tocante à previsão da participação popular na Administração Pública e, em especial, nas agências reguladoras. Entretanto, a questão merece uma observação mais detalhada, que deve ser feita a partir da ideia de que a participação popular pressupõe a existência de um substrato social favorável à participação política consciente por parte do cidadão/administrado.

Não é difícil perceber, ao se levar em consideração o nível de alfabetização da população brasileira, que a participação popular nos assuntos regulados pelas agências é algo por demais distante da maioria da população. A construção de uma cidadania ativa e consciente de seus direitos e deveres, bem como dos assuntos altamente técnicos discutidos no âmbito das agências, é também uma realidade ainda muito distante no Brasil. Este processo de construção da cidadania não é algo que surge espontaneamente do seio da sociedade. Ele tem de ser incentivado, promovido pelo Estado. Para tanto, é de salutar importância que o Estado propicie ao povo condições adequadas de aprimoramento da cultura e desenvolvimento da educação. A questão central que deve ser pensada é se há, de fato, por parte da classe política brasileira interesse em desenvolver um sistema educacional que realmente possibilite à população uma educação suficiente para que todos se desenvolvam intelectualmente e criticamente possam analisar os “assuntos de Estado” com coerência e independência.

Enquanto as noções mínimas dos direitos e deveres previstos constitucionalmente continuarem a ser revelados para a maioria da população por intermédio da mídia, principalmente a televisiva, não há que se falar em esperança no desenvolvimento de uma cidadania ativa e consciente. Isto porque não há interesse por parte da elite política e midiática que a população brasileira caminhe no sentido de uma cidadania ativa. Nesse sentido, merece destaque a informação de que, no país, 90% do mercado de comunicação é detido por apenas 14 famílias,⁷⁴ e, além disso, observa L. Renaud:

⁷⁴ RENAUD. Na América Latina, governos enfrentam os barões da mídia. In: *Le Monde Diplomatic Brasil*, p. 8. A constatação, aliás, de uma concentração de mídia e de uma duvidosa lisura na transmissão da informação não é novidade, sendo corroborada pela doutrina pátria, conforme se pode observar do quanto afirma Pietro de Jesús Lora Alarcón: “Contudo, importa levar em conta que a ideia de uma imprensa livre e múltipla como garantia para uma opinião pública autônoma constitui hoje uma ficção pela absurda concentração dos meios de comunicação. Com efeito, a transmissão do que transcorre em segredo para constituir-se em notícia de domínio público, passa pela mídia, mas essa pode também tornar o que deveria ser público em algo não conhecido” (cf. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*, p. 191).

[...] No Brasil, onde os barões da mídia ocupam uma cadeira em cada dez na Câmara dos Deputados e uma em cada três no Senado, o grupo Globo detinha, em 2006, “61,5% dos canais de televisão” e “40,7% da difusão total dos jornais”. Com mais de 120 canais no mundo, a rede de televisão do magnata Roberto Marinho (cujo falecimento fez Lula decretar três dias de luto nacional em 2003) chega a mais de 120 milhões de pessoas por dia.⁷⁵

Ao refletir acerca da elite que controla o capital financeiro e as informações divulgadas para a sociedade, Gilberto Dupas destaca a redução dos vínculos que esta elite possui com suas comunidades de origem.

[...] A mobilidade do capital e a emergência de um mercado global criaram uma nova elite que controla os fluxos do capital financeiro e das informações, atuando predominantemente em redes e clusters, e reduzindo progressivamente seus vínculos com suas comunidades de origem.⁷⁶

Com a internacionalização da elite restou à classe média e aos trabalhadores a complexa questão de elaborar o bem público de interesse da coletividade. Como criar na sociedade contemporânea um sentido de obrigação civil?

[...] a condição essencial para a prática da cidadania é a existência e a explicitação de conflitos, e a sua mediação pela sociedade política. Afinal, a luta pela cidadania é um embate por significados, pelos direitos à fala e à política, que exige redefini-los num patamar mais abrangente. A sociedade civil produz ideologia, construtura de consensos provisórios que exigem contestação permanentemente. No entanto, a sociedade civil contemporânea passou a aspirar a ser um lugar do não-conflito, no qual os interesses contraditórios não aparecem. Essa falsa visão reduz, mais uma vez, a sociedade civil ao âmbito dos atores privados. Privatiza-se o público, mas não se publiciza o privado.

A sociedade contemporânea não é, pois, capaz de gerar um sentido de obrigação civil. As elites se internacionalizam e o dever de contribuir para o bem públicos — por intermédio do Estado — recai desproporcionalmente sobre a classe média e os trabalhadores. Portanto, o poder do Estado vai sendo substituído pela influência direta de organizações instrumentais que perseguem a realização contextual de objetivos particulares. O Estado se fragmenta em múltiplas instâncias decisórias e deixa de desempenhar o papel de centro de coordenação capaz de induzir com legitimidade uma direção ao conjunto social ou uma finalidade comum entre os atores. Comitês ministeriais tecnocráticos e comissões *ad hoc* são mobilizados para a resolução de problemas particulares nos quais estão sempre presentes os interesses econômicos representados por grupos de pressão, *public relations* e *lobbying*.⁷⁷

⁷⁵ RENAUD. Na América Latina, governos enfrentam os barões da mídia. *Le Monde Diplomatic Brasil*, p. 9.

⁷⁶ DUPAS. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*, p. 13.

⁷⁷ DUPAS. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*, p. 18-19.

Desta forma, não há como se separar da análise ora efetuada as condições enfrentadas pela população para o exercício da participação popular na Administração, contemplada tão amplamente no ordenamento jurídico brasileiro. A participação popular possui na sua estrutura não um firme terreno fértil, mas um terreno movediço que a qualquer momento pode tornar letra morta as previsões existentes.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello há que se distinguir os Estados formalmente democráticos e os Estados substancialmente democráticos, além daqueles que se encontram em transição para a democracia. Para o autor, os Estados formalmente democráticos

[...] carecem das condições objetivas indispensáveis para que o instituído formalmente seja deveras levado ao plano concreto da realidade empírica e cumpra sua razão de existir. BISCARETTI DI RUFFIA, em frase singela, mas lapidar, anotou que “a democracia exige, para seu funcionamento um *minimum* de cultura política”, que é precisamente o que falta nos países apenas formalmente democráticos. As instituições proclamam adotar em suas cartas Políticas não se viabilizam. Sucumbem ante a irresistível força de fatores interferentes que entorpecem sua presumida eficácia e lhes distorcem os resultados. Deveras, de um lado, os segmentos sociais dominantes, que as controlam, apenas buscam manipulá-las ao seu sabor, pois não valorizam as instituições democráticas em si mesmas, isto é, não lhes devotam real apreço. Assim, não tendo qualquer empenho em seu funcionamento regular, procuram, em função das próprias conveniências, obstá-lo, ora por vias tortuosas ora abertamente quando necessário, seja por iniciativa direta, seja apoiando ou endossando quaisquer desvirtuamentos promovidos pelos governantes, simples prepostos, meros gestores dos interesses das camadas economicamente mais bem situadas. De outro lado, como o restante do corpo social carece de qualquer consciência de cidadania e correspondentes direitos, não oferece resistência espontânea a estas manobras. Ademais, é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão ou pronunciamento, graças ao controle que os segmentos dominantes detêm sobre a “mídia”, que não é senão um de seus braços.⁷⁸

Ora, como se pode falar em participação popular nas agências reguladoras se, de fato, não há no Brasil uma democracia substancial? Com efeito, o aumento da complexidade das relações sociais, bem como o implemento da tecnologia e a crescente demanda por decisões que envolvem assuntos cada vez mais específicos, de áreas de conhecimento específicas, faz com que determinados temas afetos à normatização efetuada pelas agências reguladoras contenham aspectos muitas vezes desconhecidos da maioria da população, demandando conhecimentos teóricos e práticos dominados apenas por detentores de determinada parte das ciências: os técnicos.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

A solução definitiva para resolver a questão da efetividade da participação popular é a educação combinada com o desenvolvimento de uma cultura política sólida. Acontece que, nesse aspecto, da cultura política, é de se observar que no Brasil, desde a proclamação da República, em 1889, poucos períodos foram realmente aproveitados para o desenvolvimento de instituições democráticas, que pudessem levar a população a uma prática cotidiana de exercício pleno de cidadania.

Com efeito, o período da Primeira República, ainda que contasse com a positivação de direitos políticos, por exemplo, foi permeado por práticas de fraudes eleitorais patentes, sérias restrições ao direito de voto, poucas instituições e deficiente estruturação partidária, dentre outros, que praticamente esvaziavam a prática democrática. Após o período do Estado Novo, que apenas se encerrou em 1945, houve relativo período de florescimento do exercício da democracia no país, porém solapado novamente pelo golpe militar de direita, ocorrido em 1964.

Somente houve o retorno às instituições democráticas no Brasil em 1985, com a derrocada dos militares governantes e paulatina abertura para o novo (e ansiado) regime político de soberania popular. Assim, também é fator determinante para a parca participação popular no Brasil a duração relativamente curta de efetiva prática democrática pela população.

Ressalta-se, por oportuno, que não se está aqui a reduzir a zero a importância da existência de dispositivos constitucionais e legais que contemplam a participação popular. O que se está a dizer é que a simples previsão legal não é suficiente para garantir uma real e consciente participação popular. No atual nível de desenvolvimento cultural e educacional do Brasil, pode-se afirmar que a participação popular existente é apenas “para inglês ver”.⁷⁹

5 Conclusão

O princípio da participação popular é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, estando presente no ordenamento jurídico pátrio já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, bem como em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, caracterizando-se, pois, como direito fundamental.

⁷⁹ A expressão é explicitada em sua origem por José Murilo de Carvalho nos seguintes termos: “A escravidão estava tão enraizada na sociedade brasileira que não foi colocada seriamente em questão até o final da guerra contra o Paraguai. A Inglaterra exigiu, como parte do preço do reconhecimento da independência, a assinatura de um tratado que incluía a proibição do tráfico de escravos. O tratado foi ratificado em 1827. Em obediência às suas exigências, foi votada em 1831 uma lei que considerava o tráfico como pirataria. Mas a lei não teve efeito prático. Antes de ser votada, houve grande aumento de importação de escravos, o que permitiu certa redução nas entradas logo após sua aprovação. Mas não demorou até que as importações crescessem de novo. Dessa primeira lei contra o tráfico surgiu a expressão ‘lei para inglês ver’, significando uma lei, ou promessa, que se faz apenas por formalidade, sem intenção de a pôr em prática” (*Cidadania no Brasil, o longo caminho*, p. 45-46).

Sua previsão pode ser observada em artigos constitucionais que regulamentam direitos e garantias fundamentais (art. 5º), a cooperação de associações representativas nos Municípios (art. 29), a ordem social, a seguridade e assistência sociais, a saúde, a educação e a cultura.

Encontra-se, também, nos mais diversos diplomas normativos das agências reguladoras. Assim, é farta a gama de dispositivos que preveem as audiências e consultas públicas, os conselhos, os debates e as ouvidorias nas leis instituidoras dessas autarquias sob regime especial.

Merece destaque a Lei Geral de Telecomunicações que contém previsão que determina que as minutas dos atos normativos da ANATEL precisam ser levadas à consulta pública para sufrágio popular. Tal requisito formalístico é fator limitador da discricionariedade da Agência.

A discricionariedade concedida às agências reguladoras não é um defeito da lei, mas uma opção do legislador, que, ao elaborar o texto legal, deixa ao administrador certa margem de liberdade para eleger, diante do caso concreto, qual a opção mais adequada entre pelo menos duas alternativas possíveis. Desta forma, o exercício pelas agências reguladoras de seu poder normativo encontra seu limite máximo na legalidade. Tudo que for feito à margem da legalidade não é discricionariedade e sim arbitrariedade. A discricionariedade pode advir do uso pela norma de conceitos jurídicos indeterminados, não se desconhecendo, entretanto, a forte doutrina germânica que defende que esses conceitos indeterminados não geram discricionariedade, já que sua interpretação levaria necessariamente a uma única solução correta.

Com a análise da estrutura lógico-formal da norma, pode-se afirmar, seguindo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a discricionariedade pode localizar-se tanto na hipótese, no mandamento ou na finalidade da norma.

Isto posto, há que se ressaltar a inexistência de diferenças entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. A discricionariedade conferida às agências reguladoras não se diferencia da discricionariedade atribuída a qualquer outra atividade administrativa. Em função disso, entende-se prejudicial à compreensão da matéria a utilização da expressão “discricionariedade técnica”, revelando-se mais adequada a utilização da expressão “apreciações técnicas”.

Os assuntos concernentes aos campos de atuação das agências reguladoras são caracterizados pela alta complexidade e especialidade, razão pela qual a conferência de discricionariedade para normatizar se justifica, não cabendo ao regulador determinar quais serão os objetivos visados ou decidir ou não decidir determinada matéria.

Ao normatizar determinado assunto, as agências reguladoras abrem mão de parte da sua discricionariedade, pois, ao fazê-lo, vinculam-se material e procedimentalmente ao quanto estabelecido. As agências não podem, portanto, afastar casuisticamente sua normatização. Logo, ao expedir atos normativos gerais a agência reguladora reduz

a margem de discricionariedade a ela atribuída legalmente, não podendo descumprir casuisticamente a normatização por ela feita anteriormente, dado que, ao expedir seus regulamentos, vincula-se material e procedimentalmente a eles.

A Lei Geral de Telecomunicações possui dispositivo que obriga a ANATEL a submeter as minutas de seus atos normativos à consulta pública, momento em que se efetivará a participação dos usuários/cidadãos nas resoluções propostas pela agência.

Não há que se olvidar, entretanto, que a participação popular no Brasil ainda está longe de ser consciente e acessível à maioria do povo brasileiro. Isto porque inexistente no país uma cidadania ativa e consciente das discussões que devem ser efetuadas no espaço público. A falta de educação e cultura política impede que esta participação seja efetiva a ponto de orientar os rumos dos “assuntos de Estado”.

Esta situação é agravada quando estão em pauta assuntos regulados pelas agências, tendo em vista o alto grau de complexidade e especialidade daqueles. Dessa forma, tem-se que os institutos de participação popular estão longe de se efetivarem de fato, pois dependem da existência de uma cultura de participação, com cidadãos ativos e com uma Administração Pública instigadora e mediadora de conflitos no espaço público, dando especial importância à educação e formação política de seus cidadãos, capacitando-os para ocupação dos espaços públicos de discussão e decisão.

São Paulo, 30 de junho de 2013.

Referências

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.aps>>. Acesso em: 05 dez. 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discricionariedade administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Navarra: Arazandi, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A situação jurídica do usuário dos serviços públicos*. Em elaboração.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com.br>>. Acesso em: 05 dez. 2012.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Jurena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 869-907.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 569-604.
- MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99-139.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. rev. ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. 1999. 208 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. v. 1.
- RENAUD, Lambert. Na América Latina, governos enfrentam os barões da mídia. *Le Monde Diplomatico Brasil*, Associação Palavra Livre e Instituto Pólis, dez. 2012.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discricionariedad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DARDANI, Marina Centurion. A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 155-192, jan./jun. 2014.

Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura

Augusto Neves Dal Pozzo

Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Especialista em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor Convidado do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidad de Belgrano na Argentina. Pós-graduado em Management Program for Lawyers e Corporate Governance pela Yale School of Management. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Diretor da *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*. Diretor da *Coleção Fórum Direito e Infraestrutura*. Diretor do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Presidente da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Membro da International Bar Association (IBA). Advogado. Sócio Titular do Escritório Dal Pozzo Advogados.

Antonio Carlos Parlatore

Mestre em Engenharia de Saúde Pública pelo Imperial College of Science and Technology, Universidade de Londres (1983). Engenheiro civil pela Escola de Engenharia de São Carlos – Universidade de São Paulo (1969). Engenheiro Sanitarista pela Faculdade de Saúde Pública – Universidade de São Paulo (1971). Diretor da Santore Zwitter Engenharia Ltda., especializada em planejamento e regulação da prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Responsável pela elaboração, em atendimento às Leis Federais nºs 11.445/07, 8.987/95, 11.079/04 e 11.107/05, de diversos planos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário e estudos envolvendo planejamento técnico, institucional, regulatório e econômico-financeiro.

Palavras-chave: Planejamento econômico-financeiro. Receitas arrecadadas. Financiamento. Investimentos. Custeio. Impostos. Taxa Interna de Retorno (TIR). *Payback*. *Equity*. Setor de saneamento básico.

Sumário: **1** Introdução – **2** Método de planejamento econômico-financeiro – **3** Considerações metodológicas concernentes à modelagem

1 Introdução

Não resta dúvida de que um dos principais componentes de um projeto de infraestrutura exitoso se refere aos estudos econômicos que precedem a publicação do edital e do contrato.

Em qualquer modelagem de infraestrutura é fundamental que o chamado “estudo de viabilidade econômico-financeira” seja desenvolvido por profissionais que detenham *expertise* no setor, de maneira a equilibrar a *atratividade do projeto* a ser

aceita *pelo mercado* com a fixação de uma *política tarifária* que atenda aos *anseios de interesse público*, sobretudo no que tange ao princípio da modicidade tarifária.

A respeito do tema, vale transcrever as sempre judiciosas lições do brilhante Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral: “o eventual interessado na concessão precisa de elementos que lhe permitam avaliar a viabilidade do empreendimento. Não basta à Administração abrir a licitação. É indispensável atrair a iniciativa privada para o esquema de parceria. Para isso, é necessário fornecer parâmetros confiáveis, que permitam ao interessado emitir um juízo empresarial quanto à viabilidade da concessão ao longo do prazo — necessariamente longo — a ser fixado no edital para a prestação do serviço”.¹

Essa atratividade se encontra absolutamente ligada a um *planejamento econômico-financeiro* bem realizado do empreendimento. Não podemos esquecer que a decisão de participar de um projeto deve ser realizada, pelos particulares, anteriormente aos efetivos resultados que serão obtidos com ele. Como não há possibilidade de se prever o futuro, para que essa decisão seja factível e possa ser realizada pelos futuros investidores, buscando a maior eficiência econômica, é fundamental que esse planejamento seja promovido de maneira exaustiva, com o maior número de informações possível e que esses dados sejam seguros sob o prisma de sua confiabilidade. Somente dessa forma será possível atribuir atratividade ao projeto.

Nesse sentido, é fundamental conhecer, ainda que superficialmente, alguns importantes conceitos de *engenharia financeira* que se encontram insculpidos em qualquer projeto de infraestrutura, de maneira a possibilitar um estudo adequado acerca de sua viabilidade.

Traduzir em linguagem que permita aos profissionais do direito a compreensão desses conceitos econômicos fundamentais é o desafio que se pretende enfrentar no presente artigo, sabendo-se, de antemão, que não se trata de uma tarefa fácil, haja vista que são noções complexas, que envolvem uma série de conhecimentos preliminares e técnicos a respeito do assunto.

De toda sorte, parafraseando o ilustre filósofo José Ortega & Gasset, para quem “a clareza é a cortesia do filósofo”, tentaremos empreender a maior clareza possível no texto para que fique palatável sob o ponto de vista de sua exata compreensão.

Outra advertência deve ser feita: em várias oportunidades, enfocaremos os conceitos econômicos constantes no presente artigo aplicados ao setor de saneamento básico, *assim considerado o fornecimento de água e esgotamento sanitário*, uma vez que a aplicação ao caso concreto facilita o entendimento da exata dimensão em que cada um dos seus componentes interferem na obtenção de resultados positivos no projeto que se encontra em modelagem.

¹ *Concessão de serviço públicos*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 36.

2 Método de planejamento econômico-financeiro

2.1 Considerações gerais

O planejamento econômico-financeiro de um projeto de infraestrutura deve ser elaborado pelo *Método do Fluxo de Caixa Descontado*, no qual é avaliado prospectivamente o comportamento dos diversos componentes do fluxo de caixa da prestação do serviço, com valores anualizados ao longo do período de planejamento considerado.

A análise econômico-financeira pressupõe o cálculo do saldo financeiro final em cada ano, deduzindo-se da entrada total de recursos, composta pela receita arrecadada e por financiamentos, aqueles necessários para a operação e manutenção (*custeio*), realização dos investimentos, amortização dos empréstimos e pagamento de impostos. *Valores positivos* mostram que, naquele ano, o serviço produziu saldos favoráveis, enquanto *valores negativos* indicam a necessidade da injeção de recursos (*equity*). O conjunto de todos os saldos finais, ano a ano, em todo o período do projeto, compõe o que é denominado *fluxo final de recursos*.

A equação proposta adiante representa, simplificada, o conceito que ora se expõe:

$$(Arrecadação + Financiamentos)_{1...n} - (Custeio + Investimentos + Impostos + Amortização de Financiamentos)_{1...n} = Saldo_{1...n}$$

onde n é o número de anos do período de projeto.

Para a modelagem da *previsão do comportamento futuro* a ser realizada pelo Poder Público ou pelo particular em sede de *Procedimento de Manifestação de Interesse*, faz-se necessário realizar um extenso processo de planejamento, envolvendo todos os fatores que influenciam decisivamente nos aspectos econômico-financeiros, tais como as *receitas* a serem arrecadadas, o *financiamento de investimentos*, o *custeio*, os *investimentos*, a *amortização desses investimentos*, os *impostos*, a *Taxa Interna de Retorno (TIR)*, o *Valor Presente Líquido do fluxo (VPL)*, o *payback* (tempo de retorno do investimento realizado), o *equity* e as características do prestador do serviço.

Vale, agora, uma breve incursão em cada um desses fatores para que possamos compreender seus exatos termos.

2.2 Receitas arrecadadas

As receitas arrecadadas são modeladas, ano a ano, considerando a evolução das demandas que, por sua vez, são decorrência da evolução da população, de seus

hábitos de consumo, de sua disposição a pagar em função das tarifas praticadas (*o que determina os níveis de adimplência*) e, especialmente, a qualidade do sistema comercial do prestador do serviço, que inclui uma série de atividades. No setor de saneamento básico, essas atividades envolvem a *leitura dos hidrômetros, processamento dos dados da leitura, sistema de faturamento e cobrança, rede de postos de arrecadação*, dentre outros.

A modelagem das receitas deve, assim, fazer previsões que considerem esses fatores, apoiada nos dados históricos do serviço existente, na comparação com o comportamento de cidades de características semelhantes, na adoção de tecnologias modernas quanto ao sistema comercial do prestador do serviço e, sobretudo, na assunção de determinadas hipóteses quanto ao nível de eficiência do prestador. Nesse sentido, o regime tarifário adotado e os níveis de eficiência do prestador do serviço são decisivos na previsão do comportamento das receitas.

É fundamental que o estudo da modelagem promova o levantamento de todos esses dados, por meio de pesquisas empíricas, de maneira a trazer resultados que se mostrem reais e que possibilitem uma análise séria dos seus termos, evitando a adoção de números “retirados da cartola”.

Outra preocupação que deve existir por parte daquele que está a elaborar a modelagem em relação ao tema das *receitas arrecadadas* reside na adequada alocação desse risco, especialmente ao se considerarem projetos de concessão de serviço público ou parcerias público-privadas. É fundamental que se aponte, com especial clareza, quem assumirá o risco de demanda, bem como seus parâmetros para que o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato de concessão, qualquer que seja sua espécie, seja mantido.

2.3 Financiamento de investimentos

2.3.1 Considerações iniciais

O financiamento dos investimentos é também calculado ano a ano, considerando as necessidades financeiras globais e as receitas arrecadadas, além dos critérios de financiamento das principais agências de crédito normalmente utilizadas para esse fim.

Nesse particular, é importante que se promova um levantamento rigoroso a respeito de todos os requisitos, jurídicos e econômicos, que são exigidos pelas agências de crédito que financiam os investimentos a serem realizados no projeto. Isso porque, caso a entidade que esteja a modelar o projeto se utilize de parâmetros que não são usuais no mercado, estar-se-á diante de uma *peça fictícia*, que não encontra respaldo na realidade, propiciando indesejável perda de credibilidade e, conseqüentemente, reduzindo a chance de êxito do projeto.

No tocante à aludida *necessidade financeira global do projeto*, tem-se que a modelagem adotada deve prever as seguintes, que serão melhor detalhadas na sequência: *custeio, investimentos, amortização de financiamentos e impostos*.

2.3.2 Custeio

O *custeio* é calculado anualmente considerando quatro fatores essenciais: *pessoal, energia elétrica, produtos químicos e outras despesas*. Os três primeiros grupos de despesas mencionados são intimamente dependentes das características dos sistemas físicos, gerenciais e operacionais previstos para todo o período e dos níveis de eficiência do prestador do serviço. São itens absolutamente relevantes no setor de saneamento, sendo importantíssimo que sejam caracterizados com o maior nível de precisão possível, de maneira a conferir segurança e legitimidade ao planejamento econômico realizado.

O item concernente a “outras despesas” se refere aos custos adicionais gerais, tais como: vigilância, aluguéis, telefonia, manutenção elétrica e hidráulica, manutenção de veículos, manutenção de áreas das unidades operacionais e escritórios, manutenção das redes, despesas postais, viagens, materiais de construção, materiais de escritório, juros de financiamentos, substituição de hidrômetros e cavaletes, reposição de pavimento, consultoria, despesas bancárias, despesas com promoção, despesas com seguros, taxas de financiamentos, taxa de administração central, despesas de regulação, além de itens específicos ou eventuais tais como transporte e disposição de lodo, aquisição de água potável de outras fontes, pagamento externo pelo tratamento de esgotos, pagamento pelo uso de recursos hídricos, dentre outras.

2.3.3 Investimentos

Os investimentos a serem realizados configuram um dos principais pilares do planejamento econômico de uma modelagem de infraestrutura. Não há infraestrutura adequada sem investimentos, sendo fundamental que a estimativa dos valores a serem aportados seja precisa, de maneira a conferir segurança para o projeto a ser desenvolvido.

Sem uma base confiável, não há como se estabelecer critérios econômicos adequados para uma modelagem setorial, colocando em risco não apenas o projeto, mas, especialmente, a atratividade de suas margens.

Dessa maneira, para que se possam estabelecer, com precisão, as importâncias relativas aos investimentos, elas devem ser calculadas anualmente como decorrência direta do conjunto de intervenções destinadas ao atendimento das metas de prestação de serviço adequado.

No caso específico do setor de saneamento básico, os investimentos resultam, especialmente, de processo técnico de planejamento de obras nas diversas partes dos sistemas físicos (*captação, bombeamento e adução de água bruta, tratamento de água, adução de água tratada, reservação e distribuição de água potável, coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos*), incluindo, também, aqueles necessários à operação e gestão dos sistemas, bem como a extensa lista de itens indispensáveis ao correto e adequado funcionamento das instalações.

É fundamental que esse processo técnico possa estabelecer de maneira real as estimativas de investimentos que serão necessários nos sistemas físicos. Não há dúvida de que os grandes problemas que ocorrem durante a execução contratual se referem, normalmente, à substancial discrepância entre os valores estimados para os investimentos e aqueles a serem efetivamente empregados, pois normalmente, por falta de planejamento estatal, não se realizam estudos que estabelecem uma estimativa adequada do volume de recursos necessários para desenvolvimento do escopo contratual.

Não se pode olvidar que os projetos que envolvem modelagens de *concessão* ou mesmo de *parcerias público-privadas* têm como premissa o atingimento, pelo particular, das finalidades perquiridas pelo Estado, devendo dentro desse âmbito, especialmente na fase do planejamento, buscar-se a real estimativa dos investimentos que são necessários para atender a esses anseios estatais. Nesse sentido, por mais que a busca pelo atendimento dessas finalidades confira ao particular certa margem de liberdade para atender a essas finalidades, com uso da melhor tecnologia para tanto, para que o modelo possa ser seguro, deve existir uma investigação séria do volume de recursos que serão necessários para pleno alcance das metas estabelecidas.

Somente dessa forma restará, finalmente, atendida a diretriz constitucional do *serviço adequado*, nos exatos termos do artigo 175 da Constituição Federal.

2.3.4 Amortização de financiamentos

Os financiamentos que forem obtidos junto às instituições de crédito, sejam elas públicas ou privadas, devem ser amortizados durante a evolução do respectivo projeto de infraestrutura.

Nesse sentido, é preciso examinar as características dos financiamentos a serem conseguidos, bem com suas condições de amortização, tais como principal, taxa de juros, carência, prazo de amortização, taxas incidentes, valor das prestações, dentre outros.

Para poder contar com números confiáveis para a modelagem do projeto, recomenda-se que a amortização dos financiamentos seja calculada anualmente, de maneira a identificar o efetivo impacto que ela representará na estrutura econômica do projeto.

2.3.5 Impostos

No caso dos impostos, faz-se imperioso o levantamento de todos aqueles que incidem na modelagem proposta, em função da legislação que disciplina a matéria, para que seja possível identificar seu impacto.

Nesse caso, é especialmente relevante, além do conhecimento da base de cálculo e alíquota de cada imposto incidente, a maneira com que ele é calculado, uma vez que, em alguns setores, há divergências interpretativas em relação a essas questões. Não é preciso dizer que essas eventuais distorções podem gerar discrepâncias relevantes nos resultados econômicos do projeto, que podem mesmo, em alguns casos, inviabilizá-lo.

Por isso, recomenda-se que nos estudos de planejamento econômico seja demonstrada a memória de cálculo dos impostos incidentes, com sua base de cálculo e alíquota, para evitar que futuramente sejam promovidos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro por eventual deficiência dessas informações.

2.4 Indicadores econômicos relevantes

2.4.1 Considerações iniciais

Após o levantamento de todos os dados acima descritos e sua inserção nas planilhas, encontra-se, finalmente, organizado o *fluxo de caixa* do projeto, que resultará num conjunto de “n” valores de saldo (sendo “n” o número de anos previstos para o projeto, como, por exemplo, 30 anos).

O significado desse fluxo de caixa e dos valores de saldo que o compõem precisa ser compreendido à luz de alguns parâmetros de matemática financeira, para que, daí sim, tenha-se um quadro completo dos seus efetivos resultados. Serão, então, apresentados, a seguir, os indicadores que permitem a análise sistemática e final dos resultados do projeto e que são decisivos para aferir sua *viabilidade financeira* e seu nível de *atratividade ao mercado*.

2.4.2 Taxa Interna de Retorno (TIR)

A *Taxa Interna de Retorno*, conhecida por TIR, é a *taxa de desconto* aplicada aos “n” valores do saldo do fluxo de caixa que torna nulo o valor presente líquido desse saldo.

A anulação do valor presente líquido do fluxo permite a comparação entre a TIR calculada e uma taxa de referência de rentabilidade previamente estabelecida (TIR mínima aceitável). Valores de TIR maiores do que a taxa de desconto (ou TIR mínima aceitável) são admissíveis nos casos de empreendimentos marcados pelo espectro de inseguranças e de riscos maiores do que os fatores considerados no

estabelecimento da taxa de desconto. Valores inferiores à taxa de desconto não são admissíveis, pois implicariam a hipótese de um prestador de serviço aceitar remuneração inferior a um mínimo pré-estabelecido.

A soma algébrica dos “n” valores de saldo, cada um deles previamente descontado por essa taxa (desconto aplicado tantas vezes quantos forem os anos do projeto), portanto, deve ser igual a zero.

Para que essa soma seja igual a zero, é necessário que haja *valores negativos* e *valores positivos* a serem somados. Essa situação é típica de empreendimentos de infraestrutura destinados a corrigir deficiências acumuladas no passado, determinando a necessidade de investimentos significativos nos primeiros anos do período de planejamento, o que provoca o aparecimento de saldos negativos nesses anos iniciais.

É importante compreender o mecanismo de funcionamento desse parâmetro, que constitui solução extremamente simples para um problema extremamente complexo. Tal complexidade decorre da dificuldade de avaliar o significado financeiro dos saldos positivos *versus* seu equivalente dos saldos negativos, todos eles, evidentemente, afetados pelo número de vezes em que o desconto é aplicado, o que faz com que os valores negativos iniciais sejam pouco descontados, *vis-à-vis* os valores positivos posteriores, que são muito descontados. Dessa forma, um simples parâmetro (TIR) permite medir a rentabilidade do projeto; pois, para anular valores de saldo elevados, é necessária uma taxa de desconto elevada e vice-versa.

Portanto, quanto maior for seu valor, melhores as condições financeiras, pois os saldos positivos futuros são elevados. A interpretação de seus resultados deve, no entanto, ser cuidadosa, pois, a depender da característica do fluxo analisado, o resultado obtido para a TIR pode não ter significado prático, como é o caso de fluxos que apresentem um grande número de inversões (resultados positivos e negativos alternados ao longo do período). Por essa razão, a análise da rentabilidade do projeto baseada apenas nesse indicador pode não ser suficiente, sendo conveniente considerar outros parâmetros, como aqueles que serão apresentados na sequência.

Registre-se, ainda, que a TIR protagoniza outro papel relevantíssimo nos projetos de infraestrutura: ela serve como parâmetro para verificar, nos casos de projetos que envolvam concessão de serviço público ou mesmo parceria público-privada, se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato se encontra mantido durante toda a sua execução. É pela análise sistemática da TIR que se pode demonstrar a necessidade de readequação do contrato, configurando uma garantia tanto do Poder Público quanto, e especialmente, do concessionário, que não poderá ser onerado com uma TIR abaixo da prevista originalmente no contrato.

Caso haja algum descompasso entre a TIR contratual e a efetivamente praticada, é imperioso que se promova, tempestivamente, a revisão do contrato com vistas a restaurar o equilíbrio rompido. Infelizmente, em muitos casos, a Administração

Pública atua morosamente na análise desses pleitos, ensejando que o particular suporte, durante longo período, os efeitos desse desequilíbrio.

Essa circunstância, além de diminuir a atratividade do mercado em projetos similares, haja vista o estado de desconfiança que acomete o privado em relação ao comportamento estatal, acaba por ensejar o acréscimo de valores que não seriam devidos, caso o agente público tivesse agido com eficiência, e por onerar, desnecessariamente, o erário, nos casos em que a Administração indeniza o desequilíbrio com recursos do orçamento fiscal, ou, pior, os usuários, nos casos em que o desequilíbrio é recomposto por meio de seu repasse à tarifa.

2.4.3 Valor Presente Líquido (VPL)

O *Valor Presente Líquido*, conhecido pela sigla VPL, consiste no resultado do cálculo, para efeito do início do projeto, da soma algébrica das parcelas componentes do saldo do fluxo a uma determinada taxa de desconto.

O valor dessa *taxa de desconto* deve representar a *remuneração mínima* aceita pelo prestador do serviço para assumir as obrigações decorrentes do empreendimento, ou seja, a $TIR_{mínima}$ aceitável. Assim, se o cálculo do VPL, realizado à taxa de desconto igual à $TIR_{mínima}$ resultar *maior* ou *igual a zero* o projeto atende às aspirações econômico-financeiras dos potenciais prestadores do serviço que se espera que acudirão à licitação.

O VPL (*em moeda corrente*) expressa a remuneração do prestador, medida pelo poder aquisitivo atual da moeda, para correr o risco de investir no empreendimento. Em outras palavras, a quantia que ele auferirá acima de uma remuneração mínima (*taxa de desconto*) para correr o adicional de risco que o empreendimento representa. Quanto maior o Valor Presente Líquido do fluxo, melhor a condição financeira do serviço, e, de outro lado, valores negativos de VPL indicam uma estrutura financeira inviável do ponto de vista do investidor privado.

2.4.4 Tempo de retorno do investimento realizado ou *payback*

O *tempo de retorno do investimento realizado* ou *payback* é o número de anos necessário para que o investimento realizado retorne ao investidor. Por outras palavras, é o número de anos necessários para que a soma aritmética dos resultados anuais, sem considerar a taxa de desconto, deixe de ser negativa. Apesar de impreciso, sob o estrito ponto de vista da matemática financeira, esse indicador é correntemente utilizado na análise de projetos. Em princípio, um investidor deseja o menor período de *payback*. As parcelas do fluxo também podem ser calculadas a valor presente com base na taxa de desconto definida anteriormente: esse indicador é denominado “*payback* descontado”.

2.4.5 Equity

O chamado *equity* representa o volume de recursos financeiros que deve ser aportado externamente ao fluxo do projeto (portanto, fora do âmbito das entradas e saídas intrínsecas à prestação do serviço) para cobrir valores negativos do saldo anual.

Por outras palavras, o *equity* é a soma de todos os saldos negativos. O aporte externo ao fluxo (*aporte do acionista no caso do privado* ou do *Poder Público no caso da prestação direta*) é necessário, pois, no dia a dia, o saldo nunca é negativo. A forma como o responsável aporta o recurso tampão é variável, podendo provir diretamente de seus recursos ou de fonte externa de financiamento (necessariamente não oficial, pois as agências públicas não financiam *equity*).

Importa perceber, neste ponto, que o “retorno” de que trata a TIR se refere ao *equity*. É comum a expressão “retorno dos investimentos”, o que não pode ser tomado de maneira *stricto sensu*, pois, em realidade, trata-se de retorno do *equity* **determinado** pela realização de investimentos. A ênfase que a maioria confere ao termo “retorno dos investimentos” é mera retórica, pois, sendo o retorno referido ao *equity*, ele é o resultado da seguinte operação: (receitas + financiamento de investimentos) - (custeio, investimentos, impostos e amortização de financiamentos), envolvendo, portanto, todos os fatores e não apenas os investimentos.

Ao examinarmos o setor de saneamento básico, verifica-se que o custeio é o maior dos itens de saída de caixa e não os investimentos, seja a valor histórico ou a valor presente. O prestígio dos investimentos em relação ao custeio decorre apenas do significado midiático e retórico que ele possui.

Essa deformação resulta do entendimento equivocado da palavra *investimento*, pois o senso comum entende como tal o aporte do investidor ao projeto, o que, conceitualmente, é, de fato, o *equity*.

Note-se também que a $TIR_{\text{mínima}}$ aceitável precisa ser avaliada cuidadosamente pelo empreendedor, pois ela deve representar todos os fatores que afetam o valor do seu *equity*, já que pela própria definição de TIR, espera-se que o volume de saldos positivos do futuro iguale ou supere, a valor presente, o volume de saldos negativos (*equity*) dos anos iniciais do projeto.

2.4.6 Parâmetros de viabilidade econômico-financeira aplicados ao setor de saneamento básico

Para que se tenha noção completa de como esses parâmetros de viabilidade econômico-financeira funcionam na prática, eles serão aplicados em diferentes modalidades institucionais, considerando o setor do saneamento básico (*abastecimento de água e esgotamento sanitário*) de maneira a conferir concretude à exposição abstrata acima realizada.

No caso de a prestação dos serviços ser realizada por uma autarquia (*como são a maioria dos serviços autônomos municipais de água e esgoto*), entidade da Administração indireta e que sofre o influxo do regime jurídico de direito público, considera-se adequada uma TIR de 8,06%² como remuneração de referência, de modo a considerar judiciosamente o valor econômico dos insumos intervenientes e a necessária segurança financeira do serviço em face de sua extremada relevância.

O fator limitante nas autarquias é, justamente, o *equity*, ou seja, o volume de recursos públicos que a entidade deve adiantar em face dos saldos negativos do fluxo, pois, em geral, não dispõem de recursos orçamentários regulares para esse fim. O *payback*, neste caso, não se apresenta como relevante, a menos que se decida aportar montante expressivo como *equity*. O valor de TIR em 8,06% implica um VPL igual a 0 (zero), pois a taxa de desconto nesse caso é justamente o percentual de 8,06%.

As tarifas resultantes da aplicação desses critérios serão as aquelas adotadas pela autarquia em *regime de prestação de serviço público adequado*, conforme preceitua o artigo 175 da Constituição Federal, que levam em consideração os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, generalidade, atualidade, segurança, cortesia e modicidade de tarifas.

Vale, entretanto, ressaltar que essa visão do planejamento econômico-financeiro aplicada às autarquias é, na maioria dos casos, apenas teórica. Algumas explicações para isso podem ser lembradas:

O conceito de “retorno” pressupõe, por um lado, uma intenção de prestar serviço público adequado, implicando estabelecimento de metas, com inexoráveis consequências no cronograma de investimentos para cumpri-las, determinando a necessidade de lidar com saldos negativos nos primeiros anos do período de projeto e recuperação desses saldos nos períodos posteriores. Por outro lado, o que se observa na prática, com raras exceções, é uma atuação descompromissada dessas entidades, modificada somente quando algum fator superveniente (*como, por exemplo, as recentes exigências legais e as ameaças do Governo Federal a elas associadas*) se apresenta. Nesses casos, elas prontamente se deparam com um cenário adverso, não raramente suscitando a perspectiva de realização de uma concessão do serviço para o particular.

Pautadas por uma atuação de prestação de serviço público inadequado, a regra se torna operar com saldo sempre igual ou maior do que zero (ou seja, sem aporte de *equity* pela Administração direta). Nesse caso, a TIR é infinita, pois não existem saldos negativos para neutralizar os valores positivos, perdendo-se o sentido conceitual do método.

² Assumida como igual à aplicável à Sabesp. Trata-se do valor de momento, podendo ser alterado para considerar circunstâncias macroeconômicas diferentes.

Além disso, não é incomum a Administração direta atuar no sentido inverso do aporte de *equity*, ou seja, apropriar-se de recursos da autarquia ou fazê-la se encarregar de tarefas alheias às competências legalmente atribuídas. Uma implicação inescapável dessa conduta reside na situação de realização de reajuste tarifário à margem de qualquer visão prospectiva de compromissos assumidos, acompanhado de inconvenientes transferências da ineficiência do operador para os usuários.

No caso do contrato de programa envolvendo uma companhia estadual de saneamento, nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos), as tarifas estarão fixadas *a priori*, cabendo, então, calcular a TIR resultante. Interessa, neste caso, calcular também o VPL a uma determinada taxa de desconto. Essa taxa foi definida como 8,06% ao ano pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), em sua Nota Técnica nº RTS/01/2011, e representa a remuneração mínima aceitável pela Companhia de Saneamento Básico de São Paulo (SABESP). Por essa via se pode, então, verificar se o caso em estudo é “subsidiante” ou subsidiado em virtude das tarifas unificadas, típicas das companhias estaduais de saneamento. Será subsidiante se $VPL_{(a\ 8,06\% \text{ a.a.})} > \text{zero}$, e subsidiado se $VPL_{(a\ 8,06\% \text{ a.a.})} < \text{zero}$.

Em relação aos projetos que envolvem a concessão de serviço público, em conformidade com a Lei nº 8.987/95, faz-se necessário oferecer aos licitantes níveis adequados de atratividade econômico-financeira, como anteriormente mencionado. Por outro lado, é necessário estabelecer uma rentabilidade máxima, de modo a não sobrecarregar desnecessariamente os usuários.

Para a atratividade do setor privado, devem-se estabelecer uma TIR mínima e um *payback* máximo. Para a proteção dos usuários, é necessário definir uma TIR máxima. Parece-nos que uma referência de TIR mínima passível de ser oferecida ao setor privado seria a taxa SELIC (*Sistema Especial de Liquidação e Custódia*) fixada pelo Banco Central, que reflete a taxa básica de juros no mercado.

É absolutamente legítimo acrescentar uma remuneração adicional à Taxa SELIC, haja vista os seguintes fatores de mercado incidentes:

- a) Custo de oportunidade, representado por um adicional destinado a considerar a oportunidade que o empresário irá perder de realizar melhor negócio do que a concessão em tela;
- b) Riscos social, ambiental, político e regulatório, determinados por fatores adversos nesses quatro campos;
- c) Custo adicional associado ao capital de giro a ser mobilizado pelo particular até que possa acessar os primeiros faturamentos;
- d) Esforço empresarial de realizar uma função de relevante interesse público, que não permite falhas, sob pena de severas sanções.

Além dessa especificação, a satisfação do requisito de atratividade recomenda que o *payback* não exceda um terço do prazo da concessão, este assumido, em

geral, como igual a 30 anos, para poder acomodar, no tempo, as amortizações de financiamentos e a remuneração do particular. *Paybacks* maiores do que 10 (dez) anos tendem a afugentar a iniciativa privada, tendo pouca atratividade no mercado.

Uma regra prática é considerar, em primeira aproximação, uma $TIR_{máxima} = 1,5xSelic$.

O critério acima descrito, baseado na taxa SELIC, visa a estabelecer uma faixa de rentabilidade e estimular os licitantes de um processo licitatório de concessão a ofertar a menor tarifa possível de modo a aumentar a probabilidade de vencer o certame.

Assim, o processo de planejamento econômico-financeiro busca harmonizar as especificações de que tratamos acima. Entretanto, somente o mercado constitui fonte objetiva de avaliação da TIR atrativa, pois a oscilação da taxa SELIC concorre para fazer dessa regra prática apenas uma referência inicial.

O planejamento realizado pelo Poder Público não cogita de um $equity_{máximo}$ quando se trata de uma delegação da prestação do serviço. Tal preocupação seria relevante no caso de uma Autarquia se houvesse efetivo interesse, por parte do Poder Público, em cumprir compromissos regulamentares de prestação de serviço adequado, o que, infelizmente, não é comum na prática.

As empresas privadas costumam calcular sua $TIR_{mínima}$ por meio de um parâmetro denominado Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou (*Weighted Average Cost of Capital – WACC* na sigla em inglês), pelo qual são considerados os custos de capital próprios e os decorrentes de capital de terceiros, em geral das entidades de financiamento.

Assim, elas avaliam o grau de atratividade econômico-financeira da concessão de um serviço de água e esgoto comparando a TIR do projeto em tela com a $TIR_{mínima}$ aceitável, definida pelo cálculo da sua WACC.

Com o advento, já tornado corriqueiro, de *softwares* de cálculo matemático, é muito simples obter a TIR e o VPL, bastando seguir as instruções que esses *softwares* disponibilizam.

3 Considerações metodológicas concernentes à modelagem

Inúmeras variáveis são consideradas em função do tempo (*valores anuais ao longo de 30 anos*), na realização do estudo de viabilidade econômico-financeira de um projeto de saneamento básico em que haverá a delegação para iniciativa privada, tais como, dentre outras possíveis:

- População urbana
- Número de habitantes por economia residencial
- Distribuição de economias nas diversas categorias de usuários
- Histograma de consumo

- Perdas totais e comerciais
- Vazões de água e de esgoto
- Economias e ligações de água e de esgoto
- Redes de água e de esgoto
- Investimentos na operação
- Investimentos na renovação de redes e ligações
- Parâmetros representativos da produtividade de pessoal
- Taxa de inadimplência
- Consumo de energia elétrica
- Consumo de produtos químicos
- Salários, benefícios e leis sociais
- Despesas diversas

As modelagens se realizam com base no melhor conhecimento técnico possível, sempre apoiado por experiência operacional obtida dos próprios sistemas envolvidos ou por comparação com outros sistemas semelhantes.

Apesar do cuidado com que elas são conduzidas, é possível a ocorrência de desvios da realidade futura em relação às previsões, sobretudo pela usual carência de dados e informações dos próprios serviços em análise.

Modelagens já realizadas constituem natural referência para a definição de parâmetros e condições contratuais, mas devem ser analisadas com cautela.

Essa questão se equaciona pela prática da regulação econômica, atividade pela qual os *fluxos de caixa* são anual ou periodicamente refeitos, utilizando-se os valores efetivamente realizados no período anterior à revisão e reavaliando-se as modelagens para o período ainda por vir, mantendo-se os pressupostos contratuais referentes ao período de projeto.

Assim, quaisquer desvios em relação ao planejado, passíveis de ensejar revisão de parâmetros contratuais, serão avaliados no âmbito do sistema de regulação em contexto de completa racionalidade e transparência. Dessa forma, a entidade reguladora pode monitorar o equilíbrio econômico-financeiro do serviço representado pela $TIR_{\text{contratual}}$ ou $VPL_{\text{contratual}}$, preservando os direitos envolvidos e fazendo cumprir os deveres dos agentes envolvidos: o Poder Público, a Entidade Prestadora do Serviço e, especialmente, o Usuário.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DAL POZZO, Augusto Neves; PARLATORE, Antonio Carlos. Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 193-206, jan./jun. 2014.

Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria.

Modesto Carvalhosa

Professor Livre-Docente em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

Consulta

O Consulente integra um consórcio formado com o objetivo de participar de licitação para a concorrência internacional, cujo objeto é a contratação de concessão administrativa para prestação de serviços sob o regime de Parceria Público-Privada (PPP).

O Edital de licitação respectivo expressamente veda a participação de pessoa jurídica, isoladamente ou em consórcio, que tenha sido declarada inidônea por quaisquer entes federativos.

ALFA, subsidiária integral da sociedade BETA, vem atuando no sentido de também participar da licitação em questão, como integrante de outro consórcio, Consórcio GAMA.

BETA foi punida pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Estado do Rio de Janeiro com a Declaração de Inidoneidade prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

A criação da subsidiária integral ALFA deu-se em atendimento ao Plano de Recuperação Judicial de BETA, homologado pelo Poder Judiciário do Rio de Janeiro em data posterior à Declaração de Inidoneidade.

A referida licitação pública está sendo realizada com inversão de fases, isto é, julgando-se primeiramente a proposta econômica e, em seguida, a habilitação dos licitantes.

Realizada a abertura dos preços, o Consórcio GAMA classificou-se em primeiro lugar, tendo sido aprovado seu plano de negócios, e, inconformado com a decisão que aprovou o referido plano, o Consultante ingressou com recurso administrativo, que foi indeferido.

A licitação encontra-se, atualmente, em fase de análise da habilitação do Consórcio GAMA.

Parecer

Formula-nos o Consultante quesitos que serão respondidos à medida que forem transcritos:

1º Quesito: Quais os limites de atuação de ALFA, nos termos do Plano de Recuperação Judicial de BETA?

Como se sabe, a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05) tem por finalidade explícita a preservação da organização dos meios de produção e a manutenção das atividades da empresa em crise, como dispõe seu artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo *viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor*, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, *a preservação da empresa*, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (grifos nossos)

Foi nesse contexto, ou seja, no âmbito de um processo de recuperação judicial, que se deu a constituição de ALFA como subsidiária integral de BETA, ou seja, como meio de preservar a empresa em crise, nos termos do artigo 50 do mesmo diploma legal:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...]

II - *cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral*, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; [...]. (grifos nossos)

Saliente-se que a constituição de uma subsidiária integral é apenas uma entre as diversas modalidades legalmente previstas para a recuperação da empresa. Essa foi, entre aquelas alternativas, a que a devedora BETA e seus credores, de comum acordo, entenderam como mais apropriada para a hipótese em questão.

As partes — devedora e credores —, e *apenas elas*, têm total liberdade para escolher a alternativa que lhes pareça mais conveniente, para definir os mecanismos, a forma e a extensão do exercício da atividade social. Não há participação do Ministério Público, em nome da coletividade, e nem mesmo o Poder Judiciário tem competência para interferir no Plano, dado o seu papel meramente homologatório.

É importante ressaltar que, embora elaborado e aprovado em meio a um processo judicial, o Plano de Recuperação tem a natureza de *negócio jurídico*, realizado entre devedores e credores, como salienta Francisco Satiro:

Isso significa que o plano de recuperação judicial, não obstante construído no âmbito de um processo judicial, tem natureza de *negócio jurídico celebrado entre devedor e seus credores*. (Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 104, grifos nossos)

O Plano constitui meio de construção de uma solução negociada, no qual o *devedor* estabelece medidas que serão avaliadas pelos *credores* e por eles aprovadas, se entenderem aptas a viabilizar a continuidade da empresa e a recuperação de seus créditos.

No caso presente, como referido, o Plano determina, entre outras medidas, a constituição de ALFA, uma subsidiária integral de BETA. E, mais ainda, estabelece o *objeto dessa nova sociedade e a extensão e alcance de suas atividades*.

Com efeito, o Plano, ao dispor sobre o objeto da subsidiária integral, é expresso em determinar que aquela deverá dedicar-se *precipualemente a atividades de construção civil no setor privado*:

XXXX Objeto Social e Sede da Empresa Subsidiária

Considerando as discussões administrativas e judiciais que envolvem a recuperanda BETA, a Empresa Subsidiária *deverá se dedicar precipualemente a atividades de construção civil no setor privado*, assim definindo o seu objeto social. (grifos nossos)

Determina, ainda, que o objeto da subsidiária integral deverá incluir atividades necessárias ao cumprimento de *contratos transferidos*, nos seguintes termos:

XXXX [...] Sem prejuízo disso, considerando a necessidade de transferência de contratos indispensáveis à criação de capacidade operacional inicial para a Empresa Subsidiária, o seu *objeto social deverá incluir as atividades atualmente desenvolvidas pela BETA, de modo a permitir o preciso cumprimento dos contratos transferidos*. (grifos nossos)

O Plano, assim, discrimina pormenorizadamente não apenas o meio de recuperação a ser adotado (criação de subsidiária integral), como a forma e limites de exercício de suas atividades. É diante dessas especificidades que o Plano será avaliado e aprovado, fechando-se as portas, definitivamente, para alternativas não referidas.

Fica claro, portanto, que a subsidiária deverá dedicar-se ao *setor privado*, para satisfação dos interesses também privados dos credores da empresa em recuperação. Quanto ao *setor público* apenas lhe será legítimo desenvolver atividades voltadas ao cumprimento de contratos administrativos em andamento, não estando prevista no Plano a celebração de novos contratos dessa natureza.

As partes diretamente interessadas — devedora e credores — concordaram que o exercício das atividades da subsidiária “precipualemente no setor privado” seria suficiente para a manutenção da empresa em recuperação. O juízo *a quo homologou o Plano em todos os seus aspectos*, inclusive e obviamente, na *delimitação do objeto da subsidiária integral*.

Aliás, note-se que são incontáveis as possibilidades de atuação de ALFA em empreendimentos de vulto, contratando com particulares e, assim, obtendo relevantes recursos para viabilizar seu objetivo maior de preservação da empresa em crise.

Dada a natureza contratual do Plano, refletindo o acordo de vontades estabelecido, suas disposições são vinculantes para as partes, em todos os seus termos, devendo ser também observadas as limitações ali previstas.

Por outro lado, o Plano, depois de homologado pelo Poder Judiciário, passa a revestir-se da *natureza de título executivo judicial*, como se vê do §1º do artigo 59 da Lei nº 11.101/05:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no §1º do art. 50 desta Lei.

§1º *A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial*, nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. (grifos nossos)

Em consequência, as disposições constantes do Plano de Recuperação Judicial homologado ultrapassam o interesse das partes para indicar, *a qualquer interessado*, a forma de atuação das pessoas envolvidas, constituindo-se em *verdadeiro programa de ação*, de interesse geral.

Em consequência, se o Plano determina que a subsidiária integral deverá atuar no setor privado e dar continuidade aos contratos em andamento, *não é lícito* que tal disposição seja ignorada ou descumprida, posto que passou a vigorar no mundo jurídico e atingir terceiros nos seus exatos termos e no alcance proposto.

Finalmente, é de se salientar que a viabilidade econômica da recuperação empresarial de BETA, por meio da atuação de sua subsidiária integral ALFA, independe da celebração de novos contratos. Assim, no que concerne às projeções econômico-financeiras, o Plano leva em consideração *apenas os contratos em andamento*:

XXXX Faturamento – Serviços Executados

O Faturamento das Empresas em Recuperação foi projetado considerando os atuais contratos em andamento, *não tendo sido considerado o ingresso de nenhum recurso oriundo de novos contratos até xxxx*. Os serviços executados foram projetados ao longo de todo o período de projeção de cada contrato, respeitando-se os atuais saldos comerciais e as respectivas cláusulas contratuais, quando aplicáveis. (grifos nossos)

Fica claro, portanto, que o Programa de Recuperação de BETA não exige nem mesmo contratações privadas. A empresa poderia recuperar-se apenas exercendo suas atividades na conclusão dos contratos em andamento.

Diante do exposto,

Considerando que a recuperação da empresa tem por objetivo preservar a organização dos meios de produção, pelo relevante interesse na manutenção de suas atividades;

Considerando que a constituição da subsidiária integral ALFA deu-se em atendimento ao Plano de Recuperação Judicial de BETA;

Considerando que, não obstante o Plano de Recuperação de BETA ter sido elaborado e aprovado no âmbito de um processo judicial, este tem a natureza de negócio jurídico realizado entre a companhia devedora e seus credores;

Considerando que, no caso presente, o Plano em questão dispõe, expressamente, a respeito do objeto e do alcance das atividades a serem exercidas por ALFA;

Considerando que, de acordo com o Plano de Recuperação, ALFA deverá dedicar-se precipuamente ao setor privado, e, quanto ao setor público, apenas lhe será legítimo desenvolver atividades para o cumprimento dos contratos em andamento;

Considerando que as disposições do Plano são vinculantes para as partes, quais sejam a devedora BETA e seus credores, em todos seus termos e limitações;

Considerando as disposições do Plano, no sentido de que a subsidiária integral ALFA deve atuar no setor privado, não sendo, assim, lícito que tal disposição seja ignorada ou descumprida;

Considerando, por fim, que, de acordo com as projeções econômico-financeiras do Plano, a recuperação de BETA não exige a celebração, por sua subsidiária integral, de novos contratos com o setor público;

Respondemos que a subsidiária integral ALFA deverá ter atuação restrita ao setor privado e à continuidade dos contratos em andamento, o que é suficiente para a consecução dos objetivos de recuperação de BETA e manutenção de suas atividades

empresariais. A celebração, por ALFA, de novos contratos públicos não é sequer cogitada pelo Plano de Recuperação Judicial, sendo que a atuação além de tais limites configuraria infringência ao que foi ali pactuado e devidamente homologado pelo Poder Judiciário.

2º Quesito: ALFA, subsidiária integral de BETA, pode ser considerada apta a participar de licitações públicas, ignorando-se a sanção de inidoneidade aplicada a sua acionista única?

Preliminarmente, cumpre fazer algumas considerações a respeito da *relatividade da pessoa jurídica* e das *especificidades da subsidiária integral*.

Não se questiona, hoje, que o conceito de pessoa jurídica autônoma e independente vem sendo bastante relativizado, seja pelo reconhecimento do *controle societário*, como elemento indispensável de análise, seja pela possibilidade de sua *desconsideração* em casos específicos.

Entende-se, de modo pacífico, que a *personalidade jurídica não é um valor absoluto e intangível*; sendo, ao contrário, *mera técnica de separação patrimonial*.

Nesse sentido, Fábio Comparato:

O que se pretende, em suma, assim na companhia isolada como no grupo econômico, é simplesmente adequar o direito à realidade econômica, *considerando a personalidade jurídica em sua verdadeira dimensão, isto é, como técnica, meramente relativa, de separação de patrimônios, e não como entidade metafísica, de valor absoluto.* (O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 364, grifos nossos)

O valor *apenas relativo* da personalidade jurídica fica ainda mais patente em se tratando de subsidiária integral.

A personificação da subsidiária integral não se dá pelo agrupamento de pessoas e de seus patrimônios individualizados. Ao contrário, sua constituição se dá pela atribuição, *por uma única pessoa jurídica*, de um conjunto coerente de bens de seu ativo, *para a formação de outra pessoa jurídica*, também de natureza empresarial.

Foi o que dissemos em nossos *Comentários*:

A diferença fundamental está, portanto, em que apenas uma pessoa jurídica pluripessoal, de natureza empresarial, tem capacidade para constituir outra pessoa jurídica unipessoal, também de natureza empresarial. (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4, t. II, p. 160)

Lembre-se que a consagrada doutrina do *pass-through* sustenta que matérias relevantes da subsidiária integral deveriam, na realidade, ser decididas pela vontade dos acionistas da controladora, reunidos em assembleia geral:

Afinal deve prevalecer a vontade dos sócios da sociedade controladora que, em última instância, são os interessados na atividade da subsidiária, cujo patrimônio é formado por parcela destacada do patrimônio daquela. (SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 88, grifos nossos)

Isso porque as deliberações da subsidiária integral interessariam apenas e tão somente aos acionistas da controladora única.

Ainda na esteira da doutrina do *pass-through*, a Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) garante, expressamente, aos acionistas da controladora única e não a ela própria, o direito de preferência para subscrever aumentos de capital da subsidiária integral, nos termos a seguir:

Art. 253. Na proporção das ações que possuírem no capital da companhia, os acionistas terão direito de preferência para:

I - adquirir ações do capital da subsidiária integral, se a companhia decidir aliená-las no todo ou em parte; e

II - subscrever aumento de capital da subsidiária integral, se a companhia decidir admitir outros acionistas.

A propósito, afirmamos em nossos *Comentários*:

Assim, se a assembleia geral da subsidiária deliberar sobre sua “reversão”, para receber outros acionistas, terão os acionistas da controladora o direito de preempção. Trata-se de direito próprio, exercido por acionista na esfera da sociedade controladora. Com efeito, o acionista único da subsidiária é a companhia e não os seus acionistas. Trata-se, portanto, de um direito “sui generis” de exercício de direito “sobrepuesto” ao do titular direto das ações da subsidiária (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, p. 185, grifos nossos)

Ocorre, na hipótese, a *desconsideração legal da personalidade jurídica da subsidiária integral* para o fim específico de permitir que os acionistas da controladora única tenham preferência em relação a terceiros, se a sociedade decidir admitir novos sócios. Isso demonstra, uma vez mais, a unicidade de interesses e de vontades entre a controladora única e a subsidiária integral.

Não se pode, com efeito, falar em vontade social da subsidiária integral, originada de vontades individuais formadoras. Verifica-se a existência de uma só vontade: a vontade de seu acionista único. *Não há qualquer distinção entre a vontade da subsidiária e a vontade da sociedade titular da totalidade seu capital social.*

Da mesma forma, não se pode falar em um interesse social próprio da subsidiária, entendido como o interesse comum a todos os sócios, nessa mesma qualidade. *Na subsidiária integral só existe uma acionista, só existe um interesse, que se confunde com o interesse dessa acionista única.*

Inegável, portanto, a atuação da subsidiária integral como simples *departamento* da controladora única, como já reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM):

Sendo a subsidiária integral companhia pertencente a um único acionista, de fato a administração da mesma é realizada como se a subsidiária fosse um departamento da controladora. (Parecer/CVM/PJU/nº 013, de 24.08.98)

Embora a lei outorgue personalidade jurídica à subsidiária integral, *essa personalidade apenas existe e deve ser considerada enquanto a pessoa jurídica atender à função para a qual foi constituída*, devendo a mesma ser desconsiderada em situações em que se verifique um desvio dessa função.

No caso em questão, como visto, ALFA foi constituída como subsidiária integral da BETA, como pessoa jurídica autônoma, para propiciar a separação patrimonial de forma a viabilizar a preservação da empresa. Esta é sua função e a causa de sua criação. A utilização para outros fins implicaria o desvio da função da pessoa jurídica, que deveria, então, ser desconsiderada.

Nesse sentido, ainda Fábio Comparato:

O verdadeiro critério [para a desconsideração da pessoa jurídica] parece-nos ligado à *interpretação funcional do instituto*, decisiva nessa matéria, como acima frisamos. *Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais.* [...]

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um *desvio de função*, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. (*O poder de controle na sociedade anônima*, p. 286, grifos nossos)

Note-se que, quando da constituição de ALFA, BETA já havia sido punida com a pena de inidoneidade pela prática comprovada de atos ilícitos e abusivos e, assim, impossibilitada de contratar com o Poder Público, como disposto no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

IV - *declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública* enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (grifos nossos)

Ressalte-se que a subsidiária integral ALFA foi constituída com a transferência de *tudo o acervo empresarial* de sua controladora única, inclusive seus atestados técnicos.

Ora, se os atestados de obras representam a experiência empresarial de BETA, está esse mesmo *acervo contaminado pela sua conduta e pela conduta de seus profissionais e, assim, indissolúvel e inevitavelmente gravado pelo ônus da inidoneidade*.

Não há, pois, como separar o acervo técnico da empresa do acervo técnico dos seus profissionais, como se vê na Resolução nº 317/86 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA):

Art. 4º O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais do seu quadro técnico e de seus consultores técnicos devidamente contratados.

Art. 1º Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Foi a conduta dos administradores e dos profissionais pessoas físicas, em nome da BETA, na execução de contratos administrativos anteriormente firmados, que ocasionou sua inidoneidade, impedindo-a de contratar com o Poder Público. Ocorre, porém, que essas *mesmas pessoas físicas* que agiram em nome da BETA hoje atuam em nome da ALFA.

Em consequência, é *inadmissível* que os atestados decorrentes dessa participação lesiva de BETA em obras públicas venham a representar a qualificação de ALFA para contratar com o Estado.

Dada sua natureza de subsidiária integral, a personalidade autônoma de ALFA deve ser naturalmente relativizada. Como reiterado, a vontade de ALFA é a mesma vontade da acionista única BETA. O interesse da subsidiária ALFA é também o interesse de sua acionista única BETA. Não há multiplicidade, nem ao menos dualidade, mas *somente o interesse de BETA e nada mais*.

Importante é ressaltar que na constituição de ALFA, como ademais na constituição de qualquer subsidiária integral, *não houve a participação de quaisquer terceiros*, que passassem a comandar a atividade empresarial e que pudessem configurar outro e diverso exercício da empresa. Tratou-se, no caso, da transferência de todo o conjunto de ativos de uma única pessoa jurídica para outra, inteiramente controlada por ela, *continuando a atividade empresarial a ser exercida, embora indiretamente, pela controladora*.

É a própria BETA que irá contratar com o Poder Público, através de ALFA, pessoa jurídica por ela interposta. A ALFA foi constituída indiretamente com os mesmos

sócios, o mesmo acervo empresarial, os mesmos atestados, no mesmo endereço, com os mesmos equipamentos e os mesmos profissionais, cuja conduta acarretou sua inidoneidade.

BETA e ALFA são, substancialmente, a mesma empresa. Em consequência, a pena de inidoneidade que macula uma, macula também a outra, subsidiária integral da primeira.

Reitere-se que a criação da subsidiária integral ALFA teve por objetivo permitir a preservação das atividades de BETA e não o de obstar a aplicação da pena de inidoneidade dirigida àquela sociedade.

Ora, utilizar a personalidade jurídica de ALFA para burlar sanção válida e eficaz imposta à BETA representa *evidente fraude* à Lei nº 8.666/93.

Diante dessas circunstâncias, a autonomia de ALFA, como pessoa distinta da pessoa de BETA, é evidentemente questionável, podendo e devendo ser desconsiderada pela Administração para o fim específico de impedir sua contratação pelo Poder Público.

Não resta dúvida acerca da legitimidade da aplicação, *na esfera administrativa*, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Aliás, a recém-promulgada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), ainda em período de *vacatio legis*, ao dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, expressamente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, nos seguintes termos:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Tal previsão legal é promulgada na esteira de um entendimento já consolidado em nossa doutrina e jurisprudência, como se verifica da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DOS EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. *DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.*

A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, *em substituição a outra*

declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, *constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93*, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

A Administração Pública pode, *em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados*, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. (RO em MS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, j. 07.08.03, v.u.)

A desconconsideração da personalidade jurídica, no caso ora em estudo, *atende aos princípios constitucionais da moralidade e da defesa do interesse público*, que devem, sempre, nortear a atuação da Administração.

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de *princípios éticos*. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. [...]

É em nome do interesse público — o do corpo social — que tem de agir, fazendo-o na conformidade da intentio legis. Portanto, exerce “função”, instituto — como visto — que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. *É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado*. (Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 95, 115, grifos nossos)

Referendar uma fraude, permitindo a contratação de pessoa inidônea, representa inegável ofensa ao princípio da moralidade e do interesse público.

A contratação de pessoas inidôneas no âmbito de uma licitação não apenas viola referida Lei nº 8.666/93, em seu artigo 87, inciso IV, mas também, e fundamentalmente, viola o *interesse público primário*, pelo potencial de graves prejuízos a toda a coletividade.

A propósito de interesse público, já nos manifestamos em nossos *Comentários*, lembrando a *distinção* entre interesse público primário e secundário:

E, para que se entenda o sentido do interesse público, é necessário que se faça a distinção entre interesse público primário e secundário. O primeiro, como já dito, representa o *interesse da coletividade*; segundo, o do aparelho estatal. [...] O serviço público deve atender ao princípio da supremacia do interesse público. Este, por sua vez, como referido, ostenta a graduação alessiana: *interesse público primário* — o da coleti-

vidade — e interesse público secundário — o dos aparelhos do Estado. (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4, t. I, p. 433, 434, 438, grifos nossos)

É evidente o interesse de toda a coletividade na plena eficácia da lei. É dever da Administração zelar para que a lei seja cumprida, impedindo que, através de um artifício, não seja aplicada penalidade imposta ao contratante.

Com efeito, a Administração exerce uma *função*, representada pelo dever primordial de satisfação do *interesse público primário*, como salienta Eros Grau:

Observe-se preliminarmente [...] que a autoridade pública, enquanto tal, não é titular de *direitos* que se possa individualmente arrogar. *Cumprilhe o exercício de função pública*. Ou seja, incumbe-lhe o *dever* de prover a realização de *interesses alheios*. Para tanto, confere-lhe o ordenamento jurídico determinados *poderes*. A função pública, assim, é antes expressão de um *dever-poder* do que de um *poder-dever*. À entidade administrativa, pois, *incumbe o dever-poder de gerir a res pública* [...]. A concepção de que esta ou aquela autoridade pública, enquanto autoridade pública, seja titular de um direito integrado em sua esfera de interesses individuais é incompatível com os princípios do Estado de Direito. (*Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 183, grifos nossos)

Finalmente, deve-se recordar da clássica declaração do Juiz Sanborn, em um dos *leading cases* sobre aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ainda fundamental para o adequado entendimento do tema:

O princípio geral consagrado no presente regime jurídico é o de que uma sociedade anônima é uma pessoa jurídica, até que surja razão suficiente em contrário; quando o instituto da pessoa jurídica é usado para contrariar o interesse público, promover ato ilícito, praticar fraude ou acobertar crime, a sociedade anônima será considerada como mero agrupamento de pessoas. (*United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* 142 F. 2d. 247-255 CCWis 1905, tradução nossa)

Essa lição se aplica perfeitamente à hipótese em análise. Conforme reiterado, o reconhecimento da autonomia jurídica absoluta de ALFA, no presente caso, faria com que fossem consolidadas situações de *fraude à lei* e de *gravíssima violação ao interesse público*, o que é inadmissível.

Diante do exposto,

Considerando que a personalidade jurídica não é um valor absoluto e intangível, mas mera técnica de separação patrimonial;

Considerando que o valor relativo da personalidade jurídica fica ainda mais patente quando se trata de subsidiária integral;

Considerando que, diferentemente das sociedades pluripessoais, a subsidiária integral é constituída por uma única pessoa jurídica, com a atribuição de um conjunto de bens a ela pertencentes;

Considerando que a subsidiária integral está submetida à mesma vontade e ao mesmo interesse de sua acionista única, aplicando-se a ela a teoria do *pass-through*;

Considerando que a própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reconhece que a subsidiária integral atua como um simples departamento de sua controladora única;

Considerando, assim, que a personalidade jurídica da subsidiária integral deve ser reconhecida apenas enquanto atender à função para a qual foi constituída;

Considerando que, no caso presente, ALFA foi constituída como subsidiária integral de BETA, com a função específica de propiciar a separação patrimonial, visando a preservação da empresa;

Considerando que, antes disso, BETA já havia sido punida com a pena de inidoneidade;

Considerando que ALFA foi constituída por meio da transferência de todo acervo empresarial de BETA, acervo esse inevitavelmente gravado pelo ônus da inidoneidade;

Considerando que o acervo técnico de BETA se confunde com o dos profissionais que atuaram em seu nome, acarretando a declaração de sua inidoneidade, e que agora atuam em nome de ALFA;

Considerando que na constituição de ALFA, como subsidiária integral, não houve participação de terceiros, sendo a BETA sua única acionista, que continuará a exercer indiretamente a mesma atividade empresarial;

Considerando que utilizar a pessoa jurídica de ALFA para burlar sanção válida e eficaz, imposta pela Administração a BETA, representa evidente fraude à Lei nº 8.666/93;

Considerando que, diante disso, a autonomia da pessoa jurídica ALFA, como pessoa distinta da pessoa de sua sócia, é absolutamente questionável, podendo e devendo ser desconsiderada pela Administração Pública;

Considerando que não restam dúvidas acerca da legitimidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa;

Considerando que a desconsideração da personalidade jurídica, no caso concreto, atende aos princípios constitucionais da defesa do interesse público primário e da moralidade, que devem sempre nortear a atuação da Administração;

Considerando, finalmente, que a desconsideração não é despersonalização, mas o afastamento da distinção entre a pessoa da sociedade e a pessoa de seu sócio, para um fim determinado no caso concreto;

Respondemos que a subsidiária integral ALFA está absolutamente impedida de participar de quaisquer licitações públicas, posto que, diante da necessária

desconsideração de sua personalidade jurídica, a pena de inidoneidade de sua controladora única, BETA, deve ser a ela estendida.

3º Quesito: O juiz da recuperação judicial, conforme as atribuições que lhe são conferidas pela legislação de regência, possui competência para tratar sobre a sanção de declaração de inidoneidade prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, aplicada pela Controladoria-Geral da União e pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como sobre seus efeitos em decorrência do processo de recuperação judicial?

Como referimos, no âmbito da recuperação judicial, foi criada a sociedade subsidiária integral ALFA para a continuidade das atividades de BETA e o consequente pagamento aos credores, mediante a participação em novos contratos privados e a execução de contratos públicos já celebrados, mas cujas obrigações não foram plenamente executadas por BETA, conforme previsto, expressamente, no próprio Plano de Recuperação homologado pelo r. Juízo Recuperacional.

Contudo, esse mesmo Juízo, em clara usurpação de competência, manifestou-se no sentido de que os efeitos da inidoneidade de BETA não se estendem à sua subsidiária integral ALFA, nos seguintes termos:

Considerando que a empresa ALFA foi criada no contexto do PRJ aprovado pelos credores, e homologado pelo juízo, justamente para viabilizar o pagamento das dívidas, sendo a sua constituição e a possibilidade de prestar serviços públicos e privados justamente um meio legítimo para viabilizar o cumprimento do PRJ, *forçoso reconhecer que não carrega ela a inidoneidade que atinge a controladora BETA*, pelo que defiro o ofício à Presidente da Comissão Especial de Licitação responsável pela Concorrência Internacional nº XXXX, comunicando a decisão do juízo, com cópia da decisão homologatória do PRJ. (grifos nossos)

Ocorre que essa competência é *exclusiva* da Administração Pública e, portanto, estranha ao Juízo Recuperacional. A competência para decidir sobre a inidoneidade das empresas participantes de licitações está prevista no artigo 87, inciso IV, §3º, da Lei de Licitações, nos seguintes termos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a *Administração* poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

IV - *declaração de inidoneidade* para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§3º *A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo*

processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (grifos nossos)

Logo, a competência para declarar a inidoneidade de empresas para licitar e contratar com a Administração Pública é exclusiva do Ministro do Estado, do Secretário Estadual ou Municipal.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já ratificou a própria letra da lei no que se refere à competência exclusiva para a declaração de inidoneidade:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Procedimento administrativo. Oportunização de defesa. Declaração de inidoneidade da empresa licitante. Art. 87, inciso IV e §3º, da Lei nº 8.666/93. Liminar. Periculum in mora e fumus boni juris demonstrados. [...] 4. *Fumus boni juris* que, prima facie, encontra-se evidenciado porquanto violado o disposto no art. 87, §3º, da Lei nº 8.666/93 (“§3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de *competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal*, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”) a demonstrar a liquidez e certeza do direito alegado. 5. O periculum in mora, por sua vez, ressoa evidente na proibição de licitar e contratar com a Administração Pública resultante da declaração de inidoneidade pelo Ministro de Estado da Agricultura. 6. Agravo regimental desprovido para manter a decisão que concedeu a liminar para suspender os efeitos decisão do Ministro de Estado que declarou a inidoneidade da empresa impetrante para fins de oportunizar a sua defesa no Processo Administrativo nº 21036.000384/2010-11 (STJ, 1ª Seção, MS nº 17.431/DF, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.09.2012, DJU, 03 out. 2012, grifos nossos)

Dentro desse contexto, destaca-se que a Administração Pública, dentro de sua esfera de competência, já decretou a inidoneidade de ALFA:

XX. Diante disso, conforme entendimento da Controladoria Geral da União, os efeitos da declaração da inidoneidade da Companhia BETA *estendem-se naturalmente a quaisquer outras que venham a ser constituídas como suas subsidiárias integrais*, à luz do direto, especialmente, dos *princípios constitucionais da legalidade, da probidade e da moralidade*. [...]

XX. Além disso, pelo princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, *a constituição de subsidiária integral em substituição a empresa declarada inidônea para licitar com a Administração Pública com o objetivo de burlar a aplicação de sanção administrativa constituiu abuso de forma e fraude à Lei de licitações*. Entendo ser possível a aplicação desta teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à subsidiária integral.

XX. Registra-se que, conforme despacho do Diretor Executivo desta Autarquia, contido no Memorando XXXX, o mesmo ordena que *a empresa ALFA, subsidiária integral de empresa considerada inidônea para participar de licitações na esfera pública seja inabilitada no certame licitatório em epígrafe.* (grifos nossos)

Essa qualificação da ALFA como empresa inidônea para contratar com a Administração Pública foi reiterada por decisão unânime do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no Processo XXXX.

No mesmo sentido, importante ressaltar que a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio recentemente rejeitou o Projeto de Lei nº 3.969/12, apresentado pelo Deputado Federal Carlos Bezerra, o qual visava a autorização de empresas em processo de recuperação judicial a participar de licitações públicas. Uma das razões para a rejeição desse Projeto foi justamente a possível insuficiência de fundos da empresa em recuperação para restituir os valores ao Erário, caso não seja cumprido o contrato administrativo.

Por sua vez, diante da inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o ato administrativo pode ser revisto por um juiz da Vara da Fazenda Pública do Estado ou por um juiz federal, dependendo da pessoa jurídica que elaborou o ato administrativo em questão.

Portanto, o ato administrativo que declarou a inidoneidade de BETA somente pode ser reformado ou anulado pelo Poder Judiciário, *através de sentença proferida em ação específica.* Da mesma forma, seus efeitos e sua extensão à subsidiária integral ALFA apenas poderiam ser reconhecidos ou rejeitados pelo juízo competente no âmbito dessa ação específica.

Nesse ponto, dispõe a Lei que o juízo privativo da Fazenda Pública é competente para julgar todas as causas em que o interesse da União, dos Estados e dos Municípios se manifeste, ainda que indiretamente no desenlace da contenda judicial. *Isso porque o interesse envolvido nessas ações não se limita à esfera privada, como no caso de recuperação de empresas, mas abrange o interesse primário de toda a coletividade.*

Esta é a posição reiterada pelo Supremo Tribunal Federal:

O juízo privativo da Fazenda Pública é o competente para todas as ações em que o interesse da União se manifeste, ainda que indiretamente. (STF, CJ nº 2202, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, j. 17.08.1956, ADJ, 01.04.1957)

O Código de Processo Civil, em seu artigo 91, dispõe sobre a competência em razão da matéria, prevendo que a competência da Fazenda Pública é regulada pela Lei de Organização Judiciária:

Art. 91. Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código.

No Estado de São Paulo, para as demandas concernentes ao Estado, Município ou às entidades paraestatais, *a competência é exclusiva das Varas da Fazenda Pública*, conforme artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 03, de 27 de agosto de 1969:

Art. 35. Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:

I - processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que *o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados* na condição de autor, réu, assistente ou oponente, excetuados:

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

II - conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Estado ou às autarquias e entidades paraestatais; e

III - cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Estado.

Parágrafo único. - As causas propostas perante outros juízes, desde que o Estado nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou oponente passarão à competência das Varas da Fazenda do Estado. (grifos nossos)

Assim, todas as ações judiciais em que participem os entes públicos, tanto no polo ativo como no polo passivo, terão o benefício do juízo privativo para conhecer, processar e julgar tais demandas.

Logo, conclui-se que o Juízo Recuperacional não é competente para julgar causas que envolvam a questão da declaração de inidoneidade da ALFA, mas tão somente para decidir sobre questões versadas sobre a própria recuperação de BETA, como, por exemplo, a aprovação ou não do Plano de Recuperação Judicial e o seu estrito cumprimento.

Isso porque o instituto da recuperação judicial limita-se simplesmente à superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, sob a supervisão e condução do Poder Judiciário.

Porém, a decisão decorrente do processo dessa espécie jamais demove o histórico de atuação da pessoa jurídica perante a Administração Pública, nem a exime das obrigações e princípios constitucionais próprios do Direito Público.

O Juízo Recuperacional apenas possui competência para deliberar questões versadas sobre a própria recuperação: *a aprovação ou não do Plano de Recuperação e o seu estrito cumprimento*. Seu papel é meramente *homologatório*; não cria direitos nem mesmo no âmbito da recuperação da empresa.

Não pode o juízo de recuperação judicial, portanto, declarar que a ALFA é idônea, pois naqueles autos essa qualidade não se refere tecnicamente à moralidade exigida pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, nem à idoneidade de que cuida o artigo 87, IV, da Lei nº 8.666/93.

Ora, a recuperação judicial não se destina a determinar como o Poder Público se relaciona contratualmente com a BETA ou com a ALFA, inclusive porque, para tanto, são exigidos outros requisitos legais e constitucionais que as leis comerciais e falimentares não preveem.

Esses requisitos a ALFA não poderá satisfazer, como referimos nos quesitos anteriores, pois seus ativos e única sócia estão vinculados a uma pena administrativa que culminou com a declaração de inidoneidade de BETA, sua controladora.

Com efeito, o Plano de Recuperação Judicial contém todas as medidas que serão tomadas para a satisfação dos credores, mas isso não pode contemplar qualquer determinação para que o Poder Público contrate com a subsidiária integral de uma sociedade inidônea. De fato, esse âmbito de atuação do juízo da recuperação não consta em nenhum diploma legal.

Portanto, a decisão no processo de recuperação judicial não tem, por óbvio, efeito erga omnes em relação à Administração Pública, que, de resto, não é parte em tal processo.

Ao contrário do caráter privado do processo de recuperação judicial, que visa a satisfazer os credores, os processos administrativos sancionatórios têm por objeto prestar contas a toda a coletividade do uso do dinheiro público, primando pela preservação dos interesses públicos, dos quais o Estado é o guardião, e dos princípios da atividade administrativa, especialmente o *da legalidade e da moralidade, que jamais se confundem com o âmbito do Direito Privado.*

É sabido que as naturezas do contrato público e do contrato privado são distintas. Aos contratos públicos, objeto de processo licitatório, seja para a realização de obras, seja para concessão de um serviço público, aplicam-se princípios constitucionais e administrativos desconhecidos pelo Direito Privado.

Vale lembrar que todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Essas condições, no caso concreto, foram responsáveis pela imposição da pena de inidoneidade à BETA e são integralmente aplicadas à sua subsidiária integral ALFA.

Além disso, todo contrato administrativo tem como características o formalismo exigido por lei, a posição de supremacia da Administração Pública em relação ao contratado e o fato de que o objeto do contrato deverá estar revestido de *interesse público*.

Na esfera privada é permitido a BETA a criação da subsidiária integral e a transferência de seu acervo técnico; tudo sob a égide das leis comerciais, falimentares e civis, especialmente a Lei nº 11.101/05 sobre recuperação judicial, e, por conseguinte,

o livre exercício da atividade econômica. O mesmo não ocorre no Direito Público, não podendo a ALFA contratar com a Administração Pública até que a pena administrativa que incide sobre tal acervo seja plenamente cumprida. Aliás, como referido, essa distinção é feita no próprio Plano de Recuperação Judicial que foi aprovado, que permite apenas a conclusão de obras já iniciadas e a celebração de contratos privados; jamais contratos públicos.

Não é lícito, portanto, ao juiz da recuperação extrapolar do âmbito de sua atribuição — restrita à recuperação da empresa — para decidir sobre os efeitos e extensão da pena de inidoneidade aplicada a BETA, matéria essa de Direito Público.

Considerando que as naturezas do contrato público e do contrato privado são distintas, aplicando-se aos negócios com a Administração Pública princípios constitucionais e administrativos desconhecidos pelo Direito Privado;

Considerando que a recuperação judicial não se destina a determinar como o Poder Público se relaciona contratualmente com empresas privadas, inclusive porque, para tanto, são exigidos requisitos legais e constitucionais que as leis comerciais e falimentares não preveem;

Considerando que a decisão no processo de recuperação judicial não tem efeito *erga omnes* em relação à Administração Pública, que, de resto, não é parte em tal processo;

Considerando que o Juízo Recuperacional, com papel meramente homologatório, não é competente para julgar causas que envolvam a questão da declaração de inidoneidade da ALFA, mas tão somente para decidir sobre questões versadas sobre a própria recuperação de BETA, como, por exemplo, a aprovação ou não do Plano de Recuperação Judicial e o seu estrito cumprimento;

Considerando que a competência para declarar a inidoneidade de empresas para licitar e contratar com a Administração Pública é exclusiva do Ministro do Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, nos termos do artigo 87, inciso IV, §3º, da Lei de Licitações;

Considerando que, diante da inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o ato administrativo pode ser revisto por um juiz da Vara da Fazenda Pública do Estado ou por um juiz federal, dependendo da pessoa jurídica que elaborou o ato administrativo em questão;

Considerando que o Código de Processo Civil, em seu artigo 91, dispõe sobre a competência em razão da matéria, prevendo que a competência da Fazenda Pública é regulada pela Lei de Organização Judiciária;

Considerando que o juízo privativo da Fazenda Pública é competente para julgar todas as causas em que o interesse público do Estado de São Paulo se manifeste, ainda que indiretamente, conforme artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 03, de 27 de agosto de 1969;

Diante ao exposto.

Respondemos que o juízo da recuperação de BETA não é competente para se manifestar sobre a extensão à ALFA da pena de inidoneidade aplicada pela Administração Pública. O referido juízo apenas possui competência para deliberar questões versadas sobre a própria recuperação de BETA, como a aprovação ou não do plano de recuperação judicial e o seu estrito cumprimento.

É o que temos a opinar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHOSA, Modesto. Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial: atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público: impedimento de participação em licitação pública: desconsideração da personalidade jurídica: extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única: incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria. *Revista Brasileira de Infra-estrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 209-228, jan./jun. 2014. Parecer.

Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)

Percival José Bariani Junior

Mestre em direito administrativo pela PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro da Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA).

Estevam Palazzi Sartal

Pós-graduando em direito administrativo pela GVlaw. Professor assistente da disciplina de direito administrativo e infraestrutura da Faculdade de Direito da PUC-SP. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP.

Raul Dias dos Santos Neto

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP.

A consulta

Honra-nos, com a presente consulta, a *Empresa X*, (doravante denominada apenas como “Consulente”), pessoa jurídica de direito privado constituída sob a égide da legislação brasileira, acerca da aplicação da Lei Federal nº 12.741/12 às concessionárias de serviço público, mais especificamente às concessionárias de rodovias.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 12.741/12, figura-se a obrigação de os prestadores de serviços ao consumidor demonstrarem o valor aproximado de tributos incidentes na relação de compra e venda.

Levando em conta essa inovação legislativa, questiona-se se essa medida aplica-se, também, aos prestadores de serviço público, mais especificamente aos concessionários de rodovia, considerando o regime jurídico dos serviços públicos e a relação existente entre concessionária e usuários.

É esta a consulta que passamos a responder.

Parecer

1 Regime consumerista e regime de serviço público

Antes de adentrarmos ao cerne da questão, é indispensável analisarmos as peculiaridades dos regimes jurídicos de direito privado e de direito público, uma vez que os contratos consumeristas observam aquele regime e os contratos de concessão são regidos pelas normas de direito público.

O fato de tanto os consumidores quanto os usuários de serviços públicos figurarem como destinatários finais de prestações acarreta uma proximidade entre essas duas figuras. Não obstante, a densidade jurídica que permeia os distintos regimes aos quais consumidor e usuário estão subordinados impõe a insofismável conclusão de que eles não podem ser confundidos ao ponto de consolidarem uma identidade única.

A instituição do Código de Defesa do Consumidor, veiculada pela Lei nº 8.078/1990 (CDC), objetivando o atendimento ao desiderato plasmado no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a reivindicação, condensada no art. 37, §3º, da Constituição Federal, de um diploma homônimo referente aos usuários de serviço público é sintomática dessa condição que não permite a aglutinação entre os conceitos de consumidor e usuário.

O alicerce chave para a distinção entre as duas figuras vislumbradas reside no fato de que cada uma provém de uma matriz constitucional distinta. Nessa linha, transcrevam-se os seguintes dispositivos:

Art. 170. A *ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

V - defesa do *consumidor*;

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...]

II - os direitos dos *usuários*;

É importante apontar, de maneira sumária, a contraposição entre os conceitos de exploração de atividade econômica e de prestação de serviço público. A primeira refere-se às atividades desempenhadas, precipuamente, pela iniciativa privada (atividade econômica *stricto sensu*), regidas, em especial, pelos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Já a prestação de serviço público é atribuição do Estado e, em função da relevância atribuída pela Constituição, está subsumida a um regime jurídico de direito público, orientado, principalmente, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Nesse sentido, o consumidor revela-se como um agente da economia de mercado, ao passo que o usuário é o destinatário de uma prestação que, por definição constitucional, está “fora do mercado”. Nesse ponto, é o magistério de Cesar A. Guimarães Pereira:

O conceito de consumidor pressupõe hipossuficiência, fragilidade econômica e jurídica nas relações massificadas. Relaciona-se com uma situação de mercado, de transações privadas — inexistente, em princípio, nas relações de prestação de serviço público.

A situação do usuário de serviço público é distinta. Já integra um regime jurídico de direito público, caracterizado por controle intenso sobre a atividade do prestador de serviço. Seu interesse confunde-se, em certa medida com o próprio interesse público que a criação do serviço pretende perseguir. Tem caráter instrumental em relação à realização dos valores subjacentes ao serviço público. A posição do usuário frente ao prestador do serviço público não é caracterizada pela fragilidade própria do consumidor privado, mas pela participação na própria configuração e produção do serviço. Não é por outra razão que se exige, constitucionalmente, um regramento próprio para o usuário de serviços públicos, distinto do aplicável ao consumidor.¹

Desse modo, a distinção primordial entre consumidor e usuário reside no fato de que o primeiro é parte de uma relação jurídica própria do direito privado, na qual as partes se obrigam reciprocamente ao cumprimento de determinadas obrigações e exercício de determinados direitos. Já o usuário de serviço público é parte em uma relação jurídica de direito público, da qual é credor do Estado, por possuir o direito de fruir de determinadas utilidades que são de prestação obrigatória deste último, seja direta ou indiretamente.

Ressalte-se, então, que de um lado existe a caracterização da hipossuficiência como um qualificativo necessariamente atrelado ao conceito de consumidor, enquanto esse mesmo qualificativo dificilmente vincula-se ao conceito de usuário. Eis, pois, que o regime jurídico de direito público implica uma determinada preponderância da posição dos utentes.

Nessa esteira, constata-se a posição estelar do usuário, que possui direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo.

¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Administração Pública e direito do consumidor. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 356.

2 Interação entre os regimes

O advento do Direito do Consumidor deu-se na cultura anglo-saxã, mormente na experiência norte-americana. É importante consignar que o modelo norte-americano é resultado da ausência de poderes estatais para disciplinar as atividades econômicas de interesse coletivo e, portanto, é uma decorrência da falha dos próprios mecanismos do mercado de produzir meios eficazes de controle do poder econômico.

Assim, o Direito do Consumidor surge como um artífice para a intervenção na esfera privada a favor dos interesses dos consumidores.

Já o conceito de serviço público é originário do direito francês, que para alguns doutrinadores, especialmente Léon Duguit e Gastón Jéze, foi erigido como a noção-chave do direito administrativo, conferindo a este seu caráter de unicidade. Tal configuração implicava a seguinte assertiva:

[...] la différence essentielle entre l'activité des particuliers et l'activité publique reside dans le fait que celle-ci est toute entière consacrée à la gestion des entreprises propres à satisfaire l'intérêt général, c'est-à-dire des services publics.^{2 3}

Conforme se constata, a concepção do instituto do serviço público oriundo do direito francês desempenhou a função de servir, conforme leciona Augusto Neves Dal Pozzo,⁴ “como critério de delimitação da competência da jurisdição administrativa e constituiu a noção principal do direito administrativo, tornando-se o elemento essencial da atuação estatal”.

Não obstante as distinções entre os regimes de direito privado e de direito público e a origem do direito do consumidor e da teoria dos serviços públicos, a demonstrar a autonomia entre as figuras do consumidor e do usuário de serviço público, a legislação consumerista pátria faz alusão direta à prestação de serviços públicos em alguns de seus dispositivos:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, [...] atendidos os seguintes princípios: [...]

VII - racionalização e melhoria dos *serviços públicos*;

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

X - a adequada e eficaz prestação dos *serviços públicos* em geral.

² WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23. ed. França: Dalloz, 2010. p. 23.

³ Tradução livre: “[...] a diferença essencial entre as atividades dos particulares e a atividade pública reside no fato de que esta é totalmente consagrada à gestão de empreendimentos próprios voltados à satisfação do interesse geral, ou seja, à satisfação dos serviços públicos”.

⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 66.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, *concessionárias*, *permissionárias* ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer *serviços* adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Art. 59. [...].

§1º A pena de cassação da concessão será aplicada à *concessionária de serviço público*, quando violar obrigação legal ou contratual.

Transcreva-se também o seguinte dispositivo da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões):

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...]

Depreende-se, da literalidade dos dispositivos supracitados, a inegável existência, em nosso país, de uma interação entre o regime consumerista e o regime de prestação dos serviços públicos, que propugna grande debate doutrinário acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor no regime dos serviços públicos.

Nesse sentido, serão abordadas as três principais vertentes do assunto vislumbrado.

2.1 Aplicação ampla do CDC aos serviços públicos

Cite-se o seguinte dispositivo do CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, *pública* ou *privada*, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Identifica-se que o artigo em questão incluiu no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública e, conseqüentemente, todos aqueles que em nome dela presta serviços públicos, direta ou indiretamente.

Conjuntamente com os supracitados art. 22 do CDC e art. 7º da Lei de Concessões, alguns autores entendem pela aplicação ampla da legislação consumerista às relações decorrentes da prestação de serviço público, afirmando a equiparação entre a figura do consumidor e do usuário.

Fábio Jun Capucho⁵ partilha da orientação da aplicação ampla, partindo da premissa de que “melhor é o que atende mais de perto ao interesse do consumidor”,

⁵ CAPUCHO, Fábio Jun. O poder público e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, p. 96-116, 2002.

incidindo na inteligência de que o usuário de serviços públicos é consumidor nos termos do CDC.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁶ possui posicionamento similar, considerando que o art. 22 do CDC consiste em uma especialização das normas gerais do CDC, o que implicaria a caracterização do serviço público como relação de consumo, consignando que “nenhum dos direitos dos usuários estabelecidos poderá ser interpretado de modo a restringir o alcance de qualquer dos direitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor”.

Ressalte-se que a vertente da aplicação ampla reflete a pretensão de absorção de um instituto oriundo de um ordenamento jurídico estrangeiro sem atentar a algumas disparidades estruturais significantes. Assim, a internalização completa da disciplina do Direito do Consumidor, que possui sua raiz cultural na experiência norte-americana, revela-se inviável. Em relação a tal experiência, é de extrema valia colacionar lição de Marçal Justen Filho:

Ocorre que nos EUA, não se adota a noção de serviço público vigente entre nós. Todas as atividades econômicas se subordinam aos princípios fundamentais da livre iniciativa, com algumas ressalvas e limitações (mormente no tocante às chamadas *public utilities*). Ignora-se a concepção da titularidade estatal de certas atividades e não existe figura exatamente idêntica à da concessão de serviço público.⁷

Nesse sentido, sem desmerecer o posicionamento dos citados defensores da aplicação ampla, é forçoso concluir que a defesa do referido posicionamento açambarca uma tentativa de internalização que não pode vingar em função da disparidade de algumas concepções jurídicas chaves nos distintos ordenamentos jurídicos.

Assim, o acolhimento total do regime consumerista provoca imbróglgio no âmbito do serviço público, principalmente em função do fato de que o regime de serviço público assegura ao Estado, titular dos serviços, algumas faculdades e prerrogativas anômalas, não aplicáveis às relações de consumo.

Já em relação à fundamentação da aplicação ampla alicerçada na existência de dispositivos no âmago do CDC que fazem alusão direta ao serviço público, Cesar A. Guimarães⁸ a refuta, afirmando que “essas são normas de direito administrativo meramente veiculadas no CDC, as quais se aplicam aos serviços públicos federais em toda e qualquer situação”.

Em suma, a aplicação total e irrestrita do CDC ao regime de serviço público depara-se com obstáculos à medida que relações de consumo e de serviço público

⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, p. 164-175, out./dez. 2000.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 555.

⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 212.

constituem realidades normativas que se desdobram em planos jurídicos distintos. Transcreva-se excerto de um parecer de Egon Bockman Moreira:

[...] Nem mesmo a grandeza e importância de tal diploma permitiram a transposição das peculiaridades de cada hipótese fática e sua subsunção “automática” às previsões de defesa do consumidor. Ou seja, não basta a existência de um “serviço público” para que se aplique a Lei 8.078, irrestrita e imotivadamente, independente do que se passa no mundo dos fatos.⁹

2.2 Impossibilidade de aplicação do CDC aos serviços públicos

A afirmação de que os trechos do diploma consumerista que aludem à prestação de serviços públicos são normas de direito administrativo, meramente veiculadas pelo CDC, abre margem para o entendimento de que não é possível a aplicação, sob qualquer aspecto, do CDC ao regime dos usuários.

Posiciona-se nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho,¹⁰ que aponta que a posição de consumidor de serviços prestados pela Administração já era objeto de proteção antes da legislação consumerista e que tal disciplina, inerente ao direito administrativo, é a que rege a relação contratual entre consumidor e prestador do serviço público. Nesse sentido, o autor ressalta a proteção conferida ao usuário pelo próprio regime de direito administrativo, entendendo inaplicável a disciplina contratual do CDC, já que considera abrangente e suficiente a proteção fornecida pelo direito público.

Insta salientar que as faculdades e prerrogativas anômalas, condensadas em competências estatais, derivam da concepção de incumbir ao Estado a promoção da tutela e da defesa dos usuários do serviço público.

Nesse sentido, compreende-se que o regime do serviço público implica a atribuição de duas competências na pessoa do Estado, que não apenas presta o serviço, mas também regula as condições de sua prestação.

O problema é que essa cumulação de competências no âmago do regime de serviço público pode engendrar um potencial conflito de interesses, repercutindo na ausência de suficiente tutela ao usuário. Cite-se Marçal Justen Filho:

É que o exercício pelo Estado da sua competência regulatória tenderá a privilegiar seus interesses secundários, deixando em segundo plano o interesse dos usuários. Portanto, a pura e simples existência do serviço

⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Parecer. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 222, p. 322, out./dez. 2000.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A nova lei de licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o Poder Público como consumidor de bens e serviços. *Revista da Procuradoria de Justiça do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 93-115, 1995.

público não acarreta a necessária e satisfatória tutela do interesse do usuário.¹¹

Assim, diante das restrições inerentes ao regime de direito público, é insuficiente a mera atribuição de legitimidade aos usuários para questionar as decisões regulatórias.

Desse modo, a tarefa dos usuários de demonstrar e comprovar a insuficiência das soluções regulatórias produzidas pelo Estado agrava-se à medida que tais soluções são imbuídas de uma presunção absoluta de que são as mais vantajosas para os usuários, além do fato de que, em sua maioria, elas se subsumem ao conceito de discricionariedade administrativa, impossibilitando o controle sobre o mérito dos atos administrativos praticados no exercício da atividade de regulação.

Diante de tal cenário, é sintomática a contínua deterioração da qualidade dos serviços públicos, proporcionando a generalização de decisões que conduzem a equívocos e abusos que não são passíveis de serem questionados.

2.3 Aplicação parcial

Consolidando-se em uma posição equidistante entre as duas primeiras correntes, encontra-se a vertente que defende a aplicação parcial do regime consumerista ao regime do serviço público.

A pretensão de uma aplicação uniforme do CDC aos usuários de serviços públicos revelar-se-ia como absurda por implicar a desconsideração dos aspectos inerentes a cada regime jurídico. Já a inviabilidade de qualquer aplicação também é descabida, à medida que a cumulação de competências por parte da Administração proporciona uma posição sobrepujante ao ente público em relação aos usuários, que, supostamente, devem controlá-la no que tange à prestação do serviço público.

Desse modo, a corrente em questão possui como premissa a consagração do CDC como baluarte para a evolução nas relações administrativas atinentes ao serviço público, viabilizando novas perspectivas de interpretação e aplicação do regime de direito público diante de cenários nos quais seja evidente a similaridade das situações entre consumidores e usuários. Nessa linha, transcreva-se a lição de Cesar A. Guimarães Pereira:

De certo modo, o Direito do Consumidor desempenha um papel relevante nessa modificação por integrar o conjunto de expectativas dos usuários e por fornecer, ao direito público, novos instrumentos e padrões de pensamento. [...] Esse propósito é pertinente e compatível com o regime de direito público. [...] a consagração legislativa desse “modo de pensar”

¹¹ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 556.

legítima, estimula e facilita seu desenvolvimento concreto no campo do serviço público.¹²

A partir da referida premissa, é possível firmar intelecção no sentido de que os dispositivos do CDC, que tangem as relações de serviço público, devem ser compreendidos como uma seção estanque do diploma consumerista, ou seja, como normas de natureza diversa pelo fato de possuírem pressupostos distintos em função de estarem atreladas a uma matriz constitucional distinta daquela que abrange as relações de consumo.

Nessa linha, não obstante tal diferença, é viável a assunção da existência de pontos de comunhão entre os regimes do usuário e do consumidor, que são determinantes para a interação e conseqüentemente a influência que o regime consumerista pode exercer no regime do usuário.

Assim, a magnitude da referida influência é condicionada pela liberdade outorgada aos prestadores de serviço público. Nesse sentido, quanto maior for essa liberdade, mais especificamente relacionada à liberdade de organização econômica dos serviços, típica de cenários caracterizados pela competição entre prestadores, maior poderá ser tal influência.

Nessa esteira, depreende-se que os pontos de aplicação do CDC consistem nas situações em que a execução dos serviços públicos tende a se aproximar do regime de mercado, mediante a intensificação da competição e consolidação de maior liberdade de escolha econômica, tanto para usuários como para concessionários, transformando aqueles, gradativamente, em agentes do mercado.

Importante ressaltar que a viabilidade da aplicação parcial, ainda que nos cenários que, de fato, exista uma aproximação na situação entre utentes e consumidores, é muito mais em função de uma omissão legislativa, plasmada pela ausência da lei que deveria disciplinar os incisos I e II do §3º do art. 37 da Constituição Federal, do que em prol de uma assimilação teórica entre as figuras de usuário e consumidor que poderia gerar o imbróglio de uma identidade única para ambas as posições.¹³

3 Análise dos fundamentos e objetivos da Lei nº 12.741/2012

Conforme exposto anteriormente, o regime jurídico correspondente aos usuários de serviço público é distinto do regime jurídico aplicável aos consumidores. O primeiro

¹² PEREIRA. Administração Pública e direito do consumidor. In: ARAGÃO; MARQUES NETO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 353.

¹³ Acerca da matéria, vale ressaltar que o Conselho Federal da OAB apresentou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 24-DF em face do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, haja vista a ausência de regulamentação do artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1988. Ainda sobre a ausência de edição legislativa a respeito do tema, observa-se que tramita o Projeto de Lei nº 6.953/2002 perante a Câmara dos Deputados, sem previsão de data para aprovação, todavia.

encontra-se inserido no âmbito do regime jurídico de direito público e o segundo no bojo do regime de direito privado.

Fixada essa premissa, importante analisar o diploma legal em comento para identificar se é aplicável ou não ao caso em tela.

O legislador ordinário, conforme disposto na ementa da Lei nº 12.741/12, embasou sua edição no artigo 150, §5º, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 150 [...] §5º – A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Nesse sentido, é possível afirmar que o fundamento constitucional da referida norma corresponde ao regime jurídico consumerista, o que leva a crer que *a intenção do legislador foi determinar a aplicação da referida Lei apenas às relações jurídicas de consumo*. E isso também decorre da interpretação do artigo 1º da supracitada lei:

Art. 1º Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda.

Resta claro, nesse sentido, que a intenção da Lei encontra-se diretamente alinhada com o âmbito do consumidor, cujo regime é de direito privado.

Para se cogitar a aplicação desse diploma legal ao regime jurídico dos serviços públicos, ao menos o fundamento constitucional da Lei nº 12.741/12 deveria corresponder ao artigo 175 da Constituição, que versa sobre a prestação desses serviços, o que, como visto, não ocorre.

Ainda na hipótese de a norma em destaque não ter fundamento no artigo 175 da Constituição Federal, seria possível vislumbrar sua aplicação no âmbito das concessões na hipótese de a própria lei ter expressamente determinado sua aplicação.

Como não se nota nenhum dos cenários acima elencados, é possível afirmar, apenas por essas razões, que a Lei nº 12.471/12 não incide no âmbito das concessões de serviço público.

A despeito de a Lei nº 12.741/12 não se aplicar ao caso em tela, vale pontuar que a finalidade por ela perquirida — no caso, a demonstração dos tributos que incidem na prestação dos serviços — já é um direito assegurado dos usuários dos serviços públicos. Vejamos.

Em uma relação consumerista, parte-se da premissa de que o consumidor desconhece os tributos incidentes sobre a prestação de serviços ou aquisição de bens. No caso do usuário de serviço público, por outro lado, essa informação não é por

ele desconhecida. O Edital de Licitação que visa celebrar o contrato de concessão já estabelece todos os tributos que incidirão sobre a exploração da concessão de serviço público e, na maioria das vezes, esses tributos devem estar expressos nas propostas comerciais.

O regime tributário incidente sobre a prestação dos serviços faz parte da equação econômico-financeira do contrato, de forma que todas essas informações e documentos são públicos e de livre acesso aos usuários, que podem, a qualquer momento, obter essa informação, tanto junto ao Poder Concedente quanto ao ente regulador competente.

Não obstante o regime jurídico de direito já atender a publicidade dos tributos que incidem na exploração do serviço público, importante destacar ainda que é dever das concessionárias, nos termos do art. 31, inciso V, da Lei Federal nº 8.987/95, permitir ao ente fiscalizar amplo acesso aos seus registros contábeis, viabilizando, portanto, o acompanhamento permanente do cumprimento das obrigações fiscais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 12.741/12 não incide nos contratos de concessão rodoviária, visto que seu objetivo é assegurar ao consumidor hipossuficiente o acesso às informações tributárias pertinentes, sendo certo que o regime jurídico de direito público possui mecanismos que já garantem aos usuários esse mesmo direito.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARIANI JUNIOR, Percival José; SARTAL, Estevam Palazzi; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público: a obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas à recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 229-239, jan./jun. 2014. Parecer.

Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens

Guilherme Corona Rodrigues Lima

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1 Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de..., aduzindo, em síntese, que celebrou convênio com a União Federal, materializado em contrato de repasse, objetivando a transferência de verbas para a construção de imóvel para abrigar uma Unidade Básica de Saúde (UBS), bem como para posterior repasse de valores para a operação da unidade.

Afirma que em ambas as fases do projeto objeto da avença, tanto na de construção como na de operacionalização da Unidade, a Prefeitura Municipal contribuiria com contrapartida financeira que, juntamente com o valor repassado pela União, seria utilizada para a edificação do imóvel e operação da UBS.

Atualmente, os recursos federais e a contrapartida Municipal foram integralmente aplicados na construção do imóvel, sendo certo que o Município não possui recursos para oferecer sua contrapartida para operação da UBS, de modo que não conseguiria cumprir a chamada “segunda fase do convênio”.

Indaga-nos, então, como proceder diante do cumprimento parcial do convênio e sobre a possibilidade de devolução de recursos para a União Federal, bem como o procedimento para tanto.

É a síntese do necessário. Passamos a opinar.

2 Da necessária distinção entre contratos administrativos e convênios

A questão que se coloca exige, para o correto enfrentamento do tema, a prévia diferenciação entre contrato e convênio e o regime a ele aplicado.

Cediço é que uma das figuras jurídicas tidas como acordo de vontades no âmbito do Direito Administrativo é o chamado convênio, que nada mais é do que acordo de vontades objetivando o atingimento de interesses convergentes dos convenientes.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesses comum dos partícipes. [...]

No convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo apenas haver diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.

Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.²

Segundo a autora, as principais diferenças entre convênios e contratos dizem respeito ao fato de que no contrato os interesses são opostos e no convênio são convergentes, objetivando-se um resultado comum; os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem para alcançá-los, sendo que no convênio há a mútua colaboração, como o repasse de verbas.³

Na precisa lição de Lucas Rocha Furtado:

o convênio é formado entre dois ou mais entes em vista de seu interesse comum, e apenas se suas respectivas expectativas individuais estiverem atendidas. Esse é o aspecto caracterizador do convênio. Tratando-se de interesses comuns e atendimento das expectativas individuais, não há que se falar em “melhor proposta”, mas apenas em rateio de custos e benefícios entre todos os partícipes.⁴

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 309.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336-337.

³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 337.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 281.

Tem-se, então, que o contrato é acordo de vontades que objetiva a busca de interesses divergentes entre os contratantes, sendo certo que, como regra, de um lado uma das partes objetivará o legítimo direito ao lucro e a outra parte objetivará o atendimento de determinada prestação que lhe seja útil e necessária.

No convênio, por sua vez, ambas as partes objetivam o mesmo interesse, convergindo vontades e recursos para a busca de um desiderato comum.

Mesmo entendendo ser desnecessária e muitas vezes sem fundamento as diferenças entre contrato administrativo e convênio trazidas pela doutrina, Fernando Dias Menezes de Almeida afirma ser o convênio um módulo convencional de cooperação, “expressão que ressalta a ideia de atuação conjunta para um mesmo fim”.⁵

E continua o citado autor, afirmando que:

Como proposto de início, é elemento essencial dessas figuras englobadas genericamente na noção de módulos convencionais de cooperação a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas.⁶

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos.

3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerentes às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei nº 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas “no que couber”.⁷

À guisa de conclusão, portanto, os convênios são celebrados no âmbito da Administração Pública com o objetivo de se alcançar, mediante mútua cooperação e aplicação de recursos, um objetivo comum das partes convenientes, diferindo-se dos contratos administrativos pelo fato destes representarem interesses divergentes das partes.

3 Dos convênios celebrados pela União Federal com os Municípios – Uma breve síntese sobre seu regramento

⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 240.

⁶ ALMEIDA. *Contrato administrativo*, p. 241.

⁷ RMS nº 30.634/SP, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 15.06.2010, *DJe*, 28 jun. 2010.

Comum, no âmbito da União Federal, a celebração de convênios com os Municípios objetivando o repasse de valores, mediante a aplicação de uma contrapartida, para o atingimento de determinada finalidade dentro das competências federativas comuns dos entes convenientes, como ocorre nas áreas de saúde e educação, por exemplo.

Segundo Irene Patrícia Nohara:

Trata-se de forma usual de concretizar incentivos — como auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais —, favorecendo a iniciativa privada de interesse público. O Decreto nº 6.170/07, alterado pelo Decreto nº 6.428/08, estabelece regras relativas às transferências de recursos da União mediante convênios.⁸

Como regra, ditos convênios são materializados pelos denominados “contratos de repasse”.

Conforme ensina Fernando Dias Menezes de Almeida:

De rigor, a essência do convênio também se faz presente nos contratos de repasse. Tanto assim que o próprio Decreto n. 6.170/07, em diversos de seus dispositivos, refere-se conjuntamente a “convênio ou contrato de repasse”.

O Decreto Federal n. 6.170/07, tratando genericamente dos convênios que envolvam repasse de recursos financeiros federais a entidades públicas estaduais ou municipais, ou a entidades privadas sem fins lucrativos, também criou uma denominação própria, em seu art. 1º, II, para o “instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União”. É o dito contrato de repasse.⁹

Os convênios encontram respaldo legal no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que aqueles celebrados pela União Federal encontram guarida, também, no Decreto Federal nº 6.170/07.

Diante da consulta formulada, o objeto do presente estudo se limitará aos convênios celebrados entre os entes federativos, não sendo o caso de se tratar, nesta sede, de outros ajustes também tidos como convênios celebrados entre entes públicos e particulares, como os contratos de gestão e os termos de parceria.

Conforme colocado, os convênios objetivam atender interesses comuns e convergentes das partes convenientes, mediante a delimitação de um objeto a ser cumprido e o repasse das respectivas quantias financeiras necessárias para o atingimento deste fim.

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 433.

⁹ ALMEIDA. *Contrato administrativo*, p. 246-247.

Necessário se faz, para a celebração do ajuste, nos termos do artigo 116, §1º, da Lei nº 8.666/93, a aprovação de plano de trabalho a ser executado, com fixação de metas a serem atingidas e cronograma de desembolso a ser observado, bem como deve o ente conveniado dar ciência da celebração do termo ao respectivo Poder Legislativo que, no caso do Município, é a Câmara Municipal.

Quando da celebração de ajustes como estes, em especial quando envolvida a União Federal, conforme já colocado, comum se mostra o estabelecimento de obrigação concernente a entrega de uma determinada contrapartida, seja em bens ou em dinheiro para, em conjunto com o recurso recebido do concedente, alcançar-se o objeto do ajuste.

Na lição de Irene Nohara:

O dinheiro repassado fica vinculado à utilização prevista no ajuste, mantendo sua natureza de dinheiro público. O executor do convênio sujeita-se ao controle financeiro e orçamentário previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição.¹⁰

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.¹¹

Por se tratar de valor vinculado à consecução de determinado ajuste, os repasses recebidos devem ser movimentados em conta exclusiva do convênio bem como as contrapartidas oferecidas devem ser, obrigatoriamente, aplicadas em tal conta para depois serem destinadas ao objeto do convênio, não podendo referidos recursos, em hipótese alguma, serem aplicados em objeto diverso do conveniado, tudo isso nos moldes do artigo 24, §1º, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 e do artigo 116, §5º, da Lei nº 8.666/93.

Ao final, o ente responsável pela celebração do ajuste e recebimento dos valores estará sujeito a prestação de contas perante o órgão repassador.

Os saldos do convênio, enquanto não utilizados, devem ser aplicados obrigatoriamente em cadernetas de poupança ou em fundo de aplicação financeira, nos termos do §4º do artigo 116 da Lei de Licitações.

¹⁰ NOHARA. *Direito administrativo*, p. 433

¹¹ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 337.

Nessa linha, é cláusula obrigatória de qualquer convênio, nos termos do artigo 7º, inciso XI, da Instrução Normativa STN nº 1/97: “a obrigatoriedade de restituição de eventual saldo de recursos, inclusive os rendimentos da aplicação financeira, ao concedente ou ao Tesouro Nacional, conforme o caso, na data de sua conclusão ou extinção”.

De outra banda, quando se verificar a aplicação irregular dos valores oriundos do ajuste celebrado com a União, o artigo 79 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 determina que:

Art. 79. No caso de irregularidades e descumprimento pelo conveniente das condições estabelecidas no Contrato de Repasse, o concedente, por intermédio condições estabelecidas no Contrato de Repasse, o concedente, por intermédio de suas unidades gestoras, suspenderá a liberação das parcelas previstas, bem como determinará a suspensão do desbloqueio dos valores da conta vinculada do Contrato de Repasse, até a regularização da pendência.

§1º A utilização dos recursos em desconformidade com o Contrato de Repasse ensejará obrigação do conveniente devolvê-los devidamente atualizados, conforme exigido para a quitação de débitos para com a Fazenda Nacional, com base na variação da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao da devolução dos recursos, acrescido esse montante de 1% (um por cento) no mês de efetivação da devolução dos recursos à Conta Única do Tesouro.

§2º Para fins de efetivação da devolução dos recursos à União, a parcela de atualização referente à variação da SELIC será calculada proporcionalmente à quantidade de dias compreendida entre a data da liberação da parcela para o conveniente e a data de efetivo crédito, na Conta Única do Tesouro, do montante devido pelo conveniente.

O parágrafo 6º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 prevê que o convênio pode ser denunciado a qualquer tempo por qualquer das partes, devendo o valor remanescente ser devolvido, devidamente acrescido dos saldos das receitas obtidas das aplicações financeiras, *in verbis*:

§6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

No mesmo sentido, o artigo 12 do Decreto Federal nº 6.170/07:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Parágrafo único: Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de trinta dias do evento, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Ocorre, porém, que a Lei nº 8.666/93 e a Portaria preveem casos de devolução dos valores remanescentes do convênio bem como os obtidos com sua aplicação em instituições financeiras e também em casos de aplicação irregular de recursos, sendo silente, portanto, para os casos como o presente, não havendo previsão legal, assim, de como se deve proceder em casos no qual há a impossibilidade financeira de execução do convênio até o seu final.

4 Da ausência de previsão legal expressa de devolução de valores de repasse de convênio diante da impossibilidade de cumprimento e a possibilidade legal de devolução mediante interpretação sistemática das regras aplicáveis

Assim, diante do silêncio normativo quanto à forma de devolução de recursos no caso em que não é possível se cumprir a totalidade do convênio, em especial quando parte dos recursos já foi aplicada na execução de obra que se encontra pronta e acabada, torna-se necessário fixar, via estudo do sistema, a solução a ser dada à questão.

A nós nos parece que a melhor solução a ser adotada, diante da impossibilidade de cumprimento da contrapartida na segunda fase de execução do convênio e ante a integral execução da obra objeto do ajuste, obra esta necessária e anterior a fase final, é a rescisão amigável do ajuste com a conseqüente devolução do valor recebido e aplicado na construção da Unidade Básica de Saúde (UBS), com os consectários legais previstos no artigo 79 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, aplicado a espécie por analogia.

Isto porque, diante da denúncia do convênio por parte do Município, que se vê impossibilitado economicamente de entregar sua contrapartida, frustrou ele o interesse da União Federal em ver a obra da Unidade Básica de Saúde (UBS) executada e em funcionamento.

Ao que tudo indica, o interesse da União no convênio firmado existiria somente com o integral funcionamento da Unidade Básica de Saúde, não sendo interessante para ela apenas a construção do prédio.

E, diante da impossibilidade econômica do Município em arcar com sua contrapartida também na fase de execução das operações da UBS, outra solução não resta senão a denúncia do ajuste, com a devolução, pela municipalidade, do dinheiro federal aplicado na construção do prédio e consequente incorporação do imóvel no patrimônio municipal, dando a ele outra destinação de interesse público, já que encontra-se pronto e acabado.

Na precisa lição de Edmir Netto de Araújo, pelo fato do ajuste não ser um contrato, mas sim um convênio, não há qualquer vinculação entre as partes que as obriguem a permanecer vinculadas a ele durante certo período de tempo ou mesmo cláusula que impeça a denúncia do convênio e que aplique sanções em casos como estes:

a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença).¹²

Há que se salientar, ainda, que diante da rescisão do ajuste, como dito, não há que se falar na aplicação de qualquer sanção ao Município, já que diante do princípio da igualdade federativa, União e Município encontram-se em pé de igualdade na avença, não sendo possível, então, a aplicação de qualquer tipo de penalidade pela União.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

Num convênio, não existem prerrogativas extraordinárias. Isso significa a impossibilidade de uma parte invocar competências anômalas próprias dos contratos administrativos.¹³

Não é necessário, ademais, a comunicação da rescisão à Câmara de Vereadores, como requisito formal do ato, visto que se não é necessária a autorização dela para celebração do ajuste (artigo 116, §2º, da Lei nº 8.666/93), a *contrario sensu*, não será necessária a sua autorização para a rescisão.

Em caso análogo de rescisão do termo de ajuste de convênio, analisado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no TC nº 026169/026/09, j. 13.08.2013, Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, assim restou decidido:

Repassada, pela Secretaria, a 1ª parcela, solicitou o Município a rescisão do convênio, sob o argumento de que este teria restado inviabilizado, diante da rejeição do pertinente projeto de lei por parte da Câmara Municipal.

¹² ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 146.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1091.

Devolvidos os recursos repassados, acrescidos dos rendimentos auferidos, firmaram os partícipes, em 21 de outubro de 2009, termo de rescisão amigável (fls. 14/15), dando-se mutuamente plena quitação. [...]

Diante do exposto, [...], aprovo a prestação de contas [...].

A devolução do dinheiro aplicado na obra se dá, em verdade, em observância ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa por parte da Administração Municipal, devendo os valores ser devidamente corrigidos nos termos expostos anteriormente.

Entendemos pela aplicação analógica do artigo 79 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, para fins de correção monetária, pois não houve a aplicação dos recursos em instituições financeiras, o que impossibilitaria a correção monetária prevista no artigo 116, §4º, da Lei nº 8.666/93, sendo que o único índice possível de ser aplicado, na espécie, seriam os mencionados na aludida Portaria.

Assim, é plenamente possível a devolução dos valores recebidos, ante a denúncia do convênio celebrado, não podendo a União aplicar qualquer tipo de sanção ao Município.

Ademais, com a devolução, afasta-se igualmente qualquer possibilidade de inscrição da Administração Municipal no Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público federal, o chamado “CADIN”, estatuído pela Lei nº 10.522/2002.

5 O procedimento a ser adotado para destinação de recursos com vistas à devolução dos valores

Para fins de devolução dos valores apurados, aí compreendidos os recursos federais aplicados devidamente corrigidos nos termos acima expostos, deverá o Poder Executivo encaminhar projeto de lei à Câmara Municipal solicitando a abertura de crédito adicional no orçamento, na modalidade de crédito especial, para fins de restituição do valor mencionado, sendo certo que a abertura de crédito especial torna-se necessária em função de não haver no orçamento vigente previsão legal para execução de tal desiderato.

Dispõe o artigo 40 da Lei nº 4.320/64 que “são créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento”.

E, nos termos do artigo 41, inciso II, da Lei nº 4.320/64, os créditos adicionais classificam-se em especiais quando destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, sendo certo que a abertura desses créditos adicionais exige a existência de recursos disponíveis e não comprometidos e prescinde de correta exposição de motivos acerca da sua necessidade.

Nesse sentido, a lição de Afonso Gomes Aguiar:

Afora a existência de recursos financeiros exigida legalmente, para atender às despesas a serem amparadas pelos citados créditos, exige a verba de lei que a sua abertura seja precedida de uma exposição de motivos, onde fiquem consubstanciadas as razões que justifiquem a necessidade da abertura dos mesmos. Como a abertura desses créditos é feita por Decreto depois de autorizada por lei, deve-se compreender que a justificativa prévia aqui exigida é da obrigação do Chefe do Poder Executivo que a dirige ao Poder Legislativo, no momento em que remete a este o Projeto de Lei propondo autorização para a abertura de créditos referidos.¹⁴

Cediço é que o crédito especial só pode ser aberto para a realização de algo novo, não previsto na lei orçamentária anual, como o caso de devolução de recursos recebidos por meio de convênio.

Imperioso destacar, ainda, que nos termos do artigo 167, §2º, da Constituição Federal, “os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente”.

Assim, de rigor o envio de projeto de Lei à Câmara Municipal solicitando a abertura de novo item de despesa, de natureza especial, para fins de devolução dos valores recebidos, sendo certo que, quando aprovada a Lei Municipal, o respectivo crédito será aberto por meio de Decreto do Poder Executivo.

6 Da natureza jurídica do imóvel construído após a devolução dos recursos

Os bens públicos podem ser classificados, quanto à sua destinação, em três categorias, nos termos do artigo 99 do Código Civil, a saber: bem de uso comum do povo, bem de uso especial e bem de uso dominical.

Os bens de uso comum do povo, conforme a própria dicção legal nos mostra, são os rios, mares, ruas, estradas e praças. Já os de uso especial são aqueles afetados a uma destinação pública, sendo que os bens de uso dominical, por sua vez, são os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público enquanto objeto de direito real ou pessoal de cada uma dessas entidades.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quanto à destinação, os bens, como resulta do art. 99 do novo Código Civil, classificam-se em:

¹⁴ AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro*: a Lei nº 4.320: comentada ao alcance de todos. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 303-304.

- a) de uso comum – são os destinados ao uso indistinto de todos, como os mares, ruas, estradas, praças etc.;
- b) de uso especial – são os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública;
- c) dominicais, também chamados dominiais – são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. O parágrafo único do citado artigo pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário.¹⁵

Entendemos que, operada a devolução dos valores, o imóvel construído anteriormente com o dinheiro federal passa agora a ser de propriedade e uso exclusivo do Município, sendo considerado bem dominical, nos termos do artigo 99, inciso III, do Código Civil, já que não possui uma destinação definida, podendo a Administração afetá-lo a utilização de um serviço público, ocasião em que passará a ser considerado bem de uso especial (artigo 99, inciso II, do Código Civil) ou mesmo aliená-lo a terceiros, observando o procedimento próprio para tanto, nos termos do artigo 101 do Código Civil.

7 Conclusão

Conclui-se, portanto, que o convênio se distingue do contrato administrativo por se tratar de cooperação entre entes que visam o atingimento de um objetivo comum, diferindo do contrato administrativo pelo fato deste prever o atendimento de interesses divergentes e a pactuação de pagamento de preço.

No caso em análise, por se tratar de convênio celebrado entre a União Federal e o Município, tendo por objeto a construção de Unidade Básica de Saúde e sua posterior operacionalização, objeto este a ser realizado em duas fases e com contrapartida financeira da Administração Municipal em ambas, ante a impossibilidade de o Município cumprir com sua obrigação na segunda fase do projeto e diante do fato da obra objeto da primeira fase estar concluída, outra alternativa não resta à Administração senão denunciar ou rescindir o convênio, operando a devolução do valor da contrapartida já recebida, valor este que deve ser devidamente corrigido.

Como o convênio não tem natureza contratual, o que faz com os entes convenientes estejam em pé de igualdade, não há que se falar, portanto, na aplicação das

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 930.

clássicas sanções contratuais, que só poderia se dar em face de entidades privadas e nunca contra entidades públicas, ante a igualdade federativa existente.

A devolução dos valores, devidamente corrigidos nos termos do artigo 79 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, que irá ocorrer, não configura sanção e se dá em homenagem ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, sendo certo que isto impede a inscrição do Município no cadastro de inadimplementos previsto na Lei nº 10.522/2002, o chamado CADIN.

Com a devolução dos valores, poderá a Administração utilizar-se do imóvel para qualquer fim público ou mesmo aliená-lo, sendo que no primeiro caso será considerado com bem de uso especial e no segundo como bem de uso dominical.

É o que nos parece, s.m.j.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste: forma de devolução dos valores recebidos e aplicados: natureza jurídica dos bens. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 241-252, jan./jun. 2014. Parecer.

Índice

	página		página
Autor		LIMA, Guilherme Corona Rodrigues	
BARIANI JUNIOR, Percival José		- <i>Parecer</i> : Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens	241
- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012).....	229	LOVATO, Rafael Porto	
CARVALHOSA, Modesto		- <i>Artigo</i> : Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas	63
- <i>Parecer</i> : Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria	209	PARLATORE, Antonio Carlos	
CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de		- <i>Artigo</i> : Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura	193
- <i>Artigo</i> : Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas	63	SAADI, Mário	
DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz		- <i>Artigo</i> : O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos	133
- <i>Artigo</i> : Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa	53	SACRISTÁN, Estela B.	
DAL POZZO, Augusto Neves		- <i>Artigo</i> : Control de constitucionalidad en el arbitraje.....	41
- <i>Artigo</i> : Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura	193	SANTOS NETO, Raul Dias dos	
DARDANI, Marina Centurion		- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012).....	229
- <i>Artigo</i> : A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras	155	SARTAL, Estevam Palazzi	
HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael		- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012).....	229
- <i>Artigo</i> : La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general	13	SOUZA, Eduardo	
KLOSS, Renato Otto		- <i>Artigo</i> : Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados	107
- <i>Artigo</i> : O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública	87		

Título	página	Título	página
BREVE ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas - <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato 63	63	REGULACIÓN de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general, La - <i>Artigo de:</i> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael..... 13	13
CONTRATO de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública, O - <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87	87	SUBSIDIÁRIA integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria - <i>Parecer de:</i> Modesto Carvalhosa 209	209
CONTROL de constitucionalidad en el arbitraje - <i>Artigo de:</i> Estela B. Sacristán 41	41	Assunto	
MÉTODO de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura - <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	193	A	
NOMEAÇÃO de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa, Da - <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo..... 53	53	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - <i>Ver:</i> O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87	87
NOVA Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados - <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107	107	ADMINISTRADOR - <i>Ver:</i> Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53	53
PARTICIPAÇÃO do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras, A - <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155	AGÊNCIAS REGULADORAS - <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155
PLANEJAMENTO da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos, O - <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	133	ATIVIDADE PORTUÁRIA - <i>Ver:</i> Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107	107
POSSIBILIDADE jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens - <i>Parecer de:</i> Guilherme Corona Rodrigues Lima 241	241	ATOS NORMATIVOS - <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155
REGIME jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012) - <i>Parecer de:</i> Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal, Raul Dias dos Santos Neto 229	229	C	
		CONCESSÃO - <i>Ver:</i> O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	133

página	página
CONTRATO DE ALIANÇA	INVESTIMENTOS PRIVADOS
- <i>Ver:</i> O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss..... 87	- <i>Ver:</i> Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107
CUSTEIO	INVESTIMENTOS
- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193
D	L
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	LICITAÇÃO
- <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	- <i>Ver:</i> O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133
E	O
EQUITY	OBRAS PÚBLICAS
- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- <i>Ver:</i> O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87
F	ORDENAMENTO JURÍDICO
FASE INTERNA	- <i>Ver:</i> Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53
- <i>Ver:</i> O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	P
FINANCIAMENTO	PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- <i>Ver:</i> O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133
I	- <i>Ver:</i> Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato..... 63
IMPOSTOS	PARTICIPAÇÃO POPULAR
- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	PAYBACK
- <i>Ver:</i> Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53	- <i>Ver:</i> Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193

página	página
PLANEJAMENTO ECONÔMICO-FINANCEIRO	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)	
- Ver: O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi.....	133
PROJECT FINANCE	
- Ver: Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato.....	63
R	
RECEITAS ARRECADADAS	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
RISCO REGULATÓRIO	
- Ver: Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza	107
S	
SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
T	
TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR)	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
TROBRIAND CRICKET	
- Ver: Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato.....	63

Instruções para os autores

A *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, ISSN 2238-1511, com periodicidade semestral, é um periódico voltado à reflexão sobre o desenvolvimento de infraestruturas no Brasil. A partir de uma visão multidisciplinar, reúnem-se artigos de reconhecidos especialistas nacionais e estrangeiros, bem como pareceres jurídicos de grande relevância e atualidade.

As propostas de artigos para edição em nossas revistas deverão ser enviadas para <rbinf@ibeji.org.br>. Os trabalhos deverão ser acompanhados dos seguintes dados: nome do autor, sua qualificação acadêmica e profissional, endereço completo, telefone e *e-mail*.

Os textos para publicação na *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF* deverão ser *inéditos* e para publicação *exclusiva*. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos.

A revista reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

Os trabalhos deverão ser redigidos em formato Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados. O tamanho do papel deve ser A4 e as margens utilizadas idênticas de 3cm. Número médio de 15/40 laudas.

Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica. A escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de textos anteriores ao Acordo devem respeitar a ortografia original.

Os originais dos artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: título do artigo (na língua do texto e em inglês), nome do autor, filiação institucional, qualificação (mestrado, doutorado, cargos etc.), resumo do artigo, de até 250 palavras (na língua do texto e em inglês – *Abstract*), palavras-chave, no máximo 5 (na língua do texto e em inglês – *Key words*), sumário do artigo, epígrafe (se houver), texto do artigo, referências. O autor deverá fazer constar, no final do artigo, a data e o local em que foi escrito o trabalho de sua autoria.

Recomenda-se que todo destaque que se queira dar ao texto seja feito com o uso de itálico, evitando-se o negrito e o sublinhado. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores; as citações textuais longas (mais de três linhas) devem constituir um parágrafo

independente, com recuo esquerdo de 2cm (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10; as citações textuais curtas (de até três linhas) devem ser inseridas no texto, entre aspas e sem itálico. As expressões em língua estrangeira deverão ser padronizadas, destacando-as em itálico. O uso de *op. cit.*, *ibidem* e *idem* nas notas bibliográficas deve ser evitado, substituindo-se pelo nome da obra por extenso.

Os trabalhos serão selecionados pelos Diretores e Conselho Editorial da revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista com a publicação do seu texto.

Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), em arquivos de extensão .jpg, .tif, .eps, ou arquivos do Photoshop (.psd), formato vetorial CorelDRAW (.cdr) ou Adobe Illustrator (.ai).

As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Eventuais dúvidas poderão ser aclaradas pelo telefone (31) 2121-4913 ou pelo e-mail <conselhorevistas@editoraforum.com.br>.