



RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS BILATERAIS

Maria Tereza Fonseca Dias
Carlos Victor Muzzi Filho
José Eduardo Sabo Paes
[Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS,
DIREITO E DEMOCRACIA

Maria Tereza Dias [coord.]

v. 8

 editora
D'PLÁCIDO

RELAÇÕES
ADMINISTRATIVAS
BILATERAIS



UNIVERSIDADE
FUMEC



editora
D'PLÁCIDO

RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS BILATERAIS

Maria Tereza Fonseca Dias
Carlos Victor Muzzi Filho
José Eduardo Sabo Paes
[Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS,
DIREITO E DEMOCRACIA

Maria Tereza Fonseca Dias [coord.]

v. 8

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Os autores.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Tales Leon de Marco

*(Sob imagem de Paul Cézanne [Mont
Sainte-Victoire 1904 - Detalhe] licenciado
pelo Wikicommons)*

Diagramação

Christiane Moraes de Oliveira

**COLEÇÃO INSTITUIÇÕES SOCIAIS,
DIREITO E DEMOCRACIA**

COORDENAÇÃO

Maria Tereza Fonseca Dias

Revisão e Colaboração

NÚCLEO DE PESQUISA DO Mestrado em Direito da FUMEC

Ms. Gustavo Matos de Figueirôa Fernandes (Coordenador)

Ms. Renato Horta Rezende (Membro)

Tamer Fakhoury Filho (Membro)

Laura Campolina Monti (Membro)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843 , Savassi

Belo Horizonte - MG

Tel.: 3261 2801

CEP 30140-007



**UNIVERSIDADE
FUMEC**



Catálogo na Publicação (CIP)

RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS BILATERAIS. Maria Tereza Fonseca Dias; Carlos Victor Muzzi Filho; José Eduardo Sabo Paes [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia -- vol. 8 -- Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-482-8

1. Direito . 2. Coleção. Título. II. Direito

CDU343

CDD340

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	7
---------------------	---

<i>Capítulo 1</i>	11
-------------------	----

A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES
NOS CONTRATOS DE PPP E A
ARBITRAGEM COMO MEIO DE
MITIGAÇÃO DOS CUSTOS DE
TRANSAÇÃO DIANTE DA
INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA
Marília Gabriela de A. M. Pereira

<i>Capítulo 2</i>	41
-------------------	----

CONTRATOS SOBRE EXERCÍCIO
DE PODERES PÚBLICOS: UMA OUTRA
ABORDAGEM DOS CONTRATOS
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Bruna Rodrigues Colombarolli

<i>Capítulo 3</i>	67
-------------------	----

MECANISMOS DE CONTROLE
DAS PARCERIAS ENTRE O ESTADO
E O TERCEIRO SETOR
Jéssica Figueiredo
George Sarmiento

O FOMENTO NO ESTADO REGULADOR
LEI Nº 13.019/2014 – MARCO REGULATÓRIO
PARA O TERCEIRO SETOR

Cristina Maria Vasconcelos Falcão

PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA COM AS ORGANIZAÇÕES
DA SOCIEDADE CIVIL: ANÁLISE DA
LEI Nº 13.019/2014 COMO NORMA
GERAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Maria Tereza Fonseca Dias

Stefânia de Matos Bonin

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea integra uma coleção de 10 (dez) obras publicadas pela Editora D'Plácido com o apoio da Funadesp (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular) e da Fundação Mineira de Educação e Cultura

O trabalho é fruto do esforço do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Fumec (PPGD – Mestrado em Direito) em consolidar redes de pesquisa entre os demais PPGDs brasileiros que atuam nas áreas das “Instituições Sociais, Direito e Democracia”, alicerce das linhas de pesquisas em desenvolvimento: “Autonomia privada, regulação e estratégia” e “Esfera pública, legitimidade e controle”. O escopo dessa área de atuação e linhas de pesquisa é tratar das interseções entre os setores público e privado.

Os trabalhos foram selecionados pelos docentes coordenadores (da Universidade Fumec e de 9 PPGD's parceiros, de distintas IES) com o apoio do Núcleo de Pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Fumec, a partir da divulgação de edital de convocação publicado, em abril de 2016, em diversos meios de divulgação, entre os quais o site do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Durante o segundo semestre de

2016, os trabalhos selecionados foram devolvidos aos autores para ajustes, complementações e adaptações editoriais.

Participaram da chamada de trabalhos, PPGD's de todas as regiões brasileiras, tendo sido selecionados 55 textos para compor as coletâneas, segundo o campo temático respectivo, de IES de 13 estados da federação brasileira (MG, RN, SP, PR, RS, RJ, MS, DE, PA, AM, MA, PE e PB).

A presente coletânea, ao tratar das Relações Administrativas bilaterais – uma das áreas de investigação da linha “Esfera pública, legitimidade e controle” – explorou as temáticas das parcerias da Administração Pública com as entidades do terceiro setor; os contratos de parceria público-privada (PPP) e as novas formas de contratação pública.

Os trabalhos selecionados para esta coletânea, abordaram os seguintes temas:

- O fomento no estado regulador: Lei nº 13.019/2014 – marco regulatório para o terceiro setor, de Cristina Maria Vasconcelos Falcão (UERJ);
- Mecanismos de controle das parcerias entre o estado e o terceiro setor, de Jéssica Figueiredo e George Sarmiento (UFPB);
- Parcerias da administração pública com as organizações da sociedade civil: análise da Lei nº 13.019/2014 como norma geral de contratação pública, de Maria Tereza Fonseca Dias e Stefânia de Matos Bonin (UFMG/FUMEC);
- A assimetria de informações nos contratos de PPP e a arbitragem como meio de mitigação dos custos de transação diante da ineficiência regulatória, de Marília Gabriela de A. M. Pereira (UFPB);

- Contratos sobre exercício de poderes públicos: uma outra abordagem dos contratos da Administração Pública, de Bruna Rodrigues Colombarolli (UFMG/FUMEC).

A abrangência e a profundidade do tratamento dado às diferentes dimensões que envolvem direta e indiretamente a linha de pesquisa “Esfera Pública, Legitimidade e Controle” torna esta obra referência obrigatória para a comunidade acadêmica do Direito, de modo a contribuir para a construção de um Brasil mais justo e soberano e de uma Administração Pública legitimada.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016

Carlos Victor Muzzi Filho
Universidade Fumec

José Eduardo Sabo Paes
Universidade Católica de Brasília

Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade Fumec

A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES NOS CONTRATOS DE PPP E A ARBITRAGEM COMO MEIO DE MITIGAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO DIANTE DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA

1

Marília Gabriela de A. M. Pereira¹

INTRODUÇÃO

O trabalho em evidência objetiva analisar o surgimento das PPP no Brasil e no mundo, salientando a sua importância como efetivação de uma Administração Gerencial, baseada na modernização da máquina pública, por meio da iniciativa privada.

Afora isso, tem como cerne, apontar um dos maiores inconvenientes na realização desses contratos, através da presença de cláusulas assimétricas, proporcionando uma imprescindível forma de solucionar esses impasses de maneira mais proativa.

Salientará a atuação deficitária do setor regulatório, os baixos índices de resultados, provenientes de solução judicial, elevando os custos de transação, elemento de fuga aos investidores, ante a insegurança jurídica.

¹ Doutoranda pela UFPE, advogada e professora de Direito Constitucional e Administrativo na Estácio do Recife.

E como fim último, dará ênfase à utilização da arbitragem para colmatar essa brecha da efetividade na resolução dos litígios, apontando miscelâneas doutrinárias sobre o instituto no setor público ante a principiologia administrativista.

Tudo por meio de uma abordagem eminentemente bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

1.1. SURGIMENTO DE PPP NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NO BRASIL

As Parcerias Público Privadas são acordos realizados entre o poder público e empresa privada para a realização de uma obra pública ou para a prestação de um serviço público, que se dão por meio de um contrato de concessão, o qual será precedido de licitação. Surgiram no Brasil na década de 90, no governo de Fernando Henrique Cardoso, em virtude da Reforma do Estado, mas ganharam força apenas em 2002, no governo Lula.

Elas foram introduzidas no direito brasileiro, por meio da Lei 11.079/04, criando duas novas formas de contratos administrativos: a concessão administrativa e a patrocinada. As PPPs administrativas são aquelas pagas pelo governo pelo serviço prestado pela concessionária, como, por exemplo, o que ocorre com a coleta de lixo e a construção de presídios, já as patrocinadas são aquelas onde o poder público paga a remuneração adicional, além da tarifa que é cobrada ao particular por meio da eventual utilização, como por exemplo observado em rodovias pedagiadas de tráfego insuficiente.

Segundo Maria Eduarda Azevedo², as parcerias público privadas (PPP) foram reflexo da situação econômica do

² AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público privadas:** instrumentos de uma nova governação pública. Coimbra: Almedina,

pós guerra, na qual os países se encontravam. Assim, sem condições de atender aos serviços públicos e propor melhorias a sociedade, o Estado fez uso de uma alternativa *sui generis* de concessão, por meio da qual a empresa privada se responsabilizaria por toda a parte executiva do projeto, devendo o poder público unicamente fiscalizar o setor e pagar a longos prazos a execução privada ou transferir para a sociedade a quitação dos investimentos.

Em razão da impossibilidade financeira do estado no atendimento das demandas dos cidadãos, resolveu-se adotar uma forma de investimento mais eficaz, onde estado e particular se unem para juntos cooperarem com o desenvolvimento, as PPP's.

Assim, as PPPs são conforme Maria Eduarda Azevedo³, modo de concretizar projetos de investimento público, redimensioná-lo e reorientá-lo, favorecendo a participação da iniciativa privada, com a partilha de riscos, minimizando as falhas de mercado e promovendo a sustentabilidade das finanças.

O Reino Unido foi pioneiro nos anos 90, na utilização de PPP, com um triplo objetivo: aumento da capacidade de financiamento do estado por meio de pagamentos plurianuais, melhoria na qualidade dos serviços públicos ao impor ao parceiro privado critérios de qualidade e diminuição da despesa pública, aproveitando a inovação do setor privado.⁴

O modelo lá adotado é o *DBFO* (*design, building, finance and operate*) ou contrato global, no qual há concepção, construção, financiamento e exploração com pagamentos anuais regulares. Iniciando em 1997 a reforma com uma

2009, p. 27-36, 41-49

³ Idem.

⁴ Idem, p. 125-136

administração pública mais eficiente, com qualidade de serviços e a um custo menor, sendo os capitais privados complementos do público. Inicialmente conhecidas como *Private Finance Initiative (PFI)*, mais amplos, cujos objetivos são melhoria da infraestrutura em virtude da maior eficiência do setor privado, contabilizando o *value for money* (eficiência) no uso dos recursos públicos, compartilhamento de riscos, capacitação, superação de dilemas fiscais, bem como o engajamento dos cidadãos no monitoramento.

Nesse sentido, há projetos auto sustentáveis na geração de receitas, como pedágios em pontes e outros que necessitam dos recursos públicos para cobrir os investimentos, visando sempre ao *best value*, se submetendo a uma pesquisa e avaliação prévia por meio do instrumento *PSC (Public Sector Comparator)*, comparador do setor público, que averigua o custo global.⁵

Pode ocorrer de na licitação, haver consórcio de joint venture, com maior especialização, terceirização, justificada para atribuir os riscos a parte que sabe melhor lidar com eles. Mas o que diferencia esse modelo do brasileiro é que no Brasil, o risco financeiro em bancos é do parceiro privado. Assim, se o setor privado faz um financiamento, não há despesa pública, sendo contado apenas o pagamento pelo poder público no decorrer do projeto.

Na França, são os denominados *contrat de partenariat public-privé*, contratos globais, de infraestrutura, com partilha de riscos, salientando que antes havia alguns empecilhos na obtenção de receita, em virtude do código de mercados proibir as portagens ocultas e os pagamentos por disponibilidade, além da separação entre contratos de construção e de manutenção de obra. Assim, resolveram criar dois novos

⁵ Idem.

tipos: concepção, realização, transformação, exploração e gestão, ou seja, global, sem o prefinanciamento privado e a enfiteuse administrativa que permitiu o uso da PPP, transferindo a responsabilidade para o privado.⁶

Na Itália, as grandes carências estruturais também levaram ao uso desse tipo de contrato, mas a rigidez estrutural no setor de obras públicas e a relutância política de esquemas arrojados e falta de enquadramento jurídico, ainda prejudicavam o recurso a alternativa. Até que em 1998, foi aprovada a nova lei quadro das obras públicas, a lei Merloni, que retomou a concessão de obra pública e a PPP, com abrangência, concepção, construção, execução e gestão. Em 1999, o governo criou também uma unidade financeira e um código de PPP, para fomentarem as parcerias.

Sem o financiamento privado aventado anteriormente no modelo inglês, o PFI não seria diferente das outras PPPs, porém caso fosse utilizado no Brasil teria o alto custo do privado e a desconfiança, pois há ausência de avaliação adequada do VFM, reduzido potencial de transferência para o privado, reduzida experiência do modelo e poderia não despertar o privado que não contaria com os subsídios públicos e assim teve que se adaptar as condições locais.⁷

Logo, ideologicamente as PPPs funcionam como um mecanismo de atendimento a demanda social e simultaneamente ao não comprometimento de despesas públicas, uma vez que os investimentos partirão do setor privado concessionário. Acontece que outros problemas são vivenciados em contratos de PPP, e que levam de certa forma a prejudicar o erário.

⁶ Idem p. 137

⁷ Idem.

1.2. AS ASSIMETRIAS NOS CONTRATOS DE PPP

Os contratos realizados no âmbito da administração pública, no que diz respeito a obras de infraestrutura, podem ser de dois tipos: *hard* e *soft*, no primeiro tipo de infraestrutura os investimentos são maiores, pois exigem a construção de obras como prédios e equipamentos, enquanto no segundo tipo de infraestrutura há ênfase na prestação de serviços.⁸

Por isso, para a realização de um serviço ou uma obra sempre tem que se calcular o *Value of Money*, o qual captará o benefício e o custo total do projeto durante a vida útil, bem como suas externalidades como crescimento econômico, impacto ambiental, mobilização dos recursos, impacto social, governança, e qualidade da prestação.⁹

Sabendo-se que o país exige maior investimento em infraestrutura, pois não haverá crescimento autossustentado sem desenvolver estradas, siderurgia e geração de energia, é essencial que parceiros privados adentrem no investimento de projetos de infraestrutura do tipo *hard* e encontre instrumentos jurídicos adequados para assegurar garantias e responsabilidades respectivas.

Segundo Marcos Nóbrega¹⁰, o modelo contratual clássico de uma PPP traz uma racionalidade ilimitada pelas

⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 55

⁹ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 61

¹⁰ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. N. 18 maio-julho, 2009, Salvador, p.02

partes contratantes, processando informações de maneira ótima, cujas trocas são efetuadas a custo zero, maximizando a utilidade das partes no contrato.

Não obstante, após o compromisso assumido contratualmente, as partes tendem a agir de maneira assimétrica, levando a parte contrária a arcar com os custos na averiguação da informação verídica.

Isso leva a renegociações em virtude da incompletude dos contratos, *moral hazard*, que se trata do risco moral, seleção adversa, a qual relaciona as tentativas da parte abstrair o máximo de informações possíveis com mecanismos apropriados, fazendo a empresa agir com *signalling*, sinalizando respostas dedutíveis relacionadas pelo poder público.

Tudo isso se dá em virtude da racionalidade limitada do governo, uma vez que quem detém o conhecimento técnico é a empresa concessionária, que muitas vezes não tem o condão de participar do certame e leva ao comprometimento sabendo que efetuará sucessivas renegociações, agindo assim com oportunismo, e gerando custos de transação de grande monta para o poder público na gestão desses contratos incompletos.

Por isso, o governo chileno estabeleceu limites as renegociações, bem como previu recompensas para quando isso não vir a ocorrer.¹¹

Nesse sentido, os contratos de PPP são analisados sob a Teoria do Agente-Principal, no que concerne aos níveis de eficiência correspondentes, por meio da qual o poder público, concedente e principal, deveria monitorar o desempenho do concessionário, agente, mas para que

¹¹ ELEZI, Fábila Mara Felipe. PPP: adequada alocação de riscos em prol da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Administrativo Regulatório**. MP Editora, 2013, vol. 06, p. 141

isso ocorra, os contratos devem vir com diversas formas de incentivo para que haja um resultado eficiente no cumprimento desses contratos.

Ocorre que esses incentivos são dispendiosos, levando o agente a se comprometer no cumprimento integral sob as condições iniciais pactuadas, embora com informações assimétricas no que tange a possibilidade no atendimento às determinações do governo, gerando muitas vezes frustrações no correr do cumprimento.

Isso necessariamente leva as constantes renegociações, que também são custosas para o poder público, uma vez que terão que desembolsar mais recursos para o pagamento paulatino e a longo prazo durante a realização da obra ou serviço.

Em virtude dessa problemática, a única alternativa que surge para contenção dessas irregularidades iniciais, e para impedir comportamentos oportunistas do parceiro privado, é o poder público realizar fiscalizações constantes e corriqueiras sobre o setor, eis que o art. 5º, 9º, 10 e 18 da Lei 8987/95, aponta como critério para avaliação de desempenho do privado, por meio do governo, como mecanismo supletivo a legislação de PPP.

1.3. A FISCALIZAÇÃO DO SETOR

Para minorar o fator das assimetrias nos contratos de PPP, Marcos Nóbrega ¹²aponta como uma solução a influência no fator de risco, sendo a melhor opção antecipar os riscos.

Cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar

¹² NÓBREGA, Marcos. *Análise econômica do direito administrativo*. In: TIMM, Luciano Benneti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 404

o valor total do projeto (*Total Project Value*), considerando a capacidade de cada parte para influenciar o correspondente fator de risco, influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco e absorvendo o risco.

Caso esses fatores não sejam evitados, os valores cobrados pelo serviço ao final serão incididos com todos os custos embutidos, prejudicando sensivelmente o consumidor final e assim a sociedade de forma generalizada.

Lewis, já adotava essa postura de alocar riscos em PPP por meio dos incentivos e por meio do *Value for Money*, sendo o primeiro direcionado para a parte mais apta a controlá-lo e o segundo a parte mais apta a efetuar-lo a um custo menor.¹³

Além disso, os valores muitas vezes utilizados para a efetivação dos investimentos privados são provenientes dos bancos públicos, como o BNDES¹⁴ (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), ou seja, a empresa privada, nem sequer desembolsa valores para participar de concessões públicas, levando ao comprometimento de maneira indireta dos recursos públicos.

Como pode ser observado nesse trecho exarado no jornal “O valor econômico”:¹⁵

¹³ LEWIS, M. K. **Risk management in public private partnerships**, 2001, p. 15

¹⁴ Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/apresentacoes/fiocca_ppps.pdf>. Acesso em 21/10/2014

¹⁵ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3592140/triunfo-bndes-concede-emprestimo-de-r-1-bilhao-para-concebra#ixzz3DuLXG33V>>. Acesso em 20/09/2015

A Triunfo Participações e Investimentos (TPI) anunciou nesta terça-feira que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) aprovou um empréstimo-ponte de R\$ 1,06 bilhão para sua subsidiária Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil (Concebra).

O empréstimo terá prazo de até 18 meses, com remuneração pela Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), mais spread de risco de 2% ao ano.

Segundo a Triunfo, os recursos serão usados para financiar os investimentos em melhoria e ampliação da infraestrutura das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262.

A concessão desse lote de rodovias foi conquistado em leilão realizado em dezembro do ano passado. Ao todo, os trechos têm 1.176,5 quilômetros de extensão e percorrem o Distrito Federal e os Estados de Minas Gerais e Goiás.

Acresce-se ainda que, algumas benesses são concedidas a essas empresas pelo próprio poder público, que admite auxílios do estado, para o pagamento desses valores.

Para Moncada¹⁶, a intervenção indireta pode ocorrer através de infraestrutura, polícia (regulação) e fomento como mútuo privado; subvenção pública, por exemplo a concessão de benefícios fiscais, aval, garantia de emissão de obrigações, empréstimos e subsídios. Além de outras formas como a assistência técnica, estudos, crédito a juro bonificado, dilatação do prazo das dívidas, previdência, proteção as Pequenas e Médias Empresas, fundo de fomento a exportação, pensões.

¹⁶ MONCAVA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**, 4.ed., Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 42-43, 494-495

Nesse sentido, se as empresas privadas recebem além da percepção de valores pelas obras ou serviços prestados, ainda se utilizam de empréstimos concedidos pelo próprio poder público, além de dilatação do prazo para pagamento desses empréstimos, gerando para a economia diminuições de receita ou mesmo aumento de despesas.

A isenção ou dedução são diminuições de receita, pois deixa-se de arrecadar. Enquanto as subvenções e restituições são despesas, pois aumenta-se a dívida pública.¹⁷,

Nesse sentido, Antônio Carlos dos Santos¹⁸ acentua a possibilidade de presença de distorções fiscais em virtude desses auxílios que o próprio estado concede.

Distorções fiscais, para Santos são os auxílios de estado que podem servir como distorções ativas do estado, objetivando ao benefício de certas empresas, mas para contê-las há os métodos de homogeneização fiscal: compulsória, coordenada-acordo- e de aproximação espontânea.¹⁹

Cavalcanti²⁰, também aponta tal questão, quando diz que os financiamentos às grandes empresas com juros abaixo do sistema financeiro, os créditos concedidos pelo BNDES direcionam cerca de R\$210 bilhões, canalizados para cerca de 70 empresas, e assim provocando grandes descompassos no sistema financeiro do país, em função de tratamento favorecido às empresas privadas pelo próprio setor público.

¹⁷ CATÃO, Marcos André Vinhas. **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59

¹⁸ SANTOS, Antônio Carlos. **Auxílios do estado e fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 311

¹⁹ Idem

²⁰ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre a atividade do estado frente a atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-75

Para Cavalcanti²¹, a globalização gerou perda da soberania econômica nacional, assegurando taxas de lucros aos investidores, deslocando a riqueza para os privados. E o Brasil se viu forçado a oferecer títulos públicos de alta rentabilidade, causando o endividamento apesar do “superávit primário”, faltando recursos em áreas fundamentais como saúde, educação e meio ambiente.

Segundo a folha de São Paulo, o benefício fiscal deixa de arrecadar 33 bilhões de reais por ano, 2,34% do PIB, e isso gera a ilegitimidade por ferir a igualdade, aventada por Catão²².

Nesse sentido, essa ausência de legitimidade e cristalina desigualdade fiscal pode levar ao que Shoueri²³ aponta: “a norma tributária indutora é um medicamento forte, cujos efeitos danosos podem superar os desejados, não gerar desvio de conduta e trasladado para o consumidor final, gerando inflação.”

Embora todos os aspectos supra mencionados, o papel da regulação sobre as PPP's, com base no art. 174 da CF/88 nasce como um fator crucial para impedir tamanhas incongruências no sistema jurídico e econômico brasileiro.

Não obstante, outro fato que envolve a fiscalização sobre as PPP's se trata da captura do setor regulado pelas próprias empresas privadas, que terminam engessando o papel da área mais importante, que deveria agir na contenção de falhas contratuais, e não corroborando com as práticas irregulares.

²¹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Org.). **Incentivos fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 169-192.

²² CATÃO, op. Cit.

²³ SHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

As agências reguladoras tem sido alvo de diversas fraudes efetivadas pelos próprios membros dos conselhos por meio de decisões emitidas antes das reuniões formais, comprometendo-se com acordos informais não documentados.

Isso se dá muitas vezes porque os níveis salariais nas agências não são competitivos, além do que na maioria dos casos, os funcionários das agências não possuem nível superior de ensino, corrompendo-se mais facilmente.

O problema da captura regulatória tem sido alvo de preocupação em diversos setores, mas no setor de infraestrutura, onde se inserem as PPP's, isso é mais latente, em razão dos percalços provenientes da má gestão, da precária fiscalização, corroborando com as constantes renegociações e levando ao maior gasto público.

O Brasil ostenta o maior índice de renegociações de contratos de concessão (41%) em toda a América Latina (com média de 30%), sobretudo nos setores de água e esgoto (100%) e transportes (57%). A maioria das renegociações, cerca de 75%, é iniciada pelo governo (federal ou estadual), enquanto na América Latina isso ocorre em apenas 25% dos casos, o que sugere que os ciclos eleitorais têm impacto na estabilidade dos contratos em nosso país, provocando alterações em planos de investimento e tarifas. Apesar de as renegociações contratuais não serem um mal em si, o fenômeno no Brasil é sintoma de má redação dos ajustes e causa de inadequados valores de prêmios por riscos adicionais em projetos de infraestrutura.²⁴

O fenômeno da captura provém da doutrina americana denominada “*Capture Theory*”, a qual procura impedir a

²⁴ BELEZI, Fabia Maria Felipe, op. Cit. p. 166

vinculação promíscua entre agência e governo instituidor ou entes regulados, comprometendo a independência da pessoa controladora.²⁵

Neste sentido, afirma Carvalho Filho:

(...) tais autarquias deverão ser fortes e atentas às áreas sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário dos lucros. (...)

A respeito do problema salienta o autor a necessidade do controle sobre os atos dos entes reguladores, para afastar indevidas influências das empresas concessionárias sobre sua atuação, de modo a impedir que haja o benefício dessas empresas em desfavor dos usuários dos serviços. Isto tem gerado estudos e decisões por parte dos tribunais.

O TRF da 5ª Região, por exemplo, proferiu acórdão, por meio da Apelação Cível nº 342.739, cujo relator foi o Desembargador Francisco Cavalcanti, no sentido de obstar a nomeação para vagas no Conselho Consultivo de agência reguladora, destinada à representação de entidades voltadas para os usuários, por pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, embasado no suspeito desempenho destes agentes.²⁶

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 485

²⁶ Idem

CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIACÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Segundo a doutrina administrativa, ocorre abuso de poder por meio de dois aspectos: excesso de poder, quando a autoridade perpassa aos limites de sua competência, ou desvio de finalidade, quando a autoridade desvia a finalidade do interesse público colimado, e o que se pode denotar no setor de regulação são esses excessos perpetuados em função de favores políticos.²⁷

Para Marcos Juruena Villela Souto:

O fato da agência reguladora ser independente não significa que não possa ser objeto de controle. Esse controle pode ser administrativo, via contrato de gestão, controle social – por meio do direito de petição a ouvidorias ou aos legitimados à apreciação da validade dos atos – ou até por meio do recurso hierárquico impróprio (que se limite à declaração de ilegalidade dos atos regulatórios, após prévio parecer jurídico sobre o tema); pode se dar o controle no âmbito do

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 25 ed, Atlas, 2012, p. 95-169

Poder Legislativo (para sustação dos efeitos dos atos ilegais) e dos Tribunais de Contas (limitado este ao exame das contas e não da parte regulatória em si) e, por fim, o controle judicial.²⁸

A regulação tem se efetivado com altos indícios de captura, o que faz engessar a atuação do regulador a agir não só com deficiência técnica, mas com alto déficit de autonomia, destoando os objetivos de sua criação.²⁹

Certamente, todos esses problemas envoltos na fiscalização estejam relacionados à questão do neoinstitucionalismo, aventado por Douglas North³⁰ e Oliver Williamson, apontando como uma das possibilidades das ineficiências entre as instituições o problema da racionalidade limitada dos indivíduos, os quais por confiarem nas estruturas de governo, terminam prejudicados em virtude dos oportunismos objetivados pelos indivíduos integrantes das instituições.³¹

O pensamento é reconhecido ainda por Coase em relação às escolhas das instituições, pois estas podem levar

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233

²⁹ PEREIRA, Marília G.A. M. **O poder normativo no âmbito da ANP**. 2013. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

³⁰ “*The institutional environmental is the set of fundamental political, social, and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange, and distribution. Rules governing election, property rights, and the right of contract are examples of the type of ground rules that make up the economic environmental.*” (NORTH/DAVIS/SMORODIN. **Institutional change and american economic growth**. London: Cambridge University Press, 1971, p. 6)

³¹ WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 2009, p.5, 253

alguns setores da economia à melhora ou à piora. Segundo o autor: “o governo é, num sentido, uma super-firma (mas de um tipo especial), já que está apta a influenciar o uso de fatores de produção por decisão administrativa.”³²

Coase aponta que sempre haverá custos de negociação, monitoramento e coordenação, cabendo sempre ao melhor gestor do risco reter esse encargo, acontece que deveria haver rediscussões sobre as cláusulas contratuais unicamente em situações excepcionais, como casos de contingências ou eventos imprevistos e não virar uma constante nos contratos realizados através de PPP.

Visando a resolver o problema da captura o Projeto de Lei nº 3337 de 2004 vislumbrou impedir que os recursos arrecadados pelas autarquias não fossem desvirtuados para outros fins, e que não deixassem brechas para o uso em outra atividade que não a tracejada por lei, porém em virtude da não aprovação do projeto por quase dez anos paralisado e posteriormente retirado de pauta no Congresso Nacional, o problema prejudica até os dias atuais o papel fiscal das agências reguladoras, sobre a fiscalização de obras e serviços públicos por empresas privadas concessionárias.³³

Além disso, este projeto veio estabelecer regras claras que prezassem pela independência do ouvidor de modo a melhorar a questão da estabilidade dos dirigentes das agencias, ampliando seu período de quarentena, para impedir parcialidades.

³² Do original: “*The government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factors or production by administrative decision.*” [COASE, Ronald H. *The problem of social cost. Journal of law and economics*, v. 3, out, 1960. Disponível em: <www.ccer.edu.cn/download/7874-4.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2015.

³³ Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/archives/files/Energia_02.pdf>, acesso em 07/03/2015

Deveria garantir o preenchimento dos quadros da diretoria impedindo que houvesse vacância para não prejudicar o trabalho dos reguladores, e se não houvesse o quórum mínimo de três membros, deveria haver prorrogação do mandato, até a solução da vacância, até porque mandatos mais longos beneficiariam a sua independência, já que impediriam a troca completa dos membros dentro de um mesmo governo.

E ainda reforçavam os mecanismos de transparência e *accountability* (responsabilização), ampliando inclusive o prazo para consultas e audiências, incentivando a efetiva participação social nas decisões, bem como a prestação de contas ao Congresso Nacional no lugar dos contratos de gestão.

Ele recebeu 137 emendas, apesar de ter sido elaborada comissão especial para sua votação, um mês depois sua urgência foi cancelada, e novamente solicitada, só que após em caráter simbólico sem prazo, e ao final da legislatura a comissão foi extinta, e nada mais houve para seu prosseguimento.

Isso leva ao imprescindível controle judicial sobre a regulação de maneira sistemática como última solução a todas essas vicissitudes vivenciadas, além do controle de contas por meio do TCU, para combater atividades nocivas ao erário.

Embora, Shapiro³⁴ discorde dessa atividade de controle do judiciário sobre as atividades regulatórias, no sentido de reconhecer o papel do juiz apenas como conhecedor de leis, sem conhecimentos específicos do setor especializado.

Judges are not expert at anything except law, and law is just words. By virtue of education and experience ju-

³⁴ SHAPIRO, Martin. **Morality and the politics of judging.** Bekerly Law Scholarship Repository. 1988, p. 71

dgés knew nothing about any of the Technologies that had created the modern world. They knew no nuclear engineering or chemistry or even poultry science. And judges not only had the wonderful virtue of knowing anything, they were also wielders of government power who could wield that power to overcome technocracy, now seen as the tyranny of experts. Most importantly, judges traditionally performed the legitimate government role of judicial review of the agencies, a role that had been limited, but also consolidated, by the administrative procedure acts.

Não obstante, este argumento pode ser facilmente atacado, uma vez que o papel do perito solucionaria de pronto tal questão. Inclusive o próprio Shapiro, na mesma obra, acentua que o alto conhecimento técnico das agências pode levar a preferências pessoais ocultas, o que inevitavelmente corrobora com a imprescindibilidade do controle judicial sobre suas atividades, ainda que unicamente referentes à estrita legalidade administrativa, com base no art. 5º II da Carta Maior.

1.4. A ARBITRAGEM NAS PPPS

A arbitragem é uma via para solucionar controvérsias, utilizada desde a antiguidade e Idade Média, e teve como fim evitar as confrontações bélicas no Direito Internacional Público. No Brasil é regulada desde a Constituição de 1824, que previa o juízo arbitral no art. 160.

Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Em 1923, o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra, incorporando-a por meio do Decreto 21.187 de 1932, bem como fez parte da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1975.

Mais a frente, surge a Lei nº 9307/96, lei da arbitragem, posteriormente modificada pela Lei 13.129/15, ao ampliar o âmbito de aplicação desta, para a Administração Pública direta e indireta, no que tange a direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei 8987/95, lei de concessões, autoriza a administração pública inserir previsão no contrato de concessão para o uso de mecanismos privados de solução de litígios, o que demonstra que o legislador brasileiro decidiu incorporá-la como meio extrajudicial hábil e seguro.

A Lei 11.079/04, lei de PPP, prevê no art. 11, III:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Não obstante, percebe-se que a ideia gera uma verdadeira confusão já que a administração pública não pode ser equiparada aos particulares, ao realizarem transações, na medida em que norteia o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, bem como o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, como basilares no Direito Administrativo.

É certo que existem diversos problemas para a composição de litígios na via judicial, repleta de processos, sem recursos apropriados, o que torna mais custoso para as partes aguardarem o fim do rito, e que este tem sido um dos fatores determinantes para o uso da via arbitral, tornando o instituto sujeito a críticas, numa possível contradição a ideia de interesse público indisponível.³⁵

Embora o STF tenha confirmado a constitucionalidade da referida lei, e da constitucionalidade no uso da arbitragem pela administração pública, conforme AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, é notório perceber que mesmo quando a administração celebra contratos civis, existe um disciplinamento próprio em relação a esses contratos, distinguindo-os dos contratos de direito privado.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas extra commercium. Tudo que diz respeito ao serviço público portanto – condições de prestações, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (cf. n. 21) ³⁶

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Compromisso arbitral**. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, Malheiros, 2009, p. 781

A Editora D'Plácido traz a lume a coleção "Instituições sociais, direito e democracia", homônima a área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec. A temática das obras tem como fio condutor a discussão de inquietações e problemas referentes às interfaces que os sistemas legais produzem em estruturas sociais (tais como governos, família, linguagens humanas, universidades, hospitais, empresas, entre outras) no ambiente democrático contemporâneo. As instituições sociais - consideradas neste contexto como padrões estáveis e relativamente organizados de atividades humanas - precisam fazer face a esses problemas fundamentais, para produzir fontes de vida sustentáveis e reproduzir indivíduos e estruturas societárias viáveis dentro de um dado ambiente.

Maria Tereza Fonseca Dias
Coordenadora

