Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 18 – maio/junho/julho - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

O CONCEITO DE NORMA GERAL E A REGRA DO VALOR MÍNIMO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (INCISO I DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI Nº 11.079/2004)

Prof. Fernando Vernalha Guimarães
Doutor em Direito Econômico pela UFPR, Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições. Advogado e Consultor em Direito Público.

1 - INTRODUÇÃO

A Lei Geral de PPP excluiu o cabimento de parcerias público-privadas cujo valor do contrato seja inferior a R$ 20 milhões. A prescrição, veiculada no inciso I do § 4º do art. 2º. da Lei Geral de PPP, contém-se na parte da Lei dedicada às *normas gerais*. Um aspecto de grande importância está em investigar a natureza desta norma, desvendando-a norma geral ou norma de aplicação restrita à esfera federal. O enfrentamento é relevante pois que, a prevalecer a vontade formal da Lei, tomando-a por norma geral, é inegável o cabimento restritivo (de um ponto de vista prático) do modelo de PPPs à imensa maioria dos municípios brasileiros. Esta tem sido, aliás, uma crítica constantemente oposta pela doutrina à definição legislativa desta norma como *norma geral*[1].

Lembre-se que a Constituição, no inciso XXVII do art. 22, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...). Fazendo uso desta competência, a União editou a Lei n. 11.079/2004, a qual veicula normas gerais e especiais (aplicáveis à União) sobre uma *modalidade* de contrato administrativo nominada *parceria público-privada*. Em campo próprio

[1] Sustentando não ser "norma geral" aquele dispositivo, ver BINENBOJM, Gustavo. "As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 10 e 11. MOREIRA, Egon Bockmann. "Breves Notas sobre a Parte Geral da Lei das Parcerias Púlico-Privadas", In Estudos Sobre Parcerias Público-Privadas (org. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm). São Paulo: Thomson, 2006, p. 49 e 50.

deste diploma reservado à veiculação de normas gerais está a regra do inciso I do § 4.º do art. 2.º

O exame acerca da (in)constitucionalidade deste dispositivo à luz dos limites da competência reservada à União para a edição de normas gerais reclama, preliminarmente, a busca por uma noção jurídica de *norma geral*.

2 - O CONTEÚDO JURÍDICO DAS NORMAS GERAIS

O conceito de norma geral é um daqueles temas que geram disputas intermináveis na doutrina. Uma das razões deve-se à sua própria indeterminação. Por maior que seja o avanço da doutrina na construção de critérios a ampliar as zonas de certeza positiva e negativa na aplicação do conceito aos casos concretos, é inevitável a sobrevivência de um espaço cinzento, de uma zona de indeterminação (ainda que *determinável* nos casos particulares, quando então será sobreposta pelas zonas de certeza positiva ou negativa). Daí porque afirma FLORIANO MARQUES NETO que o máximo possível, em se tratando de normas gerais, é uma delimitação genérica do conceito, *"o estabelecimento de um standard jurídico"* que permita, diante de situações concretas, concluir pelo caráter genérico ou específico de uma dada norma jurídica[2].

O tema das normas gerais é complexo e situa-se numa área que se poderia dizer de tensão federativa. Falar de normas gerais pressupõe tomar em consideração o sistema político-jurídico (político-administrativo e legislativo) de distribuição de competências desenhado pela Constituição. De um ponto de vista de repartição vertical de competências legislativas, normas desta natureza importam no alinhamento da disciplina legal de certos temas pelas órbitas federadas, naquilo que dependem de alguma unidade a manter coerência político-legislativa no âmbito da federação. Por isso, versam sempre genericamente sobre questões e regras fundamentais de conexão de todas as esferas federadas, com abrangência unificadora que alcança todo o território nacional. Dada sua vocação generalizante de pautas fundamentais e vinculante de todos os entes federados, não são esgotativas dos temas veiculados, mas deixam espaços regulatórios a serem preenchidos à conta do exercício da competência legislativa própria dos demais entes que não a União – constitucionalmente encarregada da edição de *normas gerais* a propósito de certos temas.

Uma noção então imediatamente associada à de norma geral é a de *lei nacional*. A locução "norma geral" é empregada para designar a abrangência (geral) do conteúdo veiculado por lei vinculante de todos os entes federados. Nesta acepção, norma geral é *lei nacional*, isto é: vigente em todo o território nacional e vinculante de todas as ordens federadas. Reconhece-se no âmbito da

[2] "Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8666/93 aos Entes Federados", *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 12, São Paulo: Malheiros, p. 176.

federação – como explica KELSEN, num raciocínio perfeitamente aplicável ao sistema nacional – normas centrais, criadas por um órgão legislativo central – a legislatura da federação -, e normas locais, criadas por órgãos legislativos locais – a legislatura dos Estados componentes. *"As normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a "federação". Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para parte definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas comunidades jurídicas parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os "Estados componentes". Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais"*[3].

As *leis nacionais* são assim leis que, editadas pelo poder central (União), alcançam todo o território nacional, vinculando União, Estados-membros e Municípios, ao passo que as *leis federais*, tais como conhecidas do direito brasileiro, vinculam apenas a União. Logo e a par do sistema distributivo de competências fixado na Constituição, a União, Estados-membros e Municípios titularizam competências legislativas, possuindo aptidão para inovar o ordenamento mediante produção de regras expedidas por suas instâncias legislativas. As regras editadas pela União poderão ser *nacionais*, quando vinculantes de todas as ordens federadas, e exclusivamente *federais*, quando vinculantes apenas da União. Neste enfoque, as normas gerais serão sempre leis nacionais, porquanto se projetam sobre todo o território nacional, vinculando todos os entes federados.

Sob um ângulo teleológico, a existência da norma geral se justifica no federalismo cooperativo, que vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração, como refere TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. Assim, *"toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral"*[4].

Decorre que, enquanto o *efeito* jurídico da norma geral editada pela União, no âmbito da repartição vertical de competências, está em vincular as competências legislativas dos demais entes federados (caracterizando-se como uma *lei nacional*), sua *finalidade* é estabelecer uma uniformidade regulatória acerca de aspectos centrais de matérias afeitas à competência legislativa (complementar) dos demais entes, para evitar ou atenuar a potencialidade de

[3] *Teoria Geral do Direito e do Estado* (trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 452.

[4] "Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do art. 24 da Constituição Federal", *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 7. São Paulo: Malheiros, p. 19. Veja-se também FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações", *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 8. São Paulo: Malheiros, p. 25 a 38.

tensões entre leis produzidas por distintas esferas da federação, cumprindo-se um papel organizador da produção legislativa no âmbito da federação.

A idéia de que a norma geral presta-se à uniformização de certos temas genéricos permite compreender que, considerada em sua essência e conteúdo, apresenta-se abrangente mas não completa. Seus temas-objeto não devem, na maioria dos casos, receber configuração exaustiva e detalhada, a ponto de esvaziar por completo ou além de certos limites as competências concorrentes das outras esferas federadas. Se assim for, poderá configurar-se invasão da competência legislativa dos demais entes. Logo, normas desta natureza não só não excluem como pressupõem o exercício de competência legislativa suplementar por outros entes federados.

Dois aspectos, então, podem ser bem destacados a propósito da configuração jurídica das normas gerais: (a) são normas genéricas e unificadoras, na acepção de envolverem matérias cuja relevância permeia todas as esferas federadas, que merecem tratamento uniforme a reduzir o risco de tensões regulatórias (por assim dizer) entre as unidades federadas; e (b) são normas (como regra) incompletas, pois exigem, como regra, a suplementação de regulação pelos demais entes federados, que, dentro de uma certa moldura normativa desenhada pela norma geral, exercerão competência legislativa complementar, preenchendo aquele vazio normativo a partir do tratamento legislativo de questões de interesse regionalizado ou local[5].

Deve-se pontuar, contudo, que a característica da não-completude da norma geral não há de ser acolhida como seu *pressuposto de validade*. Afirma-se sua feição abrangente e não exaustiva como uma característica que marcará o seu estereótipo jurídico (por assim dizer) em grande parte dos casos. Mas não se nega a hipótese de uma regra geral alcançar um nível acentuado de absorção de dado micro-campo temático, desde que subjacentemente se tenha um interesse nacional prezado pela disciplina da norma (que exija uma regulação uniformizada pelos entes federados). O que se quer referir é que, para que seja válida, a disciplina da norma geral deverá recobrir valores nacionalmente relevantes, desde a necessidade de alinhar-se a regulação de certo tema pelos entes federados. Uma decorrência desta faceta estará em admitir o seu caráter generalizante e não esgotativo. Eventualmente, contudo, haverá norma geral válida, cuja disciplina atende ao pressuposto de uniformização de temas de interesse nacional, sem que se reserve espaço regulatório à competência legiferante dos outros entes federados[6]. No problema da incompletude das normas gerais, importa que a

[5] Lembra-se aqui a ponderação de RAUL MACHADO HORTA, que vê na norma geral uma nora não-exaustiva: "é conceitualmente legislação incompleta, de forma que a legislação estadual, partindo da legislação federal de normas gerais, possa expedir normas autônomas, afeiçoando as normas gerais às exigências variáveis e às peculiaridades locais de cada ordenamento jurídico estadual". *Direito Constitucional*, 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 357.

[6] Em sentido próximo é a posição de FLORIANO MARQUES NETO: "Um segundo ponto que merece observação é a impossibilidade de as normas gerais esgotarem a matéria que regulam. Ainda que em teoria isso seja verdade, pode haver situações em que, em virtude da importância do tema e de suas particularidades, exista pouco espaço para inovação ou particularização por parte das autoridades estaduais. É o caso, por exemplo, da regulação em matéria de licitações, que foi praticamente exaurida por lei federal. Isso porque, no caso, era mais relevante assegurar a

disciplina do tema, como um todo, deixe espaço para o exercício de regulação supletiva pelos outros entes, ainda que certas regras gerais possam tender ao esgotamento de aspectos específicos do tema, de interesse nacional[7].

É relevante perceber, então, que as normas gerais, ao contrário do que se tem dito, não se esgotam na veiculação de princípios e diretrizes. Vão além, muitas vezes. Veiculam disciplina *genérica* mas não necessariamente *principiológica*. Importam na unificação regulatória de temas de interesse nacional, que transcendem o interesse regional e local, mas que não se traduzem em disciplina própria dos princípios. Adotada a distinção entre regras e princípios, pode-se afirmar que normas gerais veiculam tanto regras como princípios. Ainda que os princípios sejam sempre e necessariamente normas dotadas de altíssimo grau de abstração e generalidade, as regras também poderão ter por objeto disciplina geral acerca de certa matéria. Será lícito à União legislar sob um formato fechado e condicional das regras assuntos de interesse nacional e geral, sem esgotar o campo regulatório explorável pelos Estados-membros e Municípios. Assim, a regra inserta no artigo 65 da Lei n. 8.666/93, que fixa parâmetros rígidos para a alterabilidade dos contratos administrativos, há de ser tomada por norma geral, porquanto subjaz à sua disciplina um interesse nacional acerca da uniformização de assuntos implicados com diversos valores

---

uniformidade nas contratações da Administração Pública como um único conjunto, do que refletir eventuais particularidades regionais. O que se pode entender pela prescrição que veda à lei geral esgotar a matéria regulada há de ser a vedação a que esta invada o campo de especificidade e particularidade reservado à lei regional ou local. Inexistente a margem para a disciplina especificante regional ou local, descaberá falar em vedação ao exaurimento pela lei". MARQUES NETO, Floriano. "Competências federativas na regulamentação de estações rádio-base", *in www.manesco.com.br*, 2006, p. 28.

[7] É interessante trazer a visualização desse problema pela ótica da Corte Constitucional Alemã, a propósito do tema das leis-quadro: "Uma regulamentação federal não ultrapassa os limites postos a normas de quadro quando ela, segundo o seu conteúdo e objetivo, é apta e necessitada de uma suplementação através de um ato livre de vontade por parte do legislador estadual no sentido de que somente a referida suplementação da obra legislativa sobre o assunto a ser ordenado a torne completa e exeqüível (BVerfGE 4, 115, 130). (...) O fato de que normas federais contenham dispositivos completos que, de acordo com o alcance do seu objeto de regulamentação, não deixam mais espaço para a legislação estadual (como o decreto Federal de Notas), ainda não ultrapassa a competência de quadro se – como aqui – a regulamentação, vista como um todo, continue apta e necessitada de suplementação mediante legislação estadual (BVerfGE 25, 142, 152). Enquanto a regulamentação jurídica federal não ultrapassa os limites da competência de quadro, não há motivo para ver uma falta de competência no fato de que a regulamentação não tenha sido efetuada pelo próprio legislador federal, mas – na base de uma delegação legal – por parte de um Ministro federal mediante edição de decreto". KRELL, Andreas Joachim. "A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107/2005) por Decreto Presidencial", *In Revista de Direito do Estado* n. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 350 e 351.

Como comenta KRELL, "a princípio as leis alemãs de quadro sempre devem estar aptas a receber suplementação por parte dos estados. No entanto, razões em favor do "bem integral" (Gesamtwohl) da Federação são capazes de tornar menos rígidos os limites da definição desse quadros temáticos. A própria Corte Constitucional (BVerfG) já decidiu que o legislador federal, na base do art. 75 LF, poderia também "esgotar a normatização de aspectos pontuais de uma matéria", ordenando-a de forma integral, e até criar normas de eficácia imediata perante os cidadãos. Assim, determinados pontos temáticos de uma lei quadro podem ser objeto de regulação plena, caso o assunto guarde elevado "interesse numa nova regulação federal uniforme rapidamente aplicável" e a própria lei seja concebida numa forma que deixe ao legislador estadual espaços suficientes a serem preenchidos". "A Constitucionalidade...", p. 349 e 350.

consagrados na base dos institutos da licitação e do contrato administrativo. Mas seu formato é de regra jurídica, apresentando uma hipótese de incidência rígida e formada por conceitos determinados, que opera sob um esquema de subsunção. Por isso, não vejo – como vê a maioria da doutrina que se ocupou deste tema – uma necessária associação entre o conteúdo das normas gerais e a disciplina dos princípios.

Talvez um defeito de compreensão do problema pela doutrina que reconhece no conteúdo das normas gerais fundamentalmente a veiculação de princípios esteja em resumir a distinção entre regras e princípios no seu grau de abstração e generalidade, usando-se desta escala para espelhar a variação de abrangência entre normas gerais (interesse nacional) e normas específicas (interesse regional e interesse local). Mas a equiparação é equívoca, porquanto estas tipologias se diferem por diversos outros aspectos[8], investigação que não cabe no presente estudo.

Por isso, norma geral não é equiparável a norma-princípio, isto é: não tem por conteúdo necessariamente a veiculação de princípios e diretrizes. Melhor é referir a uma disciplina de *base* como conteúdo das normas gerais, própria a regular aspectos essenciais e centrais de certa matéria, deixando-se (como regra) margem para a disciplina de assuntos periféricos pelos demais entes federados. Limita-se a esfera de competência legislativa das normas gerais às matérias consideradas centrais, essenciais e gerais acerca de certo campo temático, extrapolado quando se adentra na regulação de questões periféricas, que descem a detalhamentos e minudências alusivas à situação regional ou local.

Quando, portanto, o legislador constitucional outorga competência à União para a disciplina de normas gerais sobre dado tema, está a lhe reservar competência para a regulação de aspectos *centrais*, *gerais* e *essenciais* sobre ele, que exigem um tratamento uniformizado em todo o território nacional.

[8] Observe-se que, enquanto as regras funcionam num esquema de subsunção, os princípios são normas vocacionadas à ponderação, sendo, assim, sopesáveis e relacionáveis entre si numa dimensão de *peso*, de *importância — dimension of weight.* Diferem das *regras* que são aplicáveis numa relação do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*): se os fatos descritos pela norma ocorrerem, ou a norma é válida, e neste caso o comando ofertado deve ser aceito, ou a norma é inválida, caso em que ela não contribui em nada para a decisão. Diferentemente, os princípios são passíveis de se virem afastados uns em relação a outros; o confronto dessas normas se resolve, à luz da proporcionalidade, pelo "peso" e pela "importância" que cada princípio assume no sistema. Portanto, estas noções não diferem unicamente no que diz com seu grau de abstração e generalidade, mas caracterizam formatos jurídicos distintos, que revelam funções distintas no âmbito da hermenêutica. Ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 24, 26 e 27.

3 - O INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º CONFIGURA NORMA GERAL?

Fornecida a noção jurídica de norma geral, ocupo-me da análise do conteúdo da regra do inciso I do § 4.º do art. 2.º, com vistas a responder a indagação acerca de seu caráter de norma geral ou específica.

Neste percurso, pretenderei analisar se esta norma veicula disciplina que se poderia tomar por geral, central ou essencial relativamente ao campo de regulação próprio delimitado pela identidade temática da matéria reservada à competência das normas gerais editáveis pela União (isto é: no âmbito do tratamento regulatório das *modalidades* de contratos administrativos), e se recobre um interesse nacional, capaz de exigir o tratamento unitário por todo o território nacional.

Deve-se pressupor, neste enfrentamento, que *central, essencial* ou *geral* são noções que, opondo-se a específico, particular, regional ou local, recobrem conceitos *relativos*, cuja compreensão depende de sua situação em contextos previamente delimitados. Uma disciplina central ou geral sobre *licitação* pode não corresponder a uma disciplina central ou geral sobre *direito administrativo*, dado que este universo temático é bem mais amplo do que aquele. A escala de generalidade ou de *descentralidade* que informa o raciocínio proposto só se justifica em relação a certo campo temático. Isso me parece óbvio. Mas é importante fixar essa idéia para que se possa melhor situar esse tão difícil exame sobre o caráter geral ou não-geral da regra do inciso I do § 4º. do art. 2º, relacionando primariamente esses conceitos ao seu terreno de aplicação.

Parta-se, então, do fato de que a norma constitucional atribuiu privativamente à União competência para legislar acerca de normas gerais em matéria de *contratos*[9], em todas as suas *modalidades*, como se tira da letra do

[9] Há quem entenda pela inexistência de outorga constitucional à União legislar sobre normas gerais em matéria de contrato administrativo. É o que defendeu FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem a competência dada pela Constituição à União não alcança o regramento da *execução de contratos* (que seria de "economia interna do poder contratante"), mas tão-só (o regramento) acerca da *contratação*, o que traduz em sua ótica a delegação de competência para legislar sobre procedimentos gerais de contratação direta. Justifica o jurista o parecer nos seguintes termos: "Note-se que a expressão contratação – v. g., ato ou procedimento de contratar, mas não de gerir e gerenciar o contrato – pode ser entendido como a fórmula do constituinte para outorgar à União poderes para regulamentar os casos de contratação direta. Pelo entendimento aqui esboçado, seria plausível sustentar que a Carta Maior não seu à União poderes para editar normas dos contratos, mas somente para uniformizar os procedimentos gerais a) de licitação – quando esta couber – e b) de contratação direta." "Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra – inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos", *in Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1998, p. 116.

Ouso discordar de FLORIANO, o que é sempre difícil. Como já sustentei em outro local, ao se utilizar das expressões *licitação* e *contratação*, o texto constitucional deixa bem vincado que a esfera de competência privativa da União não se resume à edição de normas gerais sobre o *processo de formação dos contratos* (o que se identifica pela expressão *licitação*), mas envolve, ainda, o próprio contrato. Fosse a intenção do texto delimitar a esfera de competência ao regramento acerca da licitação e de processos de contratação direta, não faria sentido a inclusão da expressão *contratação*. Ou seja: a prevalecer o entendimento de que a locução *contratação* limita-se a indicar as hipóteses de *contratação direta*, ter-se-ia de reconhecer que sua inclusão no texto tem função supérflua, eis que a própria expressão *licitação* a pressupõe. Regrar sobre

dispositivo. Tem a União, por isso, competência privativa para legislar sobre *normas gerais* no terreno das *modalidades contratuais*. É dentro desse campo temático – das *modalidades contratuais* - que se deve buscar contrastar o cunho geral, regional ou local relativamente aos temas regulados.

Quando se configura juridicamente certa modalidade de contrato administrativo, tipificando-a, está-se, não há dúvida, regulando tema próprio de norma geral. A configuração das notas *básicas* e centrais de certa modalidade contratual específica merece regulação por norma geral, as quais abrangem a fixação da hipótese do *tipo contratual*, a fixação das hipóteses de vedação à sua aplicação, a fixação de diretrizes e parâmetros acerca de sua alterabilidade, do tratamento do equilíbrio econômico-financeiro etc., e todas as questões que cumpram diretrizes ou princípios aplicáveis às contratações como economicidade, razoabilidade, eficiência etc. Fica à conta da legislação complementar de Estados-membros e Municípios questões particulares, como a fixação de procedimentos complementares, prazos e parametrizações acessórias etc.

Aliás, um dado que reforça a evidência de que a regulação dos tipos legais em seus aspectos essenciais merece tratamento uniforme por todo o território nacional tira-se da disciplina dispensada pela Constituição ao direito dos contratos. A delimitação ou a configuração de um *tipo contratual*, no que há de essencial - como, por exemplo, a delimitação jurídica de seu cabimento –, é aspecto que transcende a organização administrativa particular das Administrações e alcança interesses outros da sociedade, tocando o *direito do contrato*. E o tema dos contratos desde sempre mereceu pela Constituição disciplina uniforme no território nacional, regulado por *lei nacional* mediante exercício de competência legislativa privativa da União (inciso I do art. 22 da CF). É da Constituição que se extrai, então, a predominância do interesse nacional subjacentemente à disciplina do direito dos contratos. Delimitar e regular exaustivamente certa modalidade contratual alusiva ao direito civil e ao direito comercial é missão reservada à lei nacional, por exigir a Constituição, neste particular, um tratamento jurídico coerente em todo o território nacional. Numa visão sistemática do texto constitucional, ter-se-ia de reconhecer que a disciplina atinente à delimitação e à configuração básica de modalidade contratual-

---

licitação, então, é sobretudo regrar sobre o seu cabimento, identificando hipóteses em que ela (a licitação) é exigível, inexigível ou dispensável. Uma vez que a Constituição Federal erigiu a licitação como regra a toda e qualquer contratação, as únicas hipóteses admissíveis de contratação direta são aquelas em que há ausência de exigibilidade da licitação (inexigibilidade ou dispensa). A contratação direta significa, por isso, a ausência de licitação. Versar sobre contratação direta, portanto, é versar acerca dos casos de ausência de licitação. Logo, bastaria referir à competência para legislar sobre *licitação* para abranger a disciplina sobre *contratação direta*. Como não se pode presumir, por força de princípio hermenêutico fundamental, que o texto constitucional contenha palavras supérfluas ou faça uso de tautologia, extrai-se a conclusiva tese de que a expressão *contratação* quer significar as matérias relativas aos *contratos* propriamente, envolvendo aí a disciplina acerca de sua execução e conclusão.

É em sentido próximo, ainda, o escólio de ALICE GONZALEZ BORGES que, em monografia específica sobre o tema, já apontou como *normas gerais propriamente ditas* as "normas gerais de licitações e contratos administrativos, fundamentalmente construtoras de uma teoria geral dos contratos administrativos, dentro da categoria dos contratos em geral, pertencente à teoria geral do direito, como espécie autônoma e diferenciada". *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos.* São Paulo: RT, p. 48.

administrativa (fixando-se suas notas centrais) deve merecer tratamento por *norma geral*, sendo daí parcela central e geral daquele campo normativo, na interpretação do inciso XXVII do art. 22 da CF[10].

A questão que se sucede é se a disciplina do valor-piso da modalidade do contrato administrativo PPP conforma um elemento próprio e central desse tipo contratual. Isto é: minha missão é investigar se o valor-piso prescrito pela Lei n. 11.079/2004 configura uma nota *geral* ou *essencial* do *tipo* da PPP (da *modalidade* da PPP). Este exame poderá desdobrar-se em dois passos: investigando-se, antes, (i) se a configuração do valor-piso em contrato de PPP perfaz um tema central e integrativo deste tipo; e, seguidamente, (ii) se o valor-piso tal como *parametrizado* pela norma contém-se nos limites de uma disciplina geral sobre PPP.

Pois bem. Um ponto de partida, como referência de sistematização dos elementos constitutivos do tipo legal do contrato, é oferecido pela classificação tripartite proposta pela "doutrina dos elementos do contrato", segmentando-o em elementos essenciais (*essentialia*), naturais (*naturalia*) ou acidentais (*acidentalia*)[11]. Neste domínio, uma das conquistas da doutrina dos essentialia[12], para fins de qualificação de arranjos fáticos aos tipos legais correspondentes, está em decifrar a seleção dos índices constitutivos do contrato que retratam a *essência* do tipo. Usando-se deste aporte, tentarei verificar se o valor-piso

---

[10] Há quem veja naquele dispositivo *norma geral de direito financeiro*, recusando a classificação que o acolhe como *norma geral sobre contrato administrativo*. É o caso de LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA, que afirma se tratar de norma de direito financeiro "por versar a obtenção de receita pública – neste caso, de receita de financiamento, de caráter, portanto, não coativo (não tributária), já não importando se ocorre ou não seu ingresso e contabilização no caixa do Estado ou, por outra, se o que se verifica é a sua aplicação direta em obras e serviços de infra-estrutura. Mas terá caráter financeiro principal e necessariamente pelo lado da despesa pública, já que implica (i) o nascimento de obrigação de pagamento – que poderá ser satisfeita pelo parceiro público até mesmo de modo direto ao financiador (art. 5º., § 2º., II) -, decorrendo dela (ii) a sua necessária contabilização, (iii) a obrigação de planejamento de orçamento plurianual, (iv) o endividamento de longo prazo da pessoa pública e tocando, certamente, (v) a questão da gestão fiscal responsável". *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 37.

[11] Explica PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que "num processo conceptual-subsuntivo, como é o dos "elementos do contrato", os elementos essenciais fixam os limites da subsunção e, assim, os critérios do juízo binário de inclusão ou de exclusão. Para a inclusão é necessário e suficiente que no caso se verifiquem todos os elementos essenciais; para a exclusão é suficiente que falte um dos *essentialia*, seja qual ele for". Já os *naturalia*, que integram também estruturalmente o tipo, correspondem à disciplina regulativa do tipo (cuja vigência está implícita no tipo, de tal modo que não precisa ser clausulada pelas partes para vigorar, porque é de sua "natureza"). Sob certo ângulo, então, a relação entre os essentialia e os *naturalia* retrata a relação entre a previsão e a estatutição. Os *acidentalia*, por sua vez, definem-se por exclusão das partes. "Designam tudo o que seja estipulado e que não constitua elemento essencial ou natural. Para terem vigência precisam ser estipulados". *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 82.

[12] A doutrina dos *essentialia*, como doutrina que busca a definição dos *elementos essenciais* de um negócio para operar sua qualificação a certo tipo, pressupõe investigá-los a partir de duas ordens de elementos: (a) os que caracterizam o contrato como ato realizado entre as partes; (b) os que conformam o contrato-regulação ou o tipo legal do contrato, definidores de sua noção legal. Este segundo ângulo é o que apresenta relevância para o enfrentamento proposto no presente estudo, onde se pretende investigar os elementos essenciais do tipo legal da PPP, demonstrando-se que o valor-piso compõe esta seleção, sendo que, defini-lo, é regular aspecto essencial do próprio tipo.

relativamente ao modelo da PPP perfaz os índices centrais do tipo capazes de espelhar a essência do modelo, como a sua *função*, *configuração* e *sentido*. No dizer de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, os elementos essenciais, dentro dos elementos do tipo (legal), seriam aqueles cuja seleção é definidora da subsunção[13]. Se a regra do valor-piso compuser o conjunto dos elementos característicos e definidores (centrais, portanto) do tipo, penso que recobrirá matéria afeta à norma geral.

Examine-se-a, antes, sob o ângulo da *função* do tipo. A função ou causa[14] do contrato é explicado pela doutrina como a função objetiva do tipo legal. Refere-se costumeiramente como tal à função econômica ou social do contrato[15]. Como caracterização legal de uma operação econômica, o tipo do contrato recobrirá sempre uma certa função econômica ou social que pode ser apreendida pela sua tipificação. Visto sob sua funcionalidade, o modelo da PPP apresenta vocação para atrair investimentos a empreendimentos em infra-estrutura. O valor-piso, neste contexto, delimita investimentos mínimos a serem realizados pelo parceiro privado. Entendendo-se, como entendo, o valor do contrato como o montante equivalente ao financiamento encarregado ao parceiro privado no ajuste de PPP, evidencia-se uma função precípua revelada pela regra do valor-piso em exigir quantitativo mínimo de financiamento capaz de deferir ao parceiro privado-colaborador certos "benefícios" que decorrem da disciplina jurídica da PPP, como o regime de prazos alongados e o sistema especial de garantias.

Ainda sob o ângulo da funcionalidade das PPPs, que se justificam como um meio de imprimir eficiência e economicidade aos ajustes com vistas a implementar e incrementar infra-estrutura pública, o estabelecimento de um valor-piso evita a elevação dos custos transacionais (como se verá adiante), o que poderia resultar da aplicação do modelo a arranjos de pequeno porte financeiro, em vista da existência de elevados custos que se poderiam dizer insensíveis à dimensão econômico-financeira do contrato, atinentes a estudos e projetos para assegurar a viabilidade de uma PPP.

Além da *função* como índice do tipo, a *configuração* do contrato-tipo é um outro elemento importante na composição da sua *essência*. O modo como se articulam as peças integrativas do tipo definem um desenho próprio de cada tipo, imprimindo-lhe identidade (fisiológica, por assim dizer). No âmbito de sua articulação, de sua justaposição, a subtração de peças integrativas da configuração de um tipo pode produzir a sua desfiguração, desequilibrando uma relação de correspondência que deve informar a convivência harmoniosa entre seus elementos constitutivos, e que se retrata especialmente numa relação equilibrada entre hipóteses da *previsão* e comandos da *estatuição* (ainda que na estruturação do *tipo* não se verifique tão claramente a configuração dúplice que caracteriza a norma jurídica, como regra). Neste particular, meu propósito é verificar se o valor-piso integra a *configuração* do tipo – vale dizer: se a sua subtração poderia desequilibrar o desenho do tipo legal; se da articulação

[13] *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 84.
[14] Para uma crítica à *causa* como critério autônomo de qualificação ver DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 94 e ss.
[15] VASCONCELOS. Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 124 e 125.

sistêmica dos elementos essenciais da configuração do tipo da PPP, a prescrição do valor-piso encaixa-se como peça central na conformação do tipo-previsão de molde a justificar o tipo-regulação (estatuição).

Parece-me fora de dúvida que o valor-piso é um dado *pressuposto* para a construção do regime jurídico das PPPs, justificador, sobretudo, de comandos fundamentais que dão identidade ao regime jurídico peculiar do modelo. A exigência de valor mínimo do contrato como pressuposto de validade de uma PPP encontra sua razão de ser na formatação (financeira) deste modelo contratual, no seu regime jurídico próprio. Alguns efeitos jurídicos da aplicação do modelo se justificam naquele dimensionamento. Alude CARLOS ARI SUNDFELD (tomando o *valor do contrato* como sendo o valor de investimento a ser provido pelo parceiro privado) que *"os R$ 20 milhões são o montante de investimento privado considerado mínimo pela lei para justificar a outorga, ao contratado, dos benefícios do regime da concessão – o prazo longo, as proteções especiais em caso de rescisão etc"*[16]. Agrego que a previsão de um fundo garantidor a garantir o cumprimento das obrigações do parceiro público acolhido pelo modelo de PPP também se legitima na dimensão do porte financeiro do contrato e na duração alongada de sua execução. Logo, todas estas características apresentam-se sistemicamente vinculadas, sendo que o valor mínimo do contrato não nasce como um elemento autônomo, capaz de ser relativizado sem atingir a essência genética do modelo. Não se trata de mero complemento ou detalhamento de uma disciplina básica da PPP, mas é um verdadeiro elemento configurativo da essência do modelo.

Portanto e ao contrário do que se pode pensar, eliminar ou relativizar a parametrização do porte financeiro mínimo da PPP incorre no risco de desnaturar a modalidade contratual, desequilibrando as relações de causa e efeito pressupostas na base desse modelo.

Indo além, pode-se dizer ainda que o valor-piso serve e se integra ao *sentido* do tipo das PPPs. O *sentido*, ao lado de outros aspectos, é um índice do tipo, na observação de PEDRO PAIS DE VASCOLCELOS. Os tipos contratuais têm um sentido próprio que lhes dá coerência. *"Os tipos contratuais são micro-sistemas móveis de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério directivo".* Após definir a *configuração* como o modo de ordenação interna dos elementos do tipo, explica o *sentido* como o critério diretivo desta configuração. *"O sentido é o que dá unidade ao contrato e ao tipo contratual, é o que dá critério à sua configuração. É o código genético-organizativo"*[17]. Desse prisma, é conclusivo que a configuração normativa do modelo das PPPs está orientada a regular hipóteses de contratos que envolvam grandes empreendimentos, que comportem investimentos expressivos aportáveis pelo parceiro privado (assegurados pela imposição de um valor-piso), assegurando-lhe garantias especiais. Há, pois, uma função relevante na formação do *sentido* do tipo das PPPs reservada à regra do inciso I do § 4º. do art. 2º.

Assim, parece correto admitir que aquela prescrição está integrada na base do regime das PPPs, sendo elemento configurativo *essencial* de seu tipo legal.

[16] "Guia Jurídico...", p. 34.
[17] *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 149.

Pois a delimitação das notas essenciais do tipo contratual parece ser objeto próprio de norma geral, apta a regular, em aspectos centrais e gerais, modalidades de contrato administrativo.

Até aqui é conclusivo, segundo o entendimento que defendo, ter a regra do § 4º. do art. 2º, como uma peça-chave na definição da modalidade contratual da PPP, caráter de *norma geral*.

Mas, diriam alguns, se é certo que a definição de um valor piso na hipótese da PPP pode mesmo ser acolhida como elemento central da criação dessa modalidade de contrato, o que autoriza a conclusão de que poderá ser fixada por norma geral, o que se recusa, em última análise, é o caráter restritivo da parametrização concretamente imposta pela norma, que torna inacessível o uso da modalidade de contato por unidades federadas de menor porte financeiro, avançando-se então em competência legislativa suplementar dos demais entes, em vista da proteção do interesse regional e local. A defesa desta tese pressupõe reconhecer que, sendo o contrato de PPP um contrato financeiro, por constituir via para o financiamento de empreendimentos em infra-estrutura e ter a sua configuração atrelada a níveis de capital envolvido na execução de seu objeto, sua parametrização no que diz com valores mínimos do contrato há de ser nivelada autonomamente pelos entes regionais e locais, dado que a cada um corresponde porte econômico-financeiro distinto. Supõe-se, neste giro, sendo certa a necessidade de fixar-se um valor-piso para a disciplina da PPP (por ser um elemento integrativo de sua configuração), que a calibragem do valor-piso deverá proceder-se caso a caso por relacionar-se a características locais e regionais.

Um possível efeito jurídico desta tese - admitindo-se que o valor-piso é mesmo um elemento integrativo do tipo desta modalidade, mas se negando o caráter de norma geral quanto à parametrização do valor-piso - estaria em aceitar a exigência de valor-piso como vinculante de todas as esferas federadas, ainda que se reconheça a possibilidade de cada uma destas ordens parametrizá-lo de acordo com interesses regionais e locais. Ou seja: neste viés, Estados e Municípios (e o Distrito Federal) não poderiam desatender a exigência ou simplesmente estabelecer normas que eliminassem a exigência de um valor-piso. Mas lhes caberia a edição de regra modificativa do conteúdo numérico do valor-piso veiculado pelo inciso I do § 4º. do art. 2º. Talvez se pudesse dizer que, ainda quanto aos efeitos jurídicos que decorreriam do acolhimento desta tese, as demais ordens federadas estariam obrigadas ao atendimento do valor-piso disciplinado pela Lei n. 11.079/2004 até que produzissem suas legislações específicas, matizando-o relativamente aos interesses regionais e locais.

Insisto em rejeitar a tese que pretende negar o caráter de norma geral daquela regra. Agora o faço sob a perspectiva do conteúdo mais específico da norma, tomando-se em causa os parâmetros de sua definição. Se acima pretendi demonstrar que a espécie temática objeto daquela regra afigura-se *central* e *geral*, atendendo à exigência do tipo normativo das normas gerais, tentarei agora demonstrar que ela segue assim qualificada ainda sob o ângulo da parametrização mais específica traçada pelo seu conteúdo, isto é: quando

delimita parâmetros financeiros exigentes para admitir a validade da roupagem contratual concebida.

Nesta missão, pretenderei demonstrar que aquela regra, tal como parametrizada, recobre um *interesse nacional* que justifica a uniformização da disciplina em todo o território nacional.

Por primeiro, chamarei a atenção para uma finalidade jurídico-organizativa própria dos sistemas jurídicos - própria, portanto, do sistema do contrato administrativo. Trata-se de dizer que, sob uma perspectiva externa ao modelo da PPP - mas interna ao subsistema do direito do contrato administrativo[18] -, aquela prescrição guarda uma função jurídico-organizativa, com propósito de melhor delimitar as modalidades contratuais genericamente desenhadas, evitando-se a superposição de regimes jurídicos. Particularmente, essa função releva-se mais evidente quando se toma em conta a modalidade de concessão administrativa, cujo objeto é equiparável sob alguns ângulos ao objeto dos contratos administrativos gerais (ao contrato de prestação de serviços regido pela Lei n. 8.666/93). Assim, a fixação daquele parâmetro (conjuntamente com o estabelecimento de prazo mínimo e outros condicionantes) justifica-se no propósito de evitar a sobreposição de regimes jurídicos, distanciando a concessão administrativa do modelo dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei n. 8666/93. O papel de bem preservar a funcionalidade de regimes jurídicos especiais deve ser reservado à disciplina da norma geral. As linhas mestras à contratação administrativa que hão de ser obedecidas em todo o território nacional devem acolher uma adequada delimitação funcional dos tipos postos à disposição da Administração. Como aludiram os diversos pareceres que vieram à luz ainda durante a gestação do projeto de PPP, a proposta de se fixar valor mínimo para os contratos desta natureza amparou-se no objetivo de preservar a aplicação do regime jurídico da Lei n. 8666/93 para ajustes menos expressivos, evitando-se a migração generalizada ao modelo das PPPs (dada a atratividade à Administração da engenharia financeira pressuposta)[19]. Alude-se então ao risco

[18] Abrangente dos modelos do contrato administrativo geral (Lei n. 8666/93), do contrato de concessão de serviços públicos (Lei n. 8987/95) e do contrato de parceria público-privada (Lei n. 11079/2004).

[19] Essa preocupação vem evidenciada no voto do Relator Senador João Tenório, ao transitar pela Comissão de Serviços de Infra-Estrutura do Senado o Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004 (PL nº 2.546, de 2003, na Casa de origem), alterado posteriormente para a versão final do Substitutivo que deu origem à Lei Geral de PPPs, em que se consignou: "Em que pesem todos os argumentos aqui lançados, tendo em vista as negociações mantidas com os representantes do Poder Executivo, e até mesmo para viabilizar a aprovação consensual do substitutivo, atendendo a pleito que nos foi apresentado pelos representantes do Poder Executivo, os quais sustentam que, em algumas hipóteses, poder-se-ia justificar-se a adoção do modelo de PPP para os contratos de execução de obra, houvemos por bem manter os incisos III e IV, mas prevendo valor mínimo para a contratação, com vistas a evitar que as PPPs se tornem lugar comum e façam da Lei Geral de Licitações letra morta. Com efeito, a adoção do modelo de parceria público-privada na execução pura e simples de obra para a administração pública, nos termos do projeto, abriria a possibilidade de se afastar dos contratos de obra pública, de uma maneira generalizada, o regime da Lei nº 8.666, de 1993, o que não nos parece razoável. Esse diagnóstico ainda é mais preocupante quando notamos que o projeto sequer fixou limites financeiros ou temporais mínimos para a classificação de um contrato como de PPP. Nesse ponto, também entendemos pertinentes as preocupações manifestadas pelo Sinduscon/SP, que propugna a supressão dos mencionados incisos, mas cremos que a fixação de um limite financeiro

da banalização do modelo das parcerias, incorrendo-se numa espécie de desorganização do sistema administrativo-contratual vigente no direito brasileiro no que toca à separação (e identificação) funcional de seus modelos constitutivos. As parcerias serão assim uma tipologia geneticamente vocacionada a projetos de maior envergadura financeira.

Ainda sob um ângulo externo ao modelo, a exigência de valor mínimo do contrato parece fundar-se num postulado de economicidade e eficiência, sendo perceptível um interesse nacional em prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infra-estrutura e evitar a perda de escala dos recursos. Por isso também, há forte espaço para a consolidação da presunção de constitucionalidade da norma (como norma geral), como bem apanha MARCOS JURUENA[20]. Cumpre aquela norma, pois, função voltada à eficiência e à economicidade na manipulação de recursos destinados a projetos estruturantes.

Esta razão, de cunho econômico, prende-se à questão dos *custos de transação*. A realização completa de um projeto de PPP envolve inevitavelmente custos altíssimos e insensíveis à grandeza e ao porte do contrato de PPP. Especialmente, a missão de avaliação de riscos pressupõe uma multiplicidade de estudos de elevada complexidade. *"Harmonizar a diversidade de interesses é tarefa complexa e que envolve consultores, técnicos, advisors financeiros e muitos advogados, o que faz com que os Project Finance sejam soluções onerosas"* – apontam CLAUDIO AUGUSTO BONOMI e OSCAR MALVESSI[21]. Considerados os inúmeros mecanismos de mitigação de risco, materializados na forma de contratos, conclui-se que *"o empreendimento necessita dispor de um nível de resultados suficiente para suportar esses encargos, estabelecendo-se, dessa forma, uma premissa decorrente. Empreendimentos de pequeno porte não são adequados para essa estruturação financeira, pois não possuem massa crítica suficiente para absorver todos esses dispêndios".*[22]

Verifica-se, então, inexistir uma relação de proporcionalidade entre o porte financeiro de uma PPP, ou o valor estimado ao contrato, e as despesas de produção do projeto. Isso acarreta uma espécie de perda de economia de escala à medida que decresce o valor do contrato. Como o valor dos custos de um projeto de PPP apresenta-se pouco sensível a variações na dimensão econômico-financeira do projeto, quanto maior for o porte financeiro do

---

mínimo, somada ao limite temporal que introduzimos no art. 2º, presta-se a afastar a banalização do uso das PPPs em contratos de execução de obra pública".

[20] Como refere o autor: "É claro que o objetivo da norma foi evitar a descaracterização das concessões comuns, com emprego pulverizado de recursos, o que retira a escala de grandes investimentos, dos quais o país carece, podendo ser aplicado um juízo de presunção de constitucionalidade em função de estar a norma geral fixando uma densificação do princípio da econmicidade, evitando a perda de escala dos recursos e a inviabilização de projetos de grande porte. Tanto isso é certo, que o art. 4º, I, explicita a diretriz de eficiência nas missões e no emprego dos recursos da sociedade". *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 36.

[21] *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

[22] *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

empreendimento, melhor será o aproveitamento econômico do custo do projeto, menor serão os custos de transação envolvidos na operação[23].

Essa uma das razões pelas quais se constata que, no Brasil, assim como fora dele, têm sido quase inexistentes *project finances* inferiores a US$ 100 milhões[24].

Portanto, é preciso entender a norma à luz também da diretriz de eficiência e ganhos de produtividade que se impõe às PPPs (incisos I e VII do art. 4º). Modelar ajustes de parceria público-privada a partir de contratos de pequena dimensão econômico-financeira importa suportar custos transacionais elevados. A finalidade de reduzir custos de transação, ampliando a economicidade e a eficiência nas contratações administrativas, orientou, por isso, a configuração de um valor-piso para contratos de PPP.

Todas estas ponderações conduzem a afirmar a natureza daquela norma como *norma geral*. E acrescento: norma geral acerca de *contrato administrativo*, recusando a tese de que o dispositivo versaria sobre *norma geral de direito financeiro.* Ainda que já se tenha superada a tese segundo a qual os institutos da licitação e do contrato administrativo respeitariam ao direito financeiro (e não ao direito administrativo propriamente dito) – polêmica que se instalou na vigência da Constituição passada -[25], fato é que algumas peculiaridades do modelo das parcerias público-privadas nitidamente alusivas ao direito financeiro têm conduzido alguns autores a ver nesta modalidade objeto do campo regulatório do direito financeiro. Mais precisamente, a exigência de valor mínimo do contrato - lido por aqueles autores como valor a ser investido pelo parceiro privado na esfera da parceria - é admitida como norma de direito financeiro, o que lhes dá a convicção de ser norma geral de direito financeiro. No entanto e sem recusar a existência de normas de direito financeiro no bojo do modelo das PPPs, não me parece que a regra que fixa valor mínimo do contrato assim se qualifique. É que, como referi, esta disciplina é elemento constitutivo da configuração jurídica da modalidade da PPP, respeita à delimitação do tipo contratual da parceria. Ainda que indiretamente reflita no tratamento do direito financeiro, como, de resto, refletem um sem-número de outros temas abrigados no campo do direito

[23] Como anotam ROBERT COOTER e THOMAS ULEN, os custos de transação em muitos contratos são pequenos em relação ao excedente derivado da cooperação; "en otros casos estos costos de transacción son grandes en relación con el excedente derivado de la cooperación. En efecto, estos costos de transacción son a menudo tan grandes en relación con el excedente que impiden la cooperación". *Derecho Y Economía*. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1998, p. 267.

[24] *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

[25] A cogitação relembra a polêmica instalada ainda ao tempo da Constituição passada, quando, não havendo previsão acerca da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato administrativo, inferiam alguns daquele texto que estes institutos correspondiam ao campo do direito financeiro, emprestando assim a competência privativa da União para editar normas gerais sobre direito financeiro (alínea "c" do inciso XVII do art. 8º) à regulação das licitações e contratos administrativos. Mas a discussão restou superada com a expressa previsão da nova Carta à competência inscrita no inciso XXVII do art. 22, atribuindo-se à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato administrativo.

administrativo, devem ser tratadas como questão de direito contratual administrativo.

Os argumentos da contra-tese, engenhosamente construídos por LUIZ TACÍSIO FERREIRA, resumem-se a reconhecer que (i) versa a norma acerca de obtenção de receita de financiamento (não importando de ocorre ou não seu ingresso e contabilização no caixa do Estado); (ii) tem a norma caráter financeiro principal e necessariamente pelo lado da despesa pública, já que *"implica (i) o nascimento de obrigação de pagamento – que poderá ser satisfeita pelo parceiro público até mesmo de modo direto ao financiador (art. 5º., § 2º., II) -, decorrendo dela (ii) a sua necessária contabilização, (iii) a obrigação de planejamento de orçamento plurianual, (iv) o endividamento de longo prazo da pessoa pública e tocando, certamente, (v) a questão da gestão fiscal responsável"*[26].

Com respeito aos argumentos levantados, não vejo nestas hipóteses situações que singularizariam os contratos de parceria (especialmente a *concessão administrativa*, que é a modalidade que melhor cabe nas críticas apontadas) sob o ângulo financeiro. Isto é: as situações apontadas poderiam ser reconduzidas a qualquer atividade contratual administrativa. Explico: a obtenção de receita sem contabilização como tal, como uma operação *indiretamente* financeira (ou financeira de um ponto de vista prático), ocorre em toda a contratação administrativa, uma vez que, sob certo ângulo, o contratado, seja num contrato concessório, seja num contrato administrativo geral, financia a execução das prestações que serão tomadas pela Administração ao final do adimplemento, a partir do pagamento de um preço. Esse financiamento é operação subjacente a todo contrato, sendo que, admiti-la como objeto do direito financeiro, seria absorver o instituto do contrato administrativo nesse ramo do direito, eliminando daí a utilidade da prescrição inscrita no inciso XXVII do art. 22 da CF.

Aliás e relativamente às concessões patrocinadas, o mecanismo de "obtenção de receita" (que aproveita apenas mediatamente à Administração), auto-alimentador do sistema de remuneração concessório, em nada destoa do sistema convencional das concessões, desde sempre tratadas como matéria própria dos domínios do direito administrativo.

Pelo lado da despesa pública, não vejo, por igual, a singularização do tratamento das PPPs ao problema. O nascimento de obrigação de pagamento também decorre de todo contrato administrativo, sendo que a hipótese de satisfação do crédito do parceiro privado diretamente ao agente financiador em nada foge ao tratamento do contrato administrativo ou da teoria dos contratos. Trata-se, esta, de uma garantia à figura do agente financiador do projeto. Situações similares podem ser encontradas no regime tradicional das concessões (comuns) de serviços públicos – e jamais se cogitou de tratá-las à luz do direito financeiro. Por outro lado, as decorrências indicadas também não são situações alheias ao regime convencional dos contratos administrativos. Lembre-se que a contabilização de despesas futuras em plano plurianual é exigida nos contratos de

[26] *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 37.

prestação continuada regidos pelo art. 57 da Lei n. 8666/93, assim como a gestão fiscal responsável repousa sobre toda a atividade administrativa que gera despesas à Administração.

Por isso, aquela regra é norma (geral) de direito administrativo.

3.1 - SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO REGRA DO INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º

Resumindo tudo, posso dizer que a norma do inciso I do § 4º. do art. 2º, ao veicular a exigência de um valor mínimo para ajustes de PPP, é sim *norma geral de direito administrativo*, uma vez que:

a) a exigência de valor-piso é peça constitutiva de aspectos essenciais do tipo legal da PPP. Como a Constituição outorgou competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de modalidade de contrato administrativo, a veiculação de elemento central ou essencial da configuração do tipo legal é, fora de dúvida, matéria afeta à norma geral;

b) a exigência de valor-piso recobre um interesse nacional, que lhe exige a unificação de tratamento jurídico em todo o território nacional. O interesse transcendente se demonstra:

b.1) na própria configuração normativa de modalidade de contrato administrativo em seus traços formativos, como é o valor-piso. A subtração ou relativização do valor-piso poderá produzir a desfiguração do modelo, desequilibrando a relação de correspondência que há entre ele e certos comandos do regime jurídico da PPP;

b.2) na função organizacional do sistema jurídico do contrato administrativo, prestando-se o valor-piso a melhor delimitar o uso do modelo da PPP relativamente a outros regimes – o que ganha relevância na autonomização da PPP, vista sob o figurino da concessão administrativa, em contraste com o contrato administrativo geral (Lei n. 8666/93);

b.3) por recobrir a prescrição do valor-piso aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência, ao prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infra-estrutura e evitar a sua perda de escala, e, ainda, ao promover a economia dos custos de transação, uma vez que as PPPs envolvem (em todos os casos) altíssimos custos de projetos, insensíveis à grandeza do contrato, o que exige, para evitar seu uso antieconômico, que o contrato possua expressiva dimensão econômico-financeira.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O CONCEITO DE NORMA GERAL E A REGRA DO VALOR MÍNIMO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (INCISO I DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI Nº 11.079/2004). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FERNANDO-VERNALHA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.