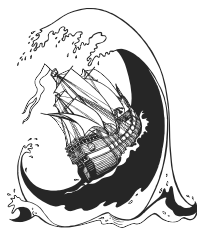


ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA



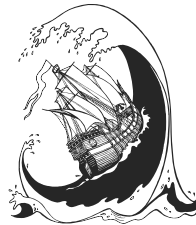
CONTRACORRENTE

GILBERTO BERCOVICI
RAFAEL VALIM
(*Coordenadores*)

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

São Paulo

2015



CONTRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo - USP)

Helena Taveira Torres
(Universidade de São Paulo - USP)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)

Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressureição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

- B486 BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael et al.
Elementos de Direito da Infraestrutura | Gilberto Bercovici, Rafael Valim
(coordenadores) – São Paulo : Editora Contracorrente, 2015.
ISBN: 978-8569220-04-6
Inclui bibliografia
1. Direito. 2. Direito Administrativo 3. Direito constitucional. 4. Direito público.
5. Direito Financeiro. 6. Política. I. Título.

CDU - 342.9

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	11
APRESENTAÇÃO	15
INFRAESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO – Gilberto Bercovici	17
ASPECTOS MACROJURÍDICOS DO FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA – Luís Fernando Massonetto	27
1. INTRODUÇÃO	27
2. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS	29
3. A INFRAESTRUTURA	35
4. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO	38
5. O FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA: FUNDING, RISCO E GARANTIAS	42
6. A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA	46
7. CONCLUSÃO	50
BREVES NOTAS SOBRE O <i>PROJECT FINANCE</i> COMO TÉCNICA DE FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA – Walfrido Jorge Warde Júnior e Diogo Nébias	53

1. UMA BREVE DESCRIÇÃO DO FENÔMENO ESTUDADO	53
2. O <i>PROJECT FINANCE</i> E A INFRAESTRUTURA COMO TÉCNICAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	56
3. HISTÓRICO DO <i>PROJECT FINANCE</i> NO MUNDO E NO BRASIL	59
4. OS ATORES DO <i>PROJECT FINANCE</i> NO BRASIL E O PAPEL QUE DESEMPENHAM	62
5. CARACTERÍSTICAS DO <i>PROJECT FINANCE</i>	66
6. A DIFERENÇA ENTRE <i>PROJECT FINANCE</i> E FINANCIAMENTO TRADICIONAL	69
7. A DIFERENÇA ENTRE <i>PROJECT FINANCE</i> E FINANCIAMENTO ESTRUTURADO	70
8. O <i>PROJECT FINANCE</i> SOB O PONTO DE VISTA DOS INTERESSES PRIVADOS	72
9. RISCOS DO PROJETO E SUA ALOCAÇÃO	72
9.1 Identificação de risco e análise.....	73
9.2 Alocação de risco.....	73
9.3 Administração de risco.....	74
9.4 Modalidades de risco.....	75
9.5 Fase de construção	75
9.6 Fase de operação	78
9.7 Riscos de operação	79
9.8 Riscos de mercado.....	81
9.9 Riscos regulatórios.....	82
9.10 Riscos políticos	82
9.11 Força maior	83
9.12 Nível de endividamento.....	83

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

10. INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO BRASIL.....	85
11. RECENTES DESAFIOS PARA O <i>PROJECT FINANCE</i> NO BRASIL	86
ASPECTOS GERAIS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONTRATAÇÃO PÚBLICA E INFRAESTRUTURA – Irene Patrícia Nohara.....	89
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	89
2. INFRAESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO	90
3. DESDOBRAMENTO DO MODELO DE CONCESSÕES	95
4. SURGIMENTO DO MODELO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E ASPECTOS GERAIS	99
5. PROBLEMÁTICAS TÉCNICAS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO QUADRO DO REGIME DAS CONCESSÕES.....	102
6. CONCLUSÃO.....	110
7. REFERÊNCIAS.....	112
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E PPPS: ASPECTOS FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS – Heleno Taveira Torres e Suzana Soares Melo.....	115
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	115
2. CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: BREVES DELINEAMENTOS	119
3. A CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA E AS RECEITAS TRIBUTÁRIAS: CONCRETIZAÇÃO DE GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	122
4. AS IMUNIDADES E A PRESTAÇÃO DESCENTRALIZADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	124

5. TRIBUTAÇÃO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	135
5.1 O pagamento pelos usuários dos serviços públicos: taxa ou tarifa?.....	136
5.2 O aporte de recursos e a contraprestação advindos do Poder Público	141
5.3 A tributação da remuneração e contraprestação percebidas na prestação de serviços de infraestrutura por concessionárias de serviços.....	145
6. A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS.....	156
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	158
REFLEXÕES SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS – RDC – Rafael Valim	161
1. INTRODUÇÃO	161
2. A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR NO CONTEXTO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATATAÇÕES – RDC.....	162
3. O SIGILO DO ORÇAMENTO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	164
4. CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	166
4.1. Critério de julgamento	167
4.2. Alterações contratuais.....	171
5. CONCLUSÃO.....	173
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173
SANEAMENTO BÁSICO – Ricardo Marcondes Martins	177
1. COMPETÊNCIA DA UNIÃO	177
2. CONCEITO	178

ELEMENTOS DE DIREITO DA INFRAESTRUTURA

3. NATUREZA JURÍDICA	179
4. TITULARIDADE DOS SERVIÇOS	181
5. TITULARIDADE DOS RECURSOS HÍDRICOS E TITULARIDADE DA PRESTAÇÃO	184
6. REGIÕES METROPOLITANAS	186
7. CONSORCIAMENTO COMPULSÓRIO	189
8. CONSORCIAMENTO VOLUNTÁRIO	192
9. “REGULAÇÃO” DOS SERVIÇOS	195
10. CONDIÇÕES DE VALIDADE DO CONTRATO	198
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202
O DEVER DE PLANEJAMENTO ESTATAL E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO – Augusto Neves Dal Pozzo.....	207
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	207
2. CONTEXTO HISTÓRICO DA DISCIPLINA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	210
3. DO DEVER DE PLANEJAMENTO E OS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO	230
DESESTATIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA FEDERAL DE TRANSPORTES E FINANCIAMENTO PÚBLICO: ALGUNS PONTOS DE DISCUSSÃO – Danilo Tavares da Silva.....	241
1. INTRODUÇÃO	241
2. AS ATIVIDADES FEDERAIS DE TRANSPORTE.....	243
3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DO PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO DOS TRANSPORTES NA ESFERA FEDERAL ..	246

3.1 Setor ferroviário.....	248
3.2 Infraestrutura rodoviária.....	250
3.3 Infraestrutura aeroportuária.....	252
3.4 Infraestrutura portuária.....	253
4. FINANCIAMENTO PÚBLICO DA DESESTATIZAÇÃO DA INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES?.....	255
4.1 Financiamento público da política de redução dos gastos públicos?.....	258
4.2 Modalidades de financiamento público.....	264
4.3 Agentes das políticas de financiamento público.....	267
5. OBSERVAÇÕES FINAIS.....	275
CONTROLE PÚBLICO DE PROJETOS DE INFRAESTRU- TURA – Fernando Facury Scaff.....	277
1. POSIÇÃO DA QUESTÃO.....	277
2. SOBRE O QUÊ INCIDE O SISTEMA PÚBLICO DE CON- TROLE DE CONTAS.....	279
3. QUEM CONTROLA E QUEM AUXILIA NO CONTROLE ..	287
4. GARANTIAS PRESTADAS PELO PODER PÚBLICO NOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: VINCULAÇÃO DE RECEITAS E O FUNDO GARANTIDOR.....	293
5. CONCLUSÕES.....	304

SOBRE OS AUTORES

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na PUC-SP. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Especialista em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação da Universidade de La Coruña – Espanha. Professor Convidado do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidad de Belgrano – Argentina. Pós-graduado em Management Program for Lawyers e Corporate Governance pela Yale School of Management. Presidente da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do Comité de Coordinadores Nacionales da Red Iberoamericana de Contratación Pública. Diretor da Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF). Diretor da Revista Internacional de Direito Público (RIDP). Coordenador da Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. Diretor do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Membro da Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Membro da International Bar Association (IBA). Membro do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP). Advogado. Sócio Fundador do Escritório Dal Pozzo Advogados.

DANILO TAVARES DA SILVA

Mestre e doutor em Direito Econômico pela USP. Professor de Direito Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da FGV Direito SP. Advogado em São Paulo.

DIOGO NÉBIAS

Bacharel em direito pela USP. Master of Laws pela London School of Economics. Advogado em São Paulo

FERNANDO FACURY SCAFF

Professor da Faculdade de Direito da USP. Doutor e Livre Docente pela mesma Universidade. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Sócio de Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff – Advogados.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da USP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

HELENO TAVEIRA TORRES

Professor titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-Docente em Direito Administrativo e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou e fez mestrado. Professora-Pesquisadora do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho. Professora de Fundamentos de Direito Público da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e autora de obras jurídicas de direito público.

LUÍS FERNANDO MASSONETTO

Professor de Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP (Departamento de Direito Econômico, Financeiro

e Tributário). Graduado em Direito pela mesma Universidade. Doutor em Direito Econômico pela USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Regulação do Capitalismo.

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP.

RAFAEL VALIM

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Visitante da Università Commerciale Luigi Bocconi (Itália). Coordenador do Curso Euro-Brasileño de Postgrado sobre Contratación Pública – Faculdade de Direito da Universidade de La Coruña (Espanha). Professor do Mestrado em Direito Administrativo da Economia da Universidade Nacional de Cuyo – Mendoza (2012). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Universidade Nacional de Comahue (Argentina). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI. Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA. Secretário da Comissão Especial de Direito da Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Membro da Comissão Especial de Controle dos Gastos Públicos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diretor Executivo da Red Iberoamericana de Contratación Pública (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, publicada pela Editora Fórum. Publicou anteriormente: *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro* (Contracorrente, 2015); *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro* (Malheiros Editores, 2010). Coordenou as seguintes obras: *Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana* (Bubok Publishing, 2015, em conjunto com Juan José

Pernas García); Acesso à informação pública (Editora Fórum, 2015, em conjunto com Antonio Carlos Malheiros e Josephina Bacariça); Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura (Editora Fórum, 2014, em conjunto com Augusto Neves Dal Pozzo, André Luiz Freire e Bruno Aurélio); Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos fundamentais (3ª ed., Editora Fórum, 2014, em conjunto com Márcio Cammarosano e Augusto Neves Dal Pozzo); Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo (Editora Fórum, 2013, em conjunto com José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo); Direitos humanos: desafios e perspectivas (Editora Fórum, 2011, em conjunto com Antonio Carlos Malheiros e Josephina Bacariça). Advogado.

SUZANA SOARES MELO

Doutora em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da FAAP. Advogada.

WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR

Bacharel em direito e em filosofia pela USP. Master of Laws pela New York University School of Law. Doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

APRESENTAÇÃO

Sabe-se que alguns temas no Direito, à semelhança de outras ciências, sofrem frequentemente o assalto de modismos que os empobrecem e os vulgarizam. Não há dúvidas de que a “infraestrutura”, ao converter-se em uma das grandes “modas” do Direito Público brasileiro, passou a ser vítima deste nefasto fenômeno.

O leitor logo notará, entretanto, que a presente obra coletiva está na contramão desta tendência. Os artigos nela reunidos, da lavra de reputadíssimos juristas brasileiros, oferecem uma visão ampla, original e profunda acerca de assuntos da máxima relevância.

Ademais, a corresponder com a inerente interdisciplinaridade do tratamento jurídico da infraestrutura, nela se descortina um fascinante diálogo entre o Direito Constitucional, o Direito Econômico, o Direito Administrativo, o Direito Financeiro, o Direito Tributário e o Direito Societário.

Não podemos deixar de registrar também que esta publicação é resultado do exitoso Curso de Verão intitulado “Direito Econômico e Infraestrutura”, realizado entre os dias 2 a 5 fevereiro de 2015 pelo Programa de Pós-Graduação e o Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, de cujos debates, animados por mais de 300 alunos, emergiu um riquíssimo conteúdo.

GILBERTO BERCOVICI, RAFAEL VALIM (COORD.)

À vista disso é que, com indisfarçável satisfação, trazemos a público o presente livro, na expectativa de que ele possa contribuir para a concretização do projeto emancipatório consagrado na Constituição Federal de 1988.

Gilberto Bercovici

Rafael Valim