

<i>Nota dos Autores</i>	15
<i>Apresentação (por Edward Farquharson)</i>	19
<i>Prefácio (por Carlos Ari Sundfeld)</i>	21

INTRODUÇÃO

I – O PROBLEMA TERMINOLÓGICO	25
<i>I.1 – A ambigüidade da expressão “PPP”</i>	25
<i>I.2 – Os contratos que integram o programa de “Private Finance Initiative” (PFI) inglês e suas semelhanças com as PPPs brasileiras</i>	30
<i>I.3 – Definindo as PPPs pela sua estrutura econômica</i>	32
<i>I.4 – Definindo as PPPs pela sua inserção no histórico das concessões de serviços públicos</i>	
<i>I.4.1 – Um arcabouço histórico para compreensão da evolução dos contratos de concessão</i>	37
<i>I.4.2 – As PPPs enquanto instrumento para evolução e aperfeiçoamento da experiência brasileira com as concessões</i>	46
II – BREVE HISTÓRICO DA LEI DE PPP BRASILEIRA	50
III – O QUE É NECESSÁRIO PARA SE FAZER UMA PPP?	52
<i>III.1 – A forma de agrupamento e gerenciamento da contratação dos estudos necessários à implantação de PPP</i>	55

COMENTÁRIOS

ART. 1º

I – ÂMBITO DE VALIDADE DA LEI DE PPP	57
<i>I.1 – A possibilidade de empresas estatais e fundações públicas serem concedentes da prestação de serviço público em regime de PPP</i>	58

ART. 2º

II – AS PPPS BRASILEIRAS, CONCESSÕES PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS	64
<i>II.1 – A concessão patrocinada</i>	65
<i>II.1.1 – Concessão patrocinada ou subsidiada e as subvenções econômicas</i>	65
<i>II.2 – A concessão administrativa</i>	67
<i>II.3 – As concessões comuns</i>	72
<i>II.4 – Por que as PPPs foram definidas como espécies de concessão?</i>	73
<i>II.5 – Em que situações é vedada a celebração de PPP?</i>	75
<i>II.5.1 – O valor mínimo do contrato de PPP</i>	75
<i>II.5.2 – O prazo mínimo do contrato de PPP</i>	79
<i>II.5.3 – Vedações relativas ao objeto do contrato de PPP</i>	81

ART. 3º

III – O REGIME LEGAL DAS PPPS	82
<i>III.1 – O regime legal das concessões administrativas</i>	83
<i>III.2 – O regime legal das concessões patrocinadas</i>	83
<i>III.3 – O regime legal das concessões comuns de serviço público</i>	84
<i>III.4 – O regime dos demais contratos administrativos</i>	86

ART. 4º

IV – DIRETRIZES PARA A CONTRATAÇÃO DE PPP	87
<i>IV.1 – A eficiência e o contrato de PPP</i>	88
<i>IV.2 – O contrato de PPP e o respeito aos direitos dos usuários</i>	

<i>e do parceiro privado</i>	94	
IV.3 – <i>Indelegabilidade de funções exclusivas do Estado</i>	95	
IV.4 – <i>A responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs</i>	97	
IV.5 – <i>Transparência na celebração das PPPs</i>	102	
IV.6 – <i>A repartição de riscos nas PPPs</i>	103	
IV.7 – <i>Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas das PPPs</i>	107	
ART. 5^º		
V – CONTEÚDO DOS CONTRATOS DE PPP	111	
V.1 – <i>Prazo dos contratos de PPP e a sua relação com a amortização dos investimentos</i>	112	
V.2 – <i>As PPPs e as penalidades contratuais</i>	116	
V.3 – <i>A distribuição de riscos nos contratos de PPP</i>		
V.3.1 – <i>Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro. Conceito e “ratio” econômica</i>	117	
V.3.2 – <i>O tratamento legal da distribuição de riscos e do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos</i>	120	
V.4 – <i>As formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais</i>		125
V.4.1 – <i>Os reajustes tarifários</i>	125	
V.4.2 – <i>As revisões contratuais</i>	128	
V.5 – <i>A preservação da atualidade dos serviços</i>	134	
V.6 – <i>A inadimplência do parceiro público</i>	135	
V.7 – <i>Os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado</i>	137	
V.8 – <i>As garantias de execução do contrato</i>	142	
V.9 – <i>Compartilhamento de ganhos decorrentes da queda do risco de crédito</i>	145	
V.9.1 – <i>Uma visão perfunctória do tratamento do tema na Inglaterra</i>		
V.9.1.1 – <i>Origens da discussão</i>	146	
V.9.1.2 – <i>O que caracteriza o refinanciamento no programa de PFI</i>	148	
V.9.1.3 – <i>Cálculo, compartilhamento, pagamento dos ganhos com refinanciamento em projetos de PFI</i>	148	
V.9.2 – <i>O inciso IX do art. 5^º e as suas diferenças para o refinanciamento nos contratos de PFI</i>	149	
V.10 – <i>Vistoria em bens reversíveis e retenção de valores</i>	152	
V.11 – <i>A atualização automática dos valores contratuais</i>	156	
V.12 – <i>Direito de assunção de controle da sociedade de propósito específico (SPE) pelos financiadores (“step-in rights”)</i>	157	
V.12.1 – <i>Financiamento na modalidade de “project finance”</i>	161	
V.12.2 – <i>Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do financiador</i>	162	
V.12.3 – <i>Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do Poder Público</i>	163	
V.12.4 – <i>Possibilidade de inexigibilidade de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para o exercício do direito de entrada do financiador</i> ...	166	
V.12.4.1 – <i>Capacidade técnica</i>	167	
V.12.4.2 – <i>Idoneidade financeira</i>	168	
V.12.4.3 – <i>Regularidade fiscal e jurídica</i>	169	
V.12.5 – <i>A transferência para terceiro do controle assumido</i>		

pelo financiador	170
V.12.6 – Sucessão nas obrigações do controlador	171
V.12.7 – Compatibilidade do direito de entrada do financiador com o Direito brasileiro	174
V.12.7.1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.946	176
V.12.8 – Considerações finais sobre o direito de assunção de controle da SPE pelos financiadores	178
V.13 – A emissão do empenho em nome dos financiadores	179
V.14 – Legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato e dos pagamentos a serem realizados pelos garantidores	180
ART. 6º	
VI – O CONCEITO JURÍDICO DE “CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA”	182
VI.1 – Ordem bancária	186
VI.2 – Cessão de créditos não-tributários	186
VI.3 – Outorga de direitos em face da Administração	189
VI.4 – Outorga de direitos sobre bens públicos dominicais	189
VI.5 – Outros meios admitidos em lei	190
VI.6 – Remuneração vinculada ao desempenho	191
ART. 7º	
VII – VINCULAÇÃO DO PAGAMENTO À DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO	195
VII.1 – O pagamento por parcela fruível do serviço	204
ART. 8º	
VIII – AS GARANTIAS EM CONTRATOS DE PPP	205
VIII.1 – A questão da constitucionalidade do art. 8º	211
VIII.2 – Função didático-explicativa do art. 8º	216
VIII.3 – Formas de outorga de garantia	
VIII.3.1 – A vinculação de receitas	218
VIII.3.2 – Capacidade de minimização de risco político com a utilização do mecanismo de vinculação de receitas	225
VIII.3.3 – A utilização de fundos especiais previstos em lei	227
VIII.3.4 – Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras	229
VIII.3.5 – Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras	230
VIII.3.6 – Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal	232
VIII.3.7 – Outros mecanismos admitidos em lei para outorga de garantias	241
ART. 9º	
IX – A SPE NAS PPPS	243
IX.1 – Transferência de controle da SPE	245
IX.2 – A forma da SPE	247
IX.3 – A obediência pela SPE a padrões de governança corporativa	249
IX.4 – A vedação de a Administração ser titular da maioria do capital votante da SPE	251
IX.5 – Assunção de controle por instituição financeira pública	252
ART. 10	
X – A LICITAÇÃO DE PPP	255
X.1 – A autorização da autoridade competente para abertura da	

licitação	258
X.1.1 – Estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação	259
X.1.2 – Estudo técnico que demonstre compatibilidade com as metas fiscais	260
X.1.3 – Estudo técnico sobre o impacto no limite de endividamento	261
X.2 – <i>Elaboração de estimativa do impacto econômico-financeiro do projeto de PPP</i>	262
X.3 – <i>Declaração do ordenador da despesa de compatibilidade da PPP com a Lei Orçamentária Anual (LOA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)</i> 262	
X.4 – <i>Estimativa do fluxo de recursos para cumprimento das obrigações</i>	263
X.5 – <i>Previsão do objeto do projeto de PPP no Plano Plurianual (PPA)</i>	264
X.6 – <i>A consulta pública dos editais e contratos de PPP</i>	265
X.7 – <i>Licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental</i>	266
X.8 – <i>A atualização dos estudos para assinatura do contrato</i>	270
X.9 – <i>A exigência de autorização legislativa para concessões patrocinadas em que mais de 70% da receita provenha de contraprestação pública</i>	270

ART. 11

XI – O EDITAL DE LICITAÇÃO DE PPP	273
XI.1 – <i>A aplicação da Lei 8.987/1995 às licitações de PPPs</i>	274
XI.2 – <i>A garantia de proposta da licitação</i>	280
XI.3 – <i>Histórico do inciso II do art. 11</i>	283
XI.3.1 – <i>Da inconsistência entre o inciso II do art. 11 e o marco legal existente</i>	283
XI.3.2 – <i>Das indesejáveis consequências econômicas do inciso II do art. 11</i>	285
XI.4 – <i>A aplicação da arbitragem</i>	286
XI.5 – <i>As garantias da contraprestação do parceiro privado</i>	291

ART. 12

XII – O REGIME DA LICITAÇÃO	293
XII.1 – <i>A qualificação de propostas técnicas</i>	293
XII.2 – <i>Os critérios de julgamento da licitação</i>	294
XII.3 – <i>A forma de apresentação das propostas econômicas</i>	297
XII.4 – <i>O saneamento de falhas na documentação</i>	298
XII.5 – <i>Os lances em viva-voz</i>	299
XII.6 – <i>O exame das propostas técnicas</i>	300

ART. 13

XIII – A INVERSÃO DE ORDEM NAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO 302

ART. 14

XIV – O ÓRGÃO GESTOR DAS PPPS	305
XIV.1 – <i>A definição dos setores prioritários para a realização de PPP</i>	307
XIV.2 – <i>A disciplina dos procedimentos para a celebração de PPP</i> ..	307
XIV.3 – <i>A abertura da licitação e a aprovação do edital</i>	308
XIV.4 – <i>Os relatórios de execução dos contratos</i>	308
XIV.5 – <i>A composição do órgão gestor</i>	309
XIV.5.1 – <i>A participação no órgão gestor de representantes dos contratantes</i>	309
XIV.6 – <i>Deliberação sobre a contratação de PPP</i>	310

<i>XIV.7 – A estrutura para apoio técnico ao órgão gestor</i>	311
<i>XIV.7.1 – Os modelos de estrutura de apoio técnico e as opções do Governo brasileiro</i>	
<i>XIV.7.1.1 – Centralização e descentralização horizontal</i>	313
<i>XIV.7.1.2 – Modelos funcionais de unidade de PPP</i>	314
<i>XIV.8 – Relatórios de execução dos contratos de PPP</i>	319
<i>XIV.8.1 – Disponibilização ao público dos relatórios de execução dos contratos de PPP</i>	319

ART. 15

XV – A COMPETÊNCIA E O PROCEDIMENTO PARA CONTRATAÇÃO DE PPP

320

<i>XV.1 – Os procedimentos para o desenvolvimento de projeto de PPP</i>	321
<i>XV.2 – A recepção de estudos, investigações e projetos da iniciativa privada</i>	332
<i>XV.3 – Acompanhamento pelo órgão gestor dos contratos de PPP ..</i>	336

ART. 16

XVI – O FUNDO GARANTIDOR DE PPP (FGP)

<i>XVI.1 – Criação e participação no FGP</i>	339
<i>XVI.1.1 – Possibilidade de participação de outros entes federativos no FGP na condição de cotistas</i>	339
<i>XVI.1.2 – Possibilidade de cobrança da garantia prestada pelo FGP</i>	341
<i>XVI.1.3 – Autorização para integralização de cotas do FGP ..</i>	342
<i>XVI.1.4 – Obrigações pecuniárias</i>	343
<i>XVI.1.5 – Parceiros públicos federais</i>	345
<i>XVI.2 – Natureza do FGP</i>	347
<i>XVI.2.1 – Os bens do patrimônio do FGP não são bens públicos</i>	350
<i>XVI.2.2 – Não-aplicação do regime de pagamento por meio de precatórios aos débitos do FGP</i>	351
<i>XVI.3 – O patrimônio do FGP</i>	352
<i>XVI.4 – A avaliação dos bens e direitos transferidos para o FGP</i>	352
<i>XVI.5 – A integralização das quotas</i>	353
<i>XVI.6 – Limite de responsabilidade dos cotistas</i>	354
<i>XVI.7 – Procedimento para integralização de bens no FGP</i>	355
<i>XVI.7.1 – Aplicabilidade da Lei de Licitações ao FGP</i>	356
<i>XVI.7.2 – Desafetação de bens de uso comum ou especial ..</i>	357

ART. 17

XVII – A CRIAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DO FGP

<i>XVII.1 – Aprovação do Estatuto e Regulamento do FGP</i>	363
<i>XVII.2 – A representação da União na assembléia de cotistas</i>	363
<i>XVII.3 – Gestão e alienação de bens e direitos do FGP</i>	364

ART. 18

XVIII – O OBJETO DO ART. 18

<i>XVIII.1 – O conceito de “garantia”, sua ambigüidade e vagueza</i>	369
<i>XVIII.1.1 – O regulamento do FGP e o sentido amplo de “garantia” nele utilizado</i>	371
<i>XVIII.2 – As garantias em espécie</i>	
<i>XVIII.2.1 – A fiança</i>	376
<i>XVIII.2.2 – O penhor de bens do FGP</i>	377
<i>XVIII.2.3 – Hipoteca de bens do FGP</i>	379
<i>XVIII.2.4 – A alienação fiduciária de bens do FGP</i>	380

XVIII.2.5 – A celebração pelo FGP de outros contratos que produzam efeito de garantia	383	
XVIII.2.6 – Garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação	384	
XVIII.3 – Contragarantias do FGP a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais	387	
XVIII.4 – Efeitos dos pagamentos do parceiro público	388	
XVIII.5 – Prazo para acionamento da garantia		
XVIII.5.1 – Acionamento da garantia em caso de aceitação dos serviços	389	
XVIII.5.2 – Acionamento da garantia em caso de não-aceitação dos serviços	391	
XVIII.6 – Sub-rogação pelo FGP nos direitos do parceiro privado ...	392	
XVIII.7 – Exequibilidade do patrimônio do FGP	392	
ART. 19		
XIX – RESGATE DAS COTAS DO FGP	394	
ART. 20		
XX – DISSOLUÇÃO DO FGP	395	
XX.1 – Efeitos da dissolução	395	
ART. 21		
XXI – O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	396	
ART. 22		
XXII – LIMITE DE DESPESAS DA UNIÃO COM CONTRATOS DE PPP	397	
ART. 23		
XXIII – A UTILIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE INCENTIVO À IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE INTERESSE SOCIAL (PISS) PARA INVESTIMENTO EM NEGÓCIOS PROVENIENTES DE PPP	400	
ART. 24		
XXIV – O CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E AS PPPS	404	
XXIV.1 – Diretrizes para a concessão de crédito para o financiamento de contratos de PPP	405	
XXIV.2 – A participação de entidades fechadas de previdência complementar		406
ART. 25		
XXV – A CONSOLIDAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS APLICÁVEIS ÀS PPPS	408	
XXV.1 – O contrato de PPP implica realização de despesa corrente ou despesa de capital?	415	
XXV.1.1 – As despesas com contraprestações públicas derivadas de contratos de PPP podem ser classificadas como obrigatórias de caráter continuado?	418	
XXV.2 – Em quais casos a celebração de contrato de PPP deve ser tratada como aumento do endividamento público?	419	
XXV.2.1 – As PPPs são operações de crédito?	431	
XXV.3 – Âmbito de aplicação da Portaria STN-614/2006	436	
ART. 26		
XXVI – REGULAMENTAÇÃO DA CAUÇÃO EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA PARA EFEITO DE GARANTIA DA PROPOSTA OU DO CONTRATO	438	
ART. 27		
XXVII – O ART. 27, “CAPUT”: SUA ORIGEM, ESCOPO E OBJETIVO	440	
XXVII.1 – Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, “caput”		

XXVII.1.1 – A base e a forma de cálculo	442
XXVII.1.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais	443
XXVII.2 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo	444
XXVII.2.1 – Cálculo do limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste	444
XXVII.3 – A utilização dos recursos de fundos de pensão em combinação com recursos de entidades da Administração Pública Federal para financiar PPP: origem, escopo e objetivo do § 1º do art. 27	445
XXVII.4 – Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, § 1º	
XXVII.4.1 – A base e a forma de cálculo	446
XXVII.4.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais	447
XXVII.5 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo	447
XXVII.5.1 – Cálculo do limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste	447
 ART. 28	
XXVIII – LIMITE DE DESPESAS DE ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS COM CONTRATOS DE PPP	448
XXVIII.1 – O veto ao § 3º do art. 28	450
 ART. 29	
XXIX – PENALIDADES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE CONDUTAS RELACIONADAS A CONTRATOS DE PPP	452
 ART. 30	
XXX – ENTRADA EM VIGOR DA LEI DE PPP	454
<i>Bibliografia</i>	455
<i>Índice das referências a casos e projetos de PPP (em sentido amplo)</i>	467
<i>Índice de Gráficos, Figuras e Tabelas</i>	469
<i>Índice Remissivo</i>	470
<i>Índice Remissivo de Dispositivos Normativos</i>	475

Nota dos Autores

Ninguém cose remendo de pano novo em vestido velho; doutra sorte, o remendo novo leva parte do velho, e torna-se maior a rotura. E ninguém deita vinho novo em odres velhos; do contrário, o vinho novo romperá os odres, entornar-se-á o vinho e perder-se-ão os odres. Mas, o vinho novo deve-se lançar em odres novos. (Marcos 2: 21-22)

A implantação proficiente de processos de desestatização requer mudanças culturais. Essas mudanças iniciam, geralmente, pela ascensão ao Poder Executivo de governantes comprometidos com a realização dos efeitos benéficos que podem ser trazidos por tais processos e são entoadas por reformas administrativas que buscam criar órgãos, recrutar e preparar quadros capazes de dar cabo desse desiderato.

Em sociedades democráticas, contudo, para que essas mudanças sejam viáveis, tenham efetividade e consigam alguma perenidade, elas precisam alcançar os demais Poderes constituídos: o Legislativo, responsável pela discussão e aprovação das linhas mestras a constar da estrutura legal e institucional do programa de desestatização e, muitas vezes, pela sua supervisão; e o Judiciário, no qual os conflitos mais relevantes ganharão institucionalidade e decisão.

A condução de todo esse processo, todavia, geralmente cabe ao Poder Executivo e demanda, ao mesmo tempo, a capacidade dos governantes de coordenação dos órgãos e execução eficiente de pautas; clara percepção dos limites entre resistências legítimas, naturais em sociedades democráticas, e o ensimesmamento de grupos na proteção de privilégios ou do continuísmo das práticas burocráticas vigentes; e, por fim, conhecimento, em conjunto, pelos governantes, quadros que os assessoram e principais líderes na iniciativa privada, dos objetivos e principais aspectos técnicos envolvidos nas desestatizações. No Brasil apenas em momentos seletos nos últimos 20 anos todas essas condições estiveram presentes.

O processo de desestatização brasileiro foi, certamente, um dos mais amplos havidos nos últimos 20 anos, podendo possivelmente ser comparado ao que ocorreu na Inglaterra na era Thatcher. Privatizou-se ou foram celebradas outras formas de relação de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada (concessões, permissões, autorizações etc.) em setores como o petroquímico, o siderúrgico, o de energia, o de telecomunicações, o de petróleo, gás, água e saneamento, transportes etc.

A despeito dos embates ideológicos sobre as desestatizações e da adoção recente, por governos e governantes com origem em movimentos de esquerda, das parcerias público-privadas (PPPs) como instrumento para cooperação da iniciativa privada na realização de investimentos de interesse público, é forçoso admitir que as PPPs, nos seus diversos desenhos, sofisticam e aperfeiçoam os processos de desestatização, em busca de estender o alcance das externalidades positivas que tais processos podem gerar, quando adequadamente implementados.

Nesse contexto, um livro de comentários à Lei de PPP brasileira não pode pretender mais que disponibilizar aos interessados um conjunto de ferramentas que permitam empregar as disposições legais com vistas ao aprimoramento do bem-estar social e econômico que pode decorrer da implantação proficiente de programa de PPP e que consubstancie, assim, um guia para adaptação e aplicação das melhores práticas internacionais ao nosso contexto legal e institucional.

Com esse escopo, em primeiro lugar, busca clarear o encaixe da Lei de PPP no ordenamento jurídico e no histórico das desestatizações no Brasil. Perceba-se que, ao definir as PPPs como espécies de concessão (concessão patrocinada e administrativa), a Lei de PPP facilitou seu encaixe nos desenhos constitucional e legal montados para a realização de desestatizações. Como demonstraremos com mais vagar nos itens a seguir, essa circunstância permitirá que a experiência acumulada com a realização e o acompanhamento de processos de desestatização seja aproveitada para a implementação de PPPs – o que reduz inseguranças e riscos, podendo, portanto, resultar em ganhos para o Poder Público e para os usuários dos serviços.

Além disso, este trabalho desborda das elaborações que em regra constam de livros sobre Direito no Brasil para trazer à tona e esquadriar as questões econômicas que se põem em torno dos dispositivos legais. Note-se que há, atualmente, vasta literatura internacional, produzida sob perspectiva eminentemente econômica, a respeito das melhores práticas na implementação de PPPs, concessões, enfim, programas de desestatização. Essa literatura é muitas vezes ignorada pelas reflexões jurídicas tradicionais a respeito de contratos administrativos. Neste trabalho buscamos, tanto quanto possível, manter diálogo com tal literatura. As notas de rodapé documentam esse intento.

Junte-se a isso o esforço de aprender com as experiências de sucesso na implementação de programas ou de projetos de PPP. Daí a referência freqüente à experiência inglesa em geral e a projetos de PPP nas mais diversas partes do mundo.

Como os setores de provimento de infra-estrutura se internacionalizaram, e junto com eles as discussões sobre a avaliação e modelagem de projetos, parte da terminologia empregada nessas discussões foi cunhada e é utilizada em Inglês. Por essa razão, no texto a seguir usamos as expressões em Inglês, seguidas de tentativa de tradução e, quando cabível, explicação do seu sentido.

Os autores desejam expressar gratidão para com todos os integrantes da Unidade de PPP do Governo Federal e do BNDES (especialmente na gestão de Demian Fiocca) pela busca da excelência no trabalho diário e pelo aprendizado fruto do enfrentamento dos problemas concretos; e para com Carlos Ari Sundfeld, mestre e amigo de várias horas, que nos ajudou desde os primeiros passos nessa seara.

Brasília, verão de 2007
MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO
LUCAS NAVARRO PRADO

Apresentação

Com as economias ao redor do mundo enfrentando restrições ao crescimento causadas pelo déficit de infra-estrutura, no setor de transportes, na área social, ou em ambos, a necessidade de mobilizar, de forma cada vez mais

eficiente, recursos públicos e privados tem levado a um crescente interesse e ampliado a relevância mundo afora das PPPs. O Brasil não constitui exceção a esse cenário. Sua economia em expansão demanda significativos aumentos de escala e de qualidade de sua infra-estrutura. Este livro surge, portanto, num momento bastante apropriado, na seqüência do desenvolvimento do arcabouço institucional e legal para a implementação das PPPs no Brasil e do recente foco na aceleração do crescimento econômico.

Em *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*, além de um denso exame da Lei de PPP, os autores acertadamente nos levam à discussão em áreas como a de modelagem e financiamento de projetos, procedimentos para a implementação de projetos de PPP e análise da estrutura institucional com essa finalidade, trazendo comparações internacionais de grande utilidade.

Vale notar que não há uma definição universal da expressão “PPP”. Com efeito, existe um amplo espectro de interpretações sobre o que constitui uma PPP. Este livro nos conduz pela história do desenvolvimento do pensamento brasileiro nessa área e traça comparações com outros programas de PPP, nos quais as diretrizes políticas, sistema jurídico, mercados e o cambiante papel do Estado impactam o desenho, a forma e a implementação das PPPs. Os autores concentraram-se nas formas contratuais de PPP (em oposição às PPPs institucionais), por serem elas provavelmente as empregadas com maior freqüência no Brasil, embora reconheçam a existência de outras modalidades de PPP que possam ser desenvolvidas ao longo do tempo.

Este livro também nos lembra que a implementação das PPPs irá requerer, não raramente, uma mudança de mentalidade tanto do setor público quanto da iniciativa privada. Isso pode ter conseqüências mais amplas e apresentar desafios significativos (e oportunidades) para ambas as partes. Da mesma forma, os setores público e privado irão influenciar um ao outro e se modificar reciprocamente em cada projeto de PPP e, enfim, na implementação do programa de PPP como um todo. Muito se fala sobre o desenvolvimento de capacidade no setor público para implementação das PPPs. Não se pode, todavia, supor que o setor privado está já preparado para o desafio. Isso vem a propósito de notar que é indispensável o desenvolvimento pelo setor público de uma abordagem que promova o desenvolvimento de capacidade no setor privado para a implantação das PPPs, seja no que toca à realização de financiamentos de longo prazo, subcontratação de serviços, administração dos ativos de infra-estrutura, ou até mesmo quanto à prestação de serviços de consultoria.

Projetos de PPP bem implementados podem trazer muito mais transparência para o processo de investimento público. Ao se permitir um adequado compartilhamento com o setor privado de riscos e recompensas vinculados à *performance*, em relações formalizadas por meio de procedimentos competitivos, pode-se obter melhores decisões de investimento de longo prazo e a implementação mais eficiente de projetos. Considerando a base de dados empíricos do Reino Unido, que apresenta um dos mais longos programas de PPP em andamento, e com projetos nos mais diversos setores, existe atualmente ampla evidência de que a contratação bem conduzida de PPP assegura que os projetos sejam implementados dentro do cronograma e do orçamento previamente estipulados, bem como que sejam desenhados e construídos com vistas a prover, por prazos longos, serviços públicos num padrão de elevada qualidade. Os projetos de PPP oferecem maior precisão na previsão de seus custos e, portanto, também dos recursos orçamentários necessários à sua implementação. É interessante notar que essas características têm começado a impactar até mesmo as contratações tradicionais de projetos (por exemplo, os contratos de obra pública) e as decisões de investimento público a eles relacionadas. De igual modo, para o setor privado, conquanto programas de PPP impliquem mudanças, eles podem abrir significativas oportunidades de crescimento para contratantes, prestadores de serviço e financiadores.

A essência das PPPs está em permitir que os setores público e privado trabalhem de forma mais inteligente. As páginas seguintes apresentam uma valiosa e oportuna contribuição nesse sentido.

EDWARD FARQUHARSON
Project Director
Partnerships UK

Prefácio

(por Carlos Ari Sundfeld)

No final dos anos 1980, vieram à luz, sem o pudor de antigamente, as preferências estatistas da generalidade dos administrativistas brasileiros, antes ocultas no medo da confusão de *estatismo* com *autoritarismo*. Consolidando-se a democracia, a defesa do estatismo podia fazer-se sem qualquer constrangimento. E por que não? À época, todos eram estatistas: os partidos, os sindicatos, os empresários, os democratas, os autoritários, a legislação herdada do regime militar, a Constituição de 1988... Natural, então, que essa tendência gerasse consenso e marasmo na Ordem dos Publicistas. Os juristas do direito público já não tinham o que discutir.

Mas, em guinada espetacular, pela metade dos anos 1990 o direito administrativo brasileiro havia se transformado em um campo conflagrado. Como foi isso? Iniciara-se um processo de reforma e privatização, baseado em mudanças constitucionais e farta legislação nova, e o próprio Estado implantava programas anti-estatistas. Aí, a Ordem dos Publicistas rachou: alguns administrativistas, em especial os mais antigos, fiéis ao estatismo, viram as mudanças como degradação e decadência e puseram-se a combatê-las pura e simplesmente; outros as aplaudiram, por convicção, ou aceitaram, como parte do jogo democrático, e dispuseram-se a refletir teoricamente sobre as normas envolvidas. Convencionou-se falar no choque entre juristas *estatistas* e *privatistas*, mas a afirmação é só parcialmente verdadeira, pois a resistência ao estatismo reuniu tanto militantes do ideário privatista como juristas que, neutros a esse respeito, acreditavam na necessidade de prestigiar as novas deliberações, pelo fato de terem sido tomadas na forma do próprio Direito e da democracia. Correto, então, falar em contenda de *estatistas* contra *formalistas* e *privatistas*.

Os graduandos e pós-graduandos em Direito que se formaram justamente em meio a essa batalha – e que mais tarde se integrariam à Ordem dos Publicistas, para renová-la – desfrutaram de um privilégio raro: são a primeira geração de uma nova era. E que geração! Dela fazem parte juristas como Alexandre Aragão, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Diogo R. Coutinho, Egon Bockmann Moreira, Fernando Herren Aguillar, Floriano Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, Jean Paul Veiga da Rocha, Marcos Juruena, Marcos Paulo Veríssimo, Paulo Todescan Lessa Mattos, Sérgio Guerra, Vera Monteiro e outros. Não é um movimento organizado, mas todos têm a identidade da época e da circunstância. Os principais ambientes que os têm reunido são a Sociedade Brasileira de Direito Público – *sbdp*, a Fundação Getúlio Vargas e a *Revista de Direito Público da Economia*. Formam a geração DPE-90, do direito público econômico dos anos 90.

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO é um dos principais membros dessa geração. Tem sólida formação de base, sendo mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Como muitos de seus colegas, completou sua pós-graduação no exterior, em Harvard. Fez parte do projeto Escola de Direito Global, da *sbdp*. Integrou o primeiro grupo de pesquisadores que desenvolveu o programa da Escola de Direito da FGV-SP. Construiu reputação de advogado, na equipe do Prof. Floriano Azevedo Marques Neto. Foi um dos professores fundadores da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – *sbdp*, cujo sucesso há 10 anos deve bastante à sua competência e entusiasmo. Justamente a Escola de Formação aproximou-o do então aluno, LUCAS NAVARRO PRADO, do qual foi professor. LUCAS também viria a vincular-se solidamente à *sbdp*, monitorando a Escola de Formação e participando de seu programa de ex-alunos (chamado *sbdp extra-muros*). Os dois se reencontrariam mais tarde no Ministério do Planejamento, onde se engajaram no complexo desafio de construir a Unidade de PPP do Governo Federal, após a aprovação da Lei federal 11.079, de 2004, que teve muito da influência de MAURÍCIO. Ambos participaram ativamente da fase de regulamentação da lei, em que LUCAS se destacou de modo muito efetivo.

Dois grandes traços marcam este livro de comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas, elaborado por ambos em co-autoria. De um lado, o profundo conhecimento do mundo real – da economia, dos negócios, dos financiamentos, da gestão administrativa, das finanças públicas, da regulação setorial – em que os projetos de PPP estão sendo criados e em que serão executados. MAURÍCIO e LUCAS estão no olho do furacão e seus comentários em nada lembram o tedioso estilo ensaístico dos juristas do passado, especialistas em peripécias hermenêuticas e alheios à realidade. Neste livro estão as anotações de quem, ademais de conhecer Direito de verdade, tem o maior nível de informação possível sobre os temas tratados pela lei – e, claro, uma sofisticada capacidade de reflexão.

De outro lado, neste livro se percebe a nova forma de ver o direito administrativo, típica da geração DPE-90. Os raciocínios não mais pressupõem a oposição do *público* ao *privado*. Delineia-se um *direito administrativo dos negócios*, distante da burocracia do clips. A autonomia do conhecimento jurídico já não é um dogma paralisante, o que abre espaço às contribuições da análise econômica. O repertório jurídico não se limita mais às categorias continental-européias, abrangendo também as do mundo anglo-saxão. Os argumentos deixam de ser apenas *principistas*, incorporando a dimensão *consequencialista*. Há aqui, portanto, uma nova visão jurídica em gestação.

O que se dirá das parcerias público-privadas quando, no futuro distante, se escrever a história desse novo direito administrativo? Não há como sabê-lo neste momento. Mas, tendo tomado parte muito ativa na batalha, conhecendo em profundidade a geração do DPE-90 e os autores MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO, posso prever que os rumos dessa história estarão em alguma medida vinculados a este livro.

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC-SP
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público - *sbdp*

***Índice das referências a casos e projetos de PPP
(em sentido amplo)***

(Os números referem-se às páginas)

Hudson-Bergen Light Rail, 28, nota 11
Las Vegas Monorail, 195, nota 1
Route 3 North, 28, nota 11
Las Vegas Monorail, 28, nota 11
Dulles Greenway, 41, nota 42; 113, nota 6; 132, nota 49
Channel Tunnel Rail Link, 49, nota 58
M1-M15 (Hungria), 49, nota 58
Rodovias Anhangüera/Bandeirantes, 49, nota 58
Rodovia BR 116/324, 53, nota 66; 91, nota 10; 143, nota 66; 284, nota 2; 249, nota 2; 326, nota 11; 328-331; 335, nota 19
A1 Darrington to Dishforth, 71, nota 8
A1 (M) Alconbury to Peterborough, 71, nota 8
A19 Dishforth to Tyne Tunnel, 71, nota 8
A249 Stockbury (M2) to Sheerness, 71, nota 8
A249 Iwade Bypass to Queenborough Improvement, 71, nota 8
A30 Exeter to Bere Regis, 71, nota 8
A419 Swindon to Gloucester, 71, nota 8
A50 Stoke to Derby link, 71, nota 8
A69 Carlisle to Newcastle, 71, nota 8
M1 Lofthouse to Bramham link road, 71, nota 8
M40 Denham to Warwick, 71, nota 8
M-45 (Espanha), 71, nota 8
M-5 (Hungria), 105, nota 27; 133, nota 51 e 53
Foley Beach Express, 156, nota 90
Ferrovias Norte-Sul, 316, nota 11; 328-329
Rodovia BR 163, 135, nota 19
Baixio do Irecê, nota 19; 328; 335, nota 19
E - 470, 340, nota 2
Costanera Norte, 133, nota 53
DC Streets, 140, nota 63
Corredores Viários Interoceânicos, 231, nota 29
Beiras-Alta, 267, nota 11
Linha 4 do Metrô de São Paulo, 215; 294, nota 2
Ferrovias de São Paulo, 328; 336, nota 20
Projeto do Pontal, 328
Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, 328
Variante Ferroviária Guarapuava-Ipiranga, 328
Aeroporto Local de Kassel-Calden, 152, nota 85
Aeroporto Internacional de Varsóvia, 152, nota 85
Rodovia MG-050, 152, nota 85

Índice de Gráficos, Figuras e Tabelas

(Os números referem-se às páginas)

Dos contratos de obras aos contratos de concessão, com exemplos das rodovias federais (figura), 34
Estudos para a estruturação de uma PPP (figura), 52
Em que contextos a estrutura da concessão se justifica (figura), 80
Atividades da Unidade de PPP (figura), 315
Percurso estratégico de Unidade de PPP (figura), 318

Síntese do processo de concessão na modalidade de PPP (figura), 330-331
Sub-riscos políticos e capacidade de gerenciamento (tabela), 210-211
Garantias honradas pela União 2001 a 2004 (tabela), 215
Garantias honradas pela União 1995 a 2004 (gráfico), 216
Ações depositadas em fundos cuja transferência para o FGP foi autorizada pelo Decreto 5.411/2005 (tabela), 342
Outras ações cuja transferência para o FGP foi autorizada pelo Decreto 5.411/2005 (tabela), 342
Ações a serem integralizadas no FGP, nos termos da Portaria 413/2005, do Ministério da Fazenda (tabela), 343
Classificação dos ativos do FGP em classes e séries, segundo o art. 12 do Regulamento do FGP (tabela), 371
Exemplo hipotético de distribuição de ativos do FGP em classes (tabela), 374

Índice Remissivo

Atualização do contrato

- atualidade dos serviços: 134
- índices: 126
- reajustes: 125 e ss., 157
- regime de custo do serviço/*rate of return regulation*: 41, 129, 130
- regime de preço do serviço/*price cap*: 129, 130
- renegociações: 128
- revisões: 128 e ss.
- *yardstick regulation*: 35, 41

Bens reversíveis: 152-156, 198 (ver também *contrato de PPP*)

Conceito de PPP

- ambigüidade da expressão: 25
- concessão administrativa: 26, 30
- concessão comum: 72-73
- concessão patrocinada: 26, 30
- estrutura econômica: 26, 30, 31
- *private finance initiative – pfi*: 26, 30, 31, 174

Concessão administrativa: 30, 64, 67-72, 75, 78, 111, 315 (ver também *conceito de PPP*)

Concessão comum: 72, 85-86 (ver também *conceito de PPP*)

Concessão patrocinada: 30, 64-67, 72, 315 (ver também *conceito de PPP*)

Contraprestação

- cessão de créditos não-tributários: 186
- contrapartida à aquisição de serviços: 183
- contratos atípicos: 190-191
- ordem bancária: 186, 198
- outorga de direitos em face da Administração: 189, 198
- outorga de direitos sobre bens públicos dominicais: 189, 198
- parcela fruível do serviço: 204
- subsídio: 33, 46, 67, 85, 86, 195, 196
- transferência de bens ou direitos antes ou depois da disponibilização do serviço: 201
- vinculação do pagamento à disponibilização do serviço: 195
- vinculação do pagamento à performance do parceiro privado: 66, 191

Contratação de PPP

- consulta pública: 265, 321
- consultorias: 55-56
- conveniência e oportunidade da contratação: 55, 89, 259, 310-311
- diretrizes: 87, 90, 94, 310-311
- eficiência: 88
- estudos necessários: 52, 270
- indelegabilidade de funções exclusiva do Estado: 74-n.r. 12, 95, 96 e n.r. 17
- licenciamento ambiental: 266-269, 326
- paralisia pela análise (*paralysis by analysis*): 92-93, 260
- poder concedente (possibilidade de empresas estatais e fundações públicas serem concedentes da prestação de serviço)

- público): 58-63
- poder de polícia: 96-97, 290
- previsão no PPA: 264
- procedimento: 89-90, 307, 320, 321
- procedimento para recepção pelo Poder Público de estudos e projetos elaborados pela iniciativa privada: 332
- *public sector comparator* – *psc*: 92, 259
- transparência: 102-103

Contrato de PPP

- arbitragem: 48, 96, 286 e ss.
- bens reversíveis: 152-156
- compartilhamento de ganhos decorrentes da queda de risco de crédito: 145
- compra e instalação de equipamentos: 81
- contratação de mão-de-obra: 81
- indicadores de desempenho/de resultado/de *performance/output specifications*: 53, 73, 141, 279, 280, 286
- penalidades: 116
- prazo: 33, 81, 112 e ss.
- realização de obra pública pura: 81
- relação tripartite: 94
- revisão: 130
- transformação de concessão comum em patrocinada: 86
- valor mínimo: 75-79

Direito de assunção de controle da SPE pelo financiador (*step-in right*): 48, 107, 157, 170, 245

- capacidade técnica: 167
- definição: 157-158
- idoneidade financeira: 168
- importância para o financiador: 162
- importância para o Poder Público: 163
- *project finance*: 161
- regularidade jurídica e fiscal: 169
- *step-out* ou *way out*: 170-171, 172, 175, 176
- sucessão nas obrigações do controlador: 171

Equilíbrio econômico-financeiro (ver também *riscos e atualização do contrato*)

- noção tradicional sobre equilíbrio econômico-financeiro: 117-120
- recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: 120 e ss.

Estrutura institucional

- acompanhamento da execução dos contratos de PPP: 308, 320
- Comitê Gestor de PPP: 307-308
- modelos funcionais de unidades de PPP: 314
- Órgão Gestor de PPP: 336-337
- desestatização: 47, 189, 305-307, 316-318, 323

Fundo Garantidor de PPP: 50, 232, 339

- acionamento da garantia: 389-392
- alienação fiduciária: 380
- aplicabilidade da Lei de Licitações: 356
- bens: 342, 350, 364
- cobrança pela prestação de garantia: 341
- conceito de garantia: 369, 371
- consórcio público: 340
- constitucionalidade (ver *fundo garantidor em garantias*)
- contragarantia: 387
- contrato de garantia: 344-345, 383
- cotistas: 339, 354
- delegação de funções: 359
- desafetação: 357
- dissolução: 395
- fiança: 376

- fundo de investimento: 348-349
- hipoteca: 379
- integralização de cotas: 342-343, 355
- natureza: 347
- obrigações pecuniárias: 343
- parceiros públicos federais: 345
- patrimônio: 352
- patrimônio de afetação: 373, 384-386, 396
- penhor: 377
- personalidade jurídica: 347
- possibilidade de penhora dos seus bens: 392-393
- precatório: 351
- proibição de alavancagem: 368
- representação: 359, 361
- resgate de cotas: 394
- sub-rogação: 392

Garantias

- constitucionalidade do art. 8^a da Lei de PPP: 211 e ss.
- constitucionalidade dos fundos e empresas garantidores: 232
- de execução do contrato: 142, 205, 438
- de proposta: 280, 438
- emissão do empenho em nome dos financiadores: 179
- fundo garantidor ou empresa estatal: 212
- fundos especiais: 227
- importância das garantias de pagamento do parceiro público: 205
- instituições financeiras: 230
- legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato e dos pagamentos a serem realizados pelos garantidores: 180
- organismos internacionais: 230
- risco político: 206
- seguro-garantia: 229
- vinculação de receitas: 218, 225, 227

História dos contratos de concessão

- fases dos contratos de concessão de serviço público: 37 e ss., 191
- histórico da Lei de PPP brasileira: 50

Inadimplência do parceiro público (ver *riscos*)

Licitação

- aplicação da Lei 8.987/1995: 274
- autoridade competente: 258
- concorrência: 256
- contraprestação negativa (pagamento pela outorga): 294-296
- critérios de julgamento: 294
- dispensa e inexigibilidade: 257-258
- edital: 273, 308
- elementos do projeto básico: 53, 268
- exame das propostas técnicas: 300
- inexigibilidade: 257-258
- inversão de fases: 47, 281, 294, 302-303
- lances em viva-voz: 297-298, 299
- metodologia de execução: 293
- negociação competitiva: 149-150, 256-257
- preferência à empresa brasileira em igualdade de condições: 276
- qualificação de propostas técnicas: 293
- saneamento de falhas: 47, 298

Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS: 400

- dificuldades na utilização do PIPS para projetos de PPP: 402
- incentivo trazido pelo PIPS: 400
- regulamentação pela CVM: 403

Responsabilidade Fiscal

- compatibilidade com as metas fiscais: 260
- contabilização *off-balance sheet*: 31, 98, 99, 324, 409
- controle de estoque/limites de endividamento: 261, 408, 409, 414
- controle de fluxo (*pay as you go system*): 99, 261, 263
- declaração do ordenador de despesa: 262
- estimativa do impacto econômico-financeiro: 262
- estimativa dos recursos públicos necessários ao cumprimento das obrigações contraídas pela Administração: 263
- limite de despesas de Estados, Distrito Federal e Municípios: 448
- limite de despesas da União: 397
- pronunciamento do Ministério da Fazenda: 310

Risco Político: 206

Riscos

- distinção entre distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro: 117 e ss.
- distribuição/alocação/repartição: 48, 54, 95, 98, 103-106, 409, 414, 423, 435, 437
- inadimplência do parceiro público: 135
- influência da percepção de riscos sobre os preços: 95
- risco político: 206
- Taxa Interna de Retorno – TIR: 105

Serviço Público

- Distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público: 257

Sociedade de Propósito Específico: 243 e ss.

- constituição obrigatória: 243
- controle: 48, 157 e ss., 174, 176-178, 251
- formas societárias: 247
- governança corporativa: 249
- objetivos: 244
- transferência de controle: 245

Subsídio (ver *contraprestação*)

Índice Remissivo de Dispositivos Normativos

Constituição Federal de 1988

- Art. 22, XXVII: 57, 305, 440
- Art. 37, *caput*: 275, 282
- Art. 37, XIX: 232, 272, 339, 362
- Art. 37, XX: 272
- Art. 37, XXI: 42, 120, 122, 123, 174
- Art. 70, parágrafo único: 229
- Art. 100: 233, 234, 236, 349, 351
- Art. 163, III: 212-216, 234
- Art. 165, § 9º: 229, 234-237
- Art. 167, III: 414
- Art. 167, IV: 218, 219
- Art. 167, IX: 232, 235, 339, 362
- Art. 167, § 1º: 264
- Art. 170: 26, 27, 96, 356, 446
- Art. 173: 42, 96, 120, 238, 339, 356, 362, 446
- Art. 174: 96, 446
- Art. 175: 27, 41, 61, 63, 69, 96, 174, 176, 177, 183, 257, 258, 323, 356
- Art. 177: 96

Lei Federal n. 4.320/1964

- Art. 12: 65-67, 183, 410
- Art. 12, § 2º: 183
- Art. 12, § 3º: 183
- Art. 19: 183
- Art. 58: 179
- Art. 71: 227, 232
- Art. 71 a 74: 232
- Art. 98: 412

Lei Federal n. 8.666/1993

- Art. 6º, IX: 267, 284
- Art. 7º, § 2º, I: 36, 284, 267, 284
- Art. 9º: 278, 333
- Art. 12, VII: 267
- Art. 25, II e § 1º: 291
- Art. 30, § 8º: 293
- Art. 31, III: 281, 282
- Art. 39: 266, 326
- Art. 40, X: 295
- Art. 43, § 3º: 299
- Art. 46: 300
- Art. 48, II: 274
- Art. 48, §§ 1º e 2º: 275, 276
- Art. 55, III: 122
- Art. 55, VII: 116
- Art. 56: 143, 144, 280, 281, 439
- Art. 56, § 1º, I: 281, 282, 438
- Art. 56, §§ 3º e 5º: 109
- Art. 65: 123
- Art. 65, II, "d": 44-46, 122-124
- Art. 65, §§ 5º e 6º: 44

Lei Federal n. 8.987/1995 (Lei de Concessões): 33, 37, 41, 43, 60, 69, 72-74, 82, 84, 96, 113, 125, 129, 143, 152, 183, 191, 200, 245, 251, 273, 274, 280, 284, 286, 293, 297, 301, 327, 332

- Art. 2º, I: 60, 62
- Art. 2º, II: 43, , 48, 121
- Art. 3º, § 2º: 274
- Art. 6º: 134
- Art. 9º: 41, 84, 123, 129, 192
- Art. 10: 41, 42, 43, 46, 48, 49, 120, 121-124, 129, 192, 297
- Art. 11: 198, 199, 201
- Art. 15, II: 295
- Art. 15, § 2º: 301
- Art. 15, § 3º: 274, 283
- Art. 15, § 4º: 274, 283
- Art. 16: 41
- Art. 17: 65
- Art. 18: 274, 277
- Art. 18, XV: 36, 41, 143, 152, 268, 283, 285, 286
- Art. 18-A: 303
- Art. 19: 274, 280, 283
- Art. 21: 83, 103, 283, 332, 334, 335, 336
- Art. 23: 83, 111, 152, 286, 288
- Art. 23, VIII: 116
- Art. 23, XV: 277, 286
- Art. 23-A: 286
- Art. 25: 83, 288

- Art. 27: 157, 158, 160, 166, 167, 170, 172, 175-177, 246, 247
- Arts. 27 a 39: 83
- Art. 28: 151, 181
- Art. 29, X: 268
- Arts. 32 a 34: 179
- Art. 36: 153, 433

Lei Federal n. 9.074/1995: 38, 41, 72-74, 83-85, 96, 113, 183, 251, 332

- Art. 2^a: 70, 84
- Art. 4^a, § 3^o: 33
- Art. 4^a, § 9^o: 33
- Art. 31: 83, 332, 335, 336
- Art. 35: 65

Lei Federal n. 9.491/1997: 56, 235, 293, 298

- Art. 1^a: 39, 131
- Art. 2^a, III: 323
- Art. 2^a, § 1^a, “b”): 323
- Art. 6^a, § 1^a: 316
- Art. 17: 316
- Art. 18: 316, 322

Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal): 212, 223, 236, 261, 409, 434

- Art. 1^a, § 1^a: 224, 418
- Art. 2^a: 451
- Art. 2^a, III: 322
- Art. 2^a, VI: 397
- Art. 4^a, § 1^a: 254, 261
- Art. 8^a: 207, 223, 229
- Art. 9^a, § 2^a: 223, 226
- Arts. 15 a 17: 99, 261, 270
- Art. 16, I: 262
- Art. 16, § 1^a: 419
- Art. 17: 260, 261
- Art. 17, § 1^a: 262
- Arts. 29 e ss.: 99
- Art. 29, I: 412
- Art. 29, § 3^a: 412
- Art. 40: 216
- Art. 40, § 6^a: 234
- Art. 42: 223

INTRODUÇÃO

I – O problema terminológico: I.1 – A ambigüidade da expressão “PPP”. I.2 – Os contratos que integram o programa de “Private Finance Initiative” (PFI) inglês e suas semelhanças com as PPPs brasileiras. I.3 – Definindo as PPPs pela sua estrutura econômica. I.4 – Definindo as PPPs pela sua inserção no histórico das concessões de serviços públicos: I.4.1 – Um arcabouço histórico para compreensão da evolução dos contratos de concessão. I.4.2 – As PPPs enquanto instrumento para evolução e aperfeiçoamento da experiência brasileira com as concessões. II – Breve histórico da Lei de PPP brasileira. III – O que é necessário para se fazer uma PPP?: III.1 – A forma de agrupamento e gerenciamento da contratação dos estudos necessários à implantação de PPP.

I – O problema terminológico

Um livro de comentários à Lei federal 11.079, de 30.12.2004 (referida, aqui, simplesmente como “Lei de PPP” ou como Lei 11.079/2004), não pode começar senão tentando dissipar algumas confusões conceituais que o debate do tema nos últimos anos levantou e consolidou.

A relevância política que o tema das PPPs adquiriu no Brasil recente atraiu a atenção de diversos não-

especialistas, os quais se viram em posição de opinar sobre o assunto, muitas vezes sem o conhecimento dos seus rudimentos teóricos e práticos, o que, aliás, é comum por ocasião da discussão ou aprovação de mudanças de maior impacto na legislação.

Em relação às PPPs, duas dificuldades de comunicação podiam ser notadas no debate do tema. A primeira dizia respeito ao entendimento do que se chama de “PPP”. A segunda emergia da dificuldade de compreensão do regime jurídico incidente ou a incidir sobre elas. Nas próximas linhas tentaremos dissipar apenas a confusão sobre o conceito de PPPs, deixando para os itens seguintes a melhor especificação do regime jurídico incidente sobre elas.

I.1 – A ambigüidade da expressão “PPP”

Um lançamento de olhos sobre os debates nos jornais ou sobre periódicos mais especializados ao longo da tramitação do projeto de lei federal de PPP tornava possível a percepção de que:

(a) Ora a sigla PPP era utilizada com uma conotação genérica, que abrangia todas as formas de relacionamento contratual de longo prazo entre Administração Pública e particulares, remetendo ao que geralmente se apelida, em Português, “parcerias da Administração Pública” ou, em Inglês, *public-private partnerships*.

(b) Ora a expressão era utilizada para designar um tipo específico de relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada, semelhante a contratos de concessão de serviços públicos, que incluíssem o pagamento pela Administração, ao concessionário, de alguma forma de subsídio.

(c) Ora o sintagma “PPP” era utilizado para se referir a contratos firmados nos moldes do programa de *Private Finance Initiative* – PFI¹ da Inglaterra, ou seja, contratos com estrutura econômica semelhante à dos contratos de concessão de serviço público² e que se destinavam à prestação de serviços pelo parceiro privado à Administração ou ao público³ (por exemplo, a disponibilização e manutenção de prédios escolares⁴), em que a remuneração do parceiro privado seria realizada, em regra, por meio de pagamento de subsídio integral pelo Poder Público. As atividades realizadas no âmbito desses contratos não necessariamente configuram serviço público (no sentido do art. 175 da CF) e, por isso, muitas vezes estão submetidas ao regime da atividade econômica em sentido estrito⁵.

Foi nos sentidos “b” e “c” que a Lei 11.079/2004 utilizou a expressão “PPP”.

Mas essa distinção entre pelo menos três sentidos da expressão “PPP” demanda explicação adicional, especialmente para separar o primeiro sentido, mais genérico, dos outros dois.

¹. PFI, em amplas linhas, é uma espécie de contrato de prestação de serviços, a partir da exploração de uma infra-estrutura construída pelo parceiro privado. Além disso, caracteriza esse tipo de contrato o fato de o investimento privado ter sua amortização e remuneração asseguradas, ao menos parcialmente, por alguma sorte de pagamento público (cf. Michael Mumford, *Public Projects Private Finance – Understanding the Principles of the Private Finance Initiative*, 1998. Cf., também, os materiais, ainda inéditos, disponibilizados pela *PUK Partnerships UK* durante o curso, chamado “PPP Masterclass”, que organiza periodicamente).

². Sobre a estrutura econômica dos contratos de concessão, cf., nesta “Introdução”, o item I.3.

³. Em muitos casos esses serviços estão no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito, submetendo-se, portanto, ao art. 170 da CF.

⁴. Tem se tornado cada vez mais comum a utilização de parceiras de longo prazo entre o setor público e entes privados para o provimento de serviços sociais, sobretudo nas áreas de educação e saúde. Os seguintes artigos avaliam o sucesso de experiências de parceria nesses setores: Benjamin Loevinsohn e April Harding, “Contracting for the delivery of community health services: a review of global experience”, *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*, setembro/2004; e os diversos *Discussion Papers* sobre PPP no setor de educação disponíveis no website do *PEPG – The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da *KSG – Kennedy School of Government* da *Harvard University*, preparados para o evento “Mobilizing the Private Sector for Public Education”, co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005 (entre outros: Norman LaRocque, “Contracting for the delivery of education services: a typology and international examples, New Zealand Business Roundtable”, *PEPG* 05-07, outubro/2005; Harry Anthony Patrinos, “Education contracting: scope of future research”, *PEPG* 05-23, outubro/2005; Ludger Wößmann, “Public-private partnerships in schooling: cross-country evidence on their effectiveness in providing cognitive skills”, *PEPG* 05-09, setembro/2005; José-Ginés Mora, “Public-private partnerships in Latin America: a review based on four case studies”, *PEPG* 5-8, *Draft Version*: 25-setembro/2005; Stephen Machin e Joan Wilson, “Public and private schooling initiatives in England”, *PEPG* 5-16, outubro/2005).

⁵. Como já é de saber comum, a CF de 1988, em seus arts. 170 e 175, divide o espectro das atividades econômicas, atribuindo ao Poder Público o dever-poder de explorar algumas (que são chamadas de “serviços públicos”) e submetendo as demais ao regime da livre iniciativa. Convencionou-se chamar as atividades sujeitas ao regime da livre iniciativa de “atividades econômicas em sentido estrito”. Além de separar “serviços públicos” de “atividades econômicas em sentido estrito”, a Constituição permitiu: (a) a definição por lei de outras atividades como serviço público; (b) a definição por lei das condições para a delegação por entes governamentais da exploração de serviços públicos a particulares, por meio de concessão ou permissão.

Na língua inglesa a expressão *public-private partnerships* tem uma amplitude desconhecida na língua portuguesa.⁶ O sintagma *public-private partnerships* pode ser utilizado para abranger, entre outros: as sociedades de economia mista; a associação entre empresas estatais e empresas privadas, sob a forma de algo parecido com o que chamamos de “consórcio” (*joint ventures*); a simples privatização⁷ (*divestitures or asset sales*) de bens públicos, com ou sem a delegação do direito de exploração de serviços; a participação de entes públicos no capital de empresas privadas; os contratos de operação e manutenção (*O&M, operation and maintenance*), que podem, em relação a infra-estruturas existentes, tomar a forma de *lease*;⁸ os contratos para a implementação de projetos *greenfield*⁹ na área de infra-estrutura, geralmente representados por siglas, como *BOT – Build, Operate and Transfer*,¹⁰ *DFBOT – Design, Finance, Build, Operate and Transfer*, *BOO – Build, Operate and Own* etc.;¹¹ as *concessions, license* ou *franchises*,¹² que

⁶. Para o conceito utilizado pelo Governo britânico, cf. *Public Private Partnerships – The Government’s Approach*, Londres, The Stationery Office, 2000.

⁷. Note-se que em Inglês o termo *privatization*, a par da conotação mais estrita de venda de ativos públicos para entes privados, comporta também sentido mais amplo, que engloba todas as formas de participação privada na operação de bens de propriedade de entes governamentais ou na prestação de serviços sujeitos a regulação forte (*hard regulation*). Em regra, *public utilities*. Para um conceito extremamente amplo de privatização, que abrange, inclusive, a introdução, em negócios controlados pelo Poder Público, de mecanismos de gestão comuns na iniciativa privada, cf. M. Pirie, *Dismantling the State: the Theory and Practice of Privatization*, 1985. O conceito de *privatization* foi também influenciado pela discussão a respeito da conveniência de se transferir para a iniciativa privada o controle de empresas em setores monopolísticos. John Burton (“Privatization: the Thatcher case”, *Managerial and Decision Economics*, vol. 8, n. 1, pp. 21-29) nos dá notícia de que, no princípio da década de 1980, no início do processo de privatização na Inglaterra, alguns economistas e agentes públicos não incluíam no conceito de “privatização” a transferência de monopólios para a iniciativa privada. Por exemplo, Alfred Sherman, um dos principais conselheiros econômicos de Thatcher, assim se pronunciava sobre o tema: “Insofar as public monopoly is turned into a private monopoly, the State remains there because the monopoly is guaranteed by the State. It is merely the state disguised as private. Insofar as that is the case we haven’t had privatization. If you farm out a monopoly it is not genuine privatization, it is merely changing ownership. Ownership is only one component of private sectorality. The other, more important one, is competition” (grifamos) (*apud* John Burton, “Privatization: the Thatcher case”, *Managerial and Decision Economics*, vol. 8, n. 1, p. 22). A consequência mais notável, nos processos de privatização ingleses, das discussões que se travaram então sobre esse tema foi o desenvolvimento, juntamente com a privatização, da estrutura a permitir a regulação estatal dos monopólios privatizados.

⁸. Não é incomum na experiência internacional o Poder Público alugar/arrendar infra-estrutura existente – por exemplo: rodovias, pontes etc. – para ente da iniciativa privada, que fica responsável por operá-la, mantê-la e explorá-la, cobrando tarifas pelo seu uso. Esse desenho não é usual entre nós, especialmente porque, em regra, o provimento de infra-estrutura de transportes é definido como serviço público, o que restringe os mecanismos contratuais utilizados para a delegação da sua exploração à iniciativa privada. Contudo, é possível obter efeitos econômicos semelhantes por meio da realização de concessão cuja licitação seja feita com tarifa fixa e pelo pagamento da maior outorga, nos moldes do que se fez nas rodovias do Estado de São Paulo. Todavia, evidentemente, não será possível dar ao concessionário liberdade de fixação das tarifas, o que é possível fazer nos contratos de *lease*.

⁹. *Greenfield* – em Português, “campo verde” – refere-se aos projetos novos que envolvem a criação de uma infra-estrutura, como, por exemplo, a construção de uma estrada ou linha de ferro. O termo é usado em oposição a projetos *brownfield* (“campo marrom”), ou seja, projetos já consolidados, tal qual a concessão de uma rodovia existente ou a contratação do melhoramento, ampliação, manutenção e operação de uma ferrovia existente.

¹⁰. Mark Augermblick e B. Scott Custer Jr. nos dão notícia de que a expressão “BOT” foi criada no princípio da década de 1980 pelo Primeiro Ministro da Turquia, Turgut Ozal, como sigla que representava ou *Build, Own and Transfer* ou *Build, Operate and Transfer* (cf. “The Build, Operate, and Transfer (‘BOT’) approach to infrastructure projects in developing countries”, *WPS* 498, p. 2). A Turquia iniciou seu processo de desestatização no final dos anos 1970, o que certamente contribuiu para que o aparecimento da expressão “BOT” se fizesse lá.

¹¹. É comum a combinação de outras letras para a formação de siglas que tentam expressar as responsabilidades transferidas para o parceiro privado. Por exemplo, o projeto do *Hudson-Bergen Light Rail* é referido como *DBOM – Design, Build, Operate and Maintain*. O *Hudson-Bergen Light Rail* é o projeto de um sistema de trem urbano leve (semelhante a uma linha de bonde), de 20,5 milhas, que inclui 32 estações e 5 estacionamentos de transbordo, na direção Norte-Sul à margem do Rio Hudson nos condados de Hudson e Bergen. O custo da primeira fase do projeto foi estimado em US\$ 1,1 bilhão e inclui 9,5 milhas de linha permanente, com 16 estações, e ficou pronto em 2002. Quatro das estações têm ligação com outros sistemas de transporte. A primeira fase incluiu também 4 estacionamentos de transbordo, que em conjunto possuem em torno de 3.000 vagas. A utilização da sigla *DBOM* se faz porque o parceiro privado é nele contratado para fazer os projetos, construir, operar, manter e transferir de volta para o Poder Público. O contrato é por 15 anos, com preço fixo para construção, operação e manutenção, a ser pago pelo Poder Público. A outorga para a primeira fase foi emitida em 1996 (cf. <http://www.fhwa.dot.gov/ppp/hudson.htm>). V., além disso, os projetos do *Las Vegas Monorail* e *Route 3 North*, que também podem ser caracterizados como *DBOM* (cf. http://www.fhwa.dot.gov/ppp/case_studies.htm).

¹². Não é nova a dificuldade de se realizar uma tipologia rigorosa e abrangente das *public-private partnerships*. A nomenclatura utilizada em Inglês pinça algumas características básicas, em regra relacionadas aos riscos são transferidos para o parceiro privado, que, em conjunto, estabelecem o perfil do contrato de PPP. A adequada classificação de uma PPP, no entanto, depende de análise criteriosa de cada projeto, especialmente dos detalhes do contrato, sob pena de tomar essa classificação, além de inexata, inútil. É possível, por exemplo, que dois projetos referidos ambos como *BOT – Build Operate and Transfer* tenham tipos de risco transferidos e graus de transferência completamente diversos, o que leva a classificações absolutamente distintas. Além disso, há características, relativas, por exemplo, às formas de pagamento do parceiro privado, que não são assinaladas pela nomenclatura, de maneira que a nomenclatura e a tipologia atualmente existentes em Inglês podem levar a equívocos. Para uma classificação sumária, mas abrangente, dos arranjos para a participação privada no provimento de infra-estrutura, cf. Antonio Estache e

equivalem vagamente às nossas concessões, autorizações e permissões;¹³ ou outras formas de contratação, pelos entes públicos, de entes privados (*outsourcing*). A expressão, portanto, tem, em Inglês, escopo extremamente amplo.¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶

Ao lado do uso genérico da expressão “PPP”, há dois usos mais específicos, mencionados nos itens “b” e “c”, acima, que correspondem, respectivamente, aos conceitos de *concessão patrocinada* e de *concessão administrativa*, absorvidos pela Lei 11.079/2004. Por isso, deixaremos para tratar mais detidamente das diferenças entre os sentidos “b” e “c” da expressão “PPP” nos comentários ao art. 2º, que define os conceitos de concessão *administrativa* e *patrocinada*. Por ora, cumpre apenas assinalar as semelhanças entre os sentidos “b” e “c” da expressão “PPP”, de modo a permitir ao leitor compreender, já neste ponto, o que há em comum entre os contratos disciplinados pela Lei de PPP.

A principal semelhança entre os sentidos da expressão “PPP” mencionados nos itens “b” e “c” está na estrutura econômica dos contratos a que se referem. Em ambos os casos cuida-se de contratos pelos quais se exige do parceiro privado investimento considerável¹⁷ na implementação ou melhoria de uma infra-estrutura, cuja amortização e remuneração se obtêm por meio da exploração (operação e manutenção) dessa infra-estrutura pelo mesmo parceiro privado. É esse o traço comum entre os dois sentidos de “PPP” absorvidos pela Lei 11.079/2004.

E, como demonstraremos com mais vagar nos itens a seguir,¹⁸ isso justifica não apenas o uso do rótulo “PPP” para ambos os sentidos, mas, também, sua assemelhação às concessões comuns de serviço público (por meio da atribuição do rótulo de “concessão patrocinada” e “concessão administrativa”) e sua disciplina conjunta no âmbito da Lei 11.079/2004.

I.2 – Os contratos que integram o programa de “Private Finance Initiative” (PFI) inglês e suas semelhanças com as PPP brasileiras¹⁹

Ainda no intuito de especificar o conceito brasileiro de PPP adotado pela Lei 11.079/2004, e considerando que no debate sobre o assunto muitas vezes as PPPs brasileiras foram assemelhadas aos contratos inseridos no âmbito do PFI

Tomás Serebrisky, “Where do we stand on transport infrastructure deregulation and public-private partnership?”, *World Bank Policy Research Working Paper* 3.356, p. 10.

¹³. Apesar de, ao contrário das nossas concessões de serviço ou de obra pública, não necessariamente envolverem a idéia de delegação ao particular de um serviço cuja responsabilidade pela prestação é do Estado.

¹⁴. À abrangência do termo corresponde também alto grau de flexibilidade nos arranjos contratuais empregados para a implementação dos projetos. Tal flexibilidade viabiliza a utilização de desenhos contratuais que maximizem a eficiência econômica do contrato. Há, hoje, no meio acadêmico sobre direito privado, reflexão sobre as condições de inovação contratual. Na *Yale Law School*, recentemente, no outono de 2005, foi ministrado pelo professor George Triantis curso intitulado “Contract Innovation: Theory and Practice”. Há também, já, relevante literatura relacionando a capacidade de inovação contratual e o contexto jurídico institucional, comparando especialmente os países de *common law* – Inglaterra e Estados Unidos da América como principais exemplos – com os de *civil law*, sendo a Alemanha, geralmente, o objeto das análises dessa literatura. Somos gratos a Mariana Pargendler pela disponibilização das informações a respeito desse assunto, especialmente por nos ter enviado o *paper* de sua autoria, ainda inédito, intitulado “On contract drafting and innovation: the role of contract types in the civil law tradition”, *Yale Law School*, 24.2.2006, por meio do qual tivemos o primeiro contato com essa literatura.

¹⁵. Há em Português expressão com abrangência semelhante – “parcerias da Administração” – a qual, aliás, é título de livro de autoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que traça panorama sobre as diversas formas de relacionamento entre Administração Pública e entes privados. Aborda temas como concessões, permissões, autorizações, franquias, sociedades de economia mista etc. Seu significado tem amplitude semelhante ao do conceito inglês de *public-private partnerships*.

¹⁶. Existe também proposta, já realizada outrora por Carlos Ari Sundfeld e Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (em palestras ministradas no Seminário sobre PPP realizado em Belo Horizonte, em 23.11.2005, organizado pela Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais), de se distinguir em português um sentido genérico da expressão “PPP”, que corresponderia à expressão inglesa *public-private partnerships*, e um sentido específico, vinculado à Lei 11.079/2004. A se acatar essa sugestão, separar-se-iam os conceitos de PPPs em sentido amplo – que englobaria todas as formas de relacionamento contratual de longo prazo entre a Administração e os parceiros privados – e PPPs em sentido estrito – que seriam as submetidas à Lei 11.079/2004.

¹⁷. Eis aí uma das razões que justificam a vedação trazida pela Lei 11.079/2004 à celebração de PPP cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20 milhões, conforme o art. 2º, § 4º, I.

¹⁸. Especialmente nos “Comentários”, item II.4.

¹⁹. Cf. HM Treasury, *PFI: Meeting the Investment Challenge*, julho/2003; também os materiais e informações, ainda inéditos, disponibilizados pela *PUK Partnerships UK* durante o curso chamado “PPP Masterclass”, que organiza periodicamente.

britânico, cabe comparar brevemente o programa de PFI e o programa brasileiro de PPP.

Em primeiro lugar, os contratos inseridos no PFI em regra têm a mesma estrutura econômica das PPPs brasileiras, conforme já mencionada – qual seja: de um lado, a exigência de investimento considerável, pelo parceiro privado, na implementação ou melhoria de uma infra-estrutura e, de outro, a obtenção da amortização desse investimento e da remuneração sobre o capital investido por meio da exploração (operação e manutenção) dessa infra-estrutura pelo mesmo parceiro privado.

A utilização de tal estrutura econômica destina-se, tanto no programa de PFI quanto no programa brasileiro de PPP, a maximizar ganhos de eficiência por meio de economias de escala e de escopo, por exemplo, transferindo ao parceiro privado, em conjunto, as responsabilidades pela realização do projeto, seu financiamento, construção e operação.

Além disso, há semelhanças no que diz respeito aos objetivos últimos do PFI e do programa brasileiro de PPP. Mais especificamente, o PFI é parte do programa inglês de *public-private partnerships* (o qual, como dissemos, envolve vários tipos de parceria entre Administração Pública e iniciativa privada) e foi desenvolvido na década de 1990, com o objetivo original de mover *off-balance* (para fora do balanço do ente público, de forma a não impactar o seu nível de endividamento) investimentos em infra-estrutura.

Por meio do desenvolvimento de estrutura contratual capaz de transferir aos parceiros privados diversos riscos relacionados ao desenvolvimento do projeto, sua implementação e operação, foi possível contabilizar as despesas assumidas pela Administração sem impacto na dívida pública.²⁰ Posteriormente, já entre meados e final dos anos 1990, o foco do PFI deslocou-se da questão fiscal para a busca de eficiência econômica na contratação.

A intenção do Governo brasileiro quando iniciou o processo de discussão daquilo que a Lei 11.079/2004 veio a chamar de PPP era oferecer maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infra-estrutura pública por meio de investimento privado. Nesse sentido, era preciso aprimorar o marco legal e contornar eventuais restrições orçamentárias.

Do ponto de vista do marco legal, havia dois objetivos principais. Em primeiro lugar, era preciso abrir espaço para viabilizar a implementação de projetos incapazes de, por si sós, alcançarem a auto-sustentabilidade financeira,²¹ apesar do seu alto retorno econômico e social. Nesse sentido, a Lei de PPP passou a admitir a realização de pagamento de subsídio pela Administração aos concessionários de serviços públicos em projetos que não se sustentam com a mera cobrança de tarifas. Além disso, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos, que é o limite trazido pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos para as contratações tradicionais de serviços e obras pela Administração. Tratava-se de permitir expressamente a utilização da estrutura econômica das concessões de serviço público para a contratação de serviços antes submetidos ao regime contratual previsto na Lei 8.666/1993.

Quanto às restrições orçamentárias, também se justificava a criação das PPPs, previstas na Lei 11.079/2004, pela conveniência de viabilizar investimentos em infra-estrutura sem aumentar o endividamento público e com reduzido impacto na meta de resultado primário (o impacto na meta se dá pela medida da contraprestação pública anual).

Por conseqüência da alta relação dívida pública/PIB e das metas de resultado primário – metas de caixa as quais, por isso, requerem o contingenciamento dos recursos públicos –, o investimento público direto em infra-estrutura tem minguado nos últimos anos, ou, pelo menos, tem sido insuficiente para dar conta das ingentes e crescentes demandas de infra-estrutura. Esse cenário, em conjunto com a percepção da necessidade de melhoria da infra-estrutura para obtenção do crescimento econômico, torna necessário o desenvolvimento de alternativas ao investimento público direto, que viabilizem os projetos sem impacto na dívida pública e com efeito reduzido no resultado primário.

Vale destacar, no entanto, que a caracterização do investimento como estritamente privado – e, portanto, fora do balanço do ente público – depende do nível de transferência de riscos. Nesse sentido, a Portaria 614, de 21.8.2006, da Secretaria do Tesouro Nacional²² estabeleceu os critérios que permitem a classificação do ativo fora do balanço do Poder Público, sem impactar a dívida pública. Portanto, as PPPs apenas atingem o objetivo de desoneração do orçamento público se transferirem ao parceiro privado riscos suficientes, nos termos da portaria do Tesouro Nacional.

²⁰. V., nos “Comentários”, os itens IV.4, X.1.3, XXII, XXV e XXVIII (e respectivos subitens).

²¹. Condição sem a qual nenhum parceiro privado estaria disposto a participar do projeto. É preciso ter claro que, do ponto de vista do parceiro privado, a auto-sustentabilidade financeira do projeto implica taxas de retorno, sobre o capital próprio e de terceiros investido, compatíveis com o padrão de mercado para projetos de semelhante risco.

²². A competência da Secretaria do Tesouro Nacional para estabelecer essa portaria decorre do art. 25 da Lei de PPP.

1.3 – Definindo as PPPs pela sua estrutura econômica

Nos itens anteriores aludimos à semelhança entre as estruturas econômicas das PPPs brasileiras, das concessões comuns e dos contratos inseridos no programa britânico de PFI. Cabe, agora, deter-nos sobre os desdobramentos da estrutura econômica das PPPs. Isso nos permitirá, além de precisar melhor os contornos das PPPs, perceber mais claramente a razão da existência de um regime legal específico para elas, assim como para as concessões comuns de serviço público em oposição ao regime geral dos contratos administrativos de prestação de serviços.²³⁻²⁴

Como já aludido, as PPPs requerem um investimento pesado do parceiro privado em uma infra-estrutura para a prestação do serviço, cuja amortização e remuneração se fazem pela cobrança de tarifa dos usuários, complementada por alguma forma de subsídio público ou pelo pagamento integral por parte da Administração Pública.

A necessidade de amortizar um investimento de montante elevado por meio da exploração do próprio serviço requer prazos mais longos para os contratos de PPP em comparação aos contratos comuns de prestação de serviço.²⁵ Daí por que a Lei de PPP – assim como a Lei de Concessões – excepciona o princípio, constante da Lei 8.666/1993, da vinculação do prazo de validade dos contratos de prestação de serviços à vigência dos créditos orçamentários (que é de um ano).²⁶ Permite a Lei de PPP a fixação de prazo máximo para o contrato, incluindo renovações, de 35 anos. Por sua vez, a Lei Geral de Concessões, a Lei 8.987/1995, não estabelece um prazo máximo para os contratos de concessão comum, tendo, entretanto, algumas leis especiais estabelecido prazo máximo para as concessões nos setores econômicos que disciplinam.²⁷

Observe-se que, ao transferir em conjunto para um mesmo parceiro privado as obrigações de realizar o investimento na infra-estrutura e de explorar o serviço, os contratos de PPP, assim como os de concessão comum, promovem alteração relevante na lógica econômica subjacente aos contratos de prestação de serviço comuns.

O gráfico abaixo²⁸⁻²⁹ ilustra os diversos níveis de transferência de riscos e respectivos contratos, utilizados para

²³. Há, decerto, também algumas diferenças econômicas entre as PPPs e as concessões comuns. A mais importante delas está no fato de as concessões comuns serem projetos auto-sustentáveis financeiramente, enquanto as PPPs demandam subsídio público ou, mesmo, pagamento público integral (a Lei de PPP chama de *contraprestação pública*) para se tornarem viáveis. Pode-se estabelecer uma relação entre (a) marcos legais aplicáveis à implementação de um dado projeto e (b) sua capacidade de geração de receitas. Dessa perspectiva, poder-se-iam separar três tipos de projetos: (i) os que, por gerarem receitas suficientes, são considerados auto-sustentáveis financeiramente e podem ser implementados sob a forma de concessão comum, desde que caracterizados como serviço público; (ii) os que têm sustentação financeira parcial e, por consequência, são implementáveis sob a forma de concessão patrocinada ou de concessão administrativa; e (iii) os que, pela incapacidade de geração de receita, dependem de pagamento integral pela Administração Pública e, por isso, podem ser contratados sob a forma de concessão administrativa ou pelo regime geral de contratações administrativas da Lei Federal 8.666/1993.

²⁴. Sobre a função social e econômica das PPPs, cf. Marcos Barbosa Pinto, “A função econômica das PPPs”, *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, vol. 2.

²⁵. Essa constitui a única razão a justificar prazos longos de contrato. Quando não há investimento de monta por parte do parceiro privado não se justifica a celebração de PPP ou de concessão comum. Tratando-se de serviço público, bastaria um contrato de permissão. No caso de atividade econômica em sentido estrito, na ausência de investimento de vulto, o regime legal aplicável é o da Lei 8.666/1993, no qual se estabelece prazo máximo de cinco anos.

²⁶. Pode, entretanto, o contrato ser renovado, por conveniência da Administração Pública, mais quatro vezes, até um prazo máximo de cinco anos. Não é, entretanto, incomum, na prática administrativa, a interpretação de que a Administração pode celebrar contratos de prestação de serviço com prazo preestabelecido de cinco anos.

²⁷. Cf., por exemplo, o art. 4º, § 3º, da Lei 9.074/1995, que estabelece prazo máximo de 30 anos para os contratos de concessão de transmissão e de distribuição de energia elétrica contratadas a partir da Lei 9.074/1995, contados da data de assinatura do contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas contratualmente. Já as concessões de geração de energia elétrica contratadas a partir de 11.12.2003 têm prazo limitado a 35 anos, contado da data de assinatura do contrato, nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei 9.074/1995. Caso tenham sido celebradas antes de 11.12.2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 anos, contado da data de assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por até 20 anos. Esse mesmo diploma legal ainda traz diversos outros dispositivos relativos a limites de prazo e prorrogações.

²⁸. Originalmente utilizado em palestra ministrada no Seminário sobre PPP realizado em Belo Horizonte, em 23.11.2005, organizado pela Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais.

²⁹. Para um gráfico com o mesmo escopo, mas utilizando oito diferentes opções de PPPs existentes no setor de transportes americano, v. o *site* da Federal Highway Administration, do US Department of Transportation, <http://www.fhwa.dot.gov/PPP/options.htm>.

essa finalidade, nas rodovias federais.³⁰

Em primeiro lugar, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por realizar a obra e mantê-la por diversos anos cria incentivo ao aumento de eficiência. Como o parceiro privado terá que manter a infraestrutura por anos, ele sopesará se é melhor investir mais na construção para, por exemplo, reduzir o custo de manutenção ou, ao contrário, investir menos na obra e gastar mais com manutenção. A transferência em conjunto dessas responsabilidades para o parceiro privado tende, portanto, a gerar uma maior eficiência na prestação dos serviços – eficiência, essa, que, em condições de mercado perfeito ou de regulação econômica adequada (neste caso, *yardstick regulation*³¹), retornaria ao usuário e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços e/ou de menores tarifa e subsídio público.

Observe-se que, ao comparar as alternativas de investimento/manutenção dos ativos necessários à prestação do serviço, o parceiro privado considerará o tempo de vida útil dos bens sob sua responsabilidade. Isso tende a imprimir uma lógica de longo prazo no gerenciamento dos bens públicos necessários à prestação dos serviços e evitar, por exemplo, o subinvestimento na qualidade das obras, que gera, muitas vezes, no médio e longo prazos, custos de manutenção superiores a eventuais economias realizadas na construção do empreendimento.

Além disso, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por fazer os projetos (básico e executivo),³² financiar, construir, operar e manter o serviço permite que o Poder Público foque o processo de fiscalização apenas nos resultados finais, nos níveis de serviço disponibilizados ou prestados, deixando ao parceiro privado a escolha sobre o melhor modo, a melhor tecnologia, os melhores meios de prestar o serviço. Isso é uma mudança fundamental em relação à nossa tradição de fiscalização de obras públicas ou dos contratos de compra ou fornecimento de materiais.

Nos contratos de obra há um procedimento para fiscalização dos meios utilizados para a construção. Há também um procedimento para recebimento da obra. Pronta a obra, o Poder Público fica responsável por sua operação e manutenção. Daí a necessidade de uma fiscalização muito próxima, para garantir que os custos de manutenção e operação da obra não estejam acima dos esperados por consequência de inadequações ou deficiências ocultas.

No caso das PPPs, como o parceiro privado operará e manterá a infra-estrutura por diversos anos após a construção, o Poder Público pode se centrar apenas no resultado. Caso seja construída com uma qualidade deficiente, o parceiro privado terá que arcar com as consequências disso ao longo do período de operação do serviço. Esse deslocamento do foco do Poder Público para os resultados do serviço assegura também ao parceiro privado maior espaço para a geração de ganhos de eficiência na prestação do serviço.³³ Uma vez que a Administração centre-se em fiscalizar os resultados (os níveis de *performance* do serviço), fica ao parceiro privado a escolha dos meios, dos materiais, das tecnologias a serem empregadas para prestá-lo.³⁴ Ora, supondo-se, novamente, que haverá competição no

³⁰. Para uma diferenciação entre *privatização* (transferência do controle de bens do Poder Público para entes da iniciativa privada) e *terceirização* em sentido amplo (*contracting out*) – como forma de ampliação de mercados para prestação de serviços inacessíveis à participação privada – e avaliação das conveniências, vantagens e desvantagens de realização do *contracting out*, v. Simon Domberger e Paul Jensen, “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n. 4, pp. 67-78.

³¹. Regulação que se destina a simular para o concessionário monopolista condições de concorrência de maneira a criar incentivo para a produção de eficiência e adequada transferência dos ganhos de eficiência para o usuário e para o Poder Público.

³². A Lei de PPP, assim como a Lei de Concessões, exige apenas elementos do projeto básico para a realização da licitação da PPP ou da concessão comum.

³³. Isso implica uma série de diferenças entre o regime legal das concessões e dos demais contratos administrativos. Por exemplo, enquanto nos contratos de obra é necessário cuidado extremo com o cumprimento de especificações detalhadas estabelecidas pelo Poder Público, nos contratos de concessão, como é o concessionário quem vai operar o serviço por diversos anos, pode o Poder Público, no processo de fiscalização, enfatizar o cumprimento dos níveis de serviço pactuados, estimulando, assim, a eficiência do concessionário e deixando em segundo plano o cumprimento detalhado de especificações do bem. Aliás, a tendência em concessões de serviço é o que se tem chamado de *definição qualitativa* dos níveis de serviço. Por exemplo, em relação à exploração de rodovias, ao invés de o Poder Público especificar exatamente as obras a serem realizadas pelo concessionário, estabelece os níveis de serviço, de tráfego etc., que permitem exigir do concessionário a realização de novas obras sempre que os níveis de serviço caírem aquém do padrão qualitativo estipulado no contrato. Assim, se o aumento do tráfego ocorre de tal modo que a rodovia passa a apresentar congestionamentos inesperados, o Poder Público pode, então, exigir a execução de novas obras, com vistas a manter os níveis qualitativos de prestação de serviço pactuados no contrato. Nas concessões de rodovias federais esta tendência se manifesta na adoção dos assim chamados PERs (Planos de Exploração de Rodovias) qualitativos, em lugar dos antigos planos quantitativos, que previam no momento da celebração do contrato todas as obras e investimentos a serem realizados pelo concessionário.

³⁴. Evidentemente, não se trata de excluir a fiscalização pelo Poder Público dos meios, quando isso for necessário para garantir a segurança do

mercado e/ou pelo mercado (na licitação) e regulação econômica adequada, esses ganhos de eficiência certamente serão de alguma forma repassados para os usuários e para o Poder Público.

Tanto (i) a transferência para parceiros privados da responsabilidade pela realização em conjunto de projetos, construção e operação de serviços quanto (ii) o crescente foco do Poder Público mais nos resultados que nos meios para a prestação dos serviços são processos que a Lei de PPP buscou apenas aprofundar. Já nas desestatizações havidas no Brasil ao longo dos anos 1990 criaram-se mecanismos técnicos, legais e infralegais, para permitir a geração de ganhos de eficiência. Assim, por exemplo, o art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, ao exigir que constem do edital de licitação de concessão “elementos do projeto básico” da obra, flexibilizou a regra constante do art. 7^a, § 2^a, I, da Lei 8.666/1993, que requer projeto básico das obras como condição da abertura do processo de licitação. Essa flexibilização permitiu que diversas licitações de concessões comuns de serviço público fossem modeladas com respaldo em estudos cujo objetivo era antes a definição dos indicadores de resultado a serem obtidos pelo concessionário que os meios (soluções técnicas, ou de engenharia) para a execução do serviço.

1.4 – Definindo as PPPs pela sua inserção no histórico das concessões de serviços públicos

1.4.1 – Um arcabouço histórico para compreensão da evolução dos contratos de concessão

O último parágrafo do item anterior sugere que diversas das características das PPPs são apenas aprofundamento de aspectos desenvolvidos ao longo da história dos contratos de concessão. Pretendemos, neste item, explorar essa percepção.

Seguindo um esquema proposto recentemente por Carlos Ari Sundfeld,³⁵ dividiremos a evolução dos contratos de concessão no Brasil em três fases. Em uma cronologia algo imprecisa, a primeira fase ocorreu entre meados do século XIX e a década de 1930. A segunda, dessa década à aprovação da Lei 8.987/1995, a Lei de Concessões. E a última, após a Lei de Concessões.

A primeira fase dos contratos de concessão tem início em um período no qual a carência de recursos técnicos e capital nacional para viabilizar a implantação dos projetos de infra-estrutura fazia necessária a criação de ambiência que desse a investidores internacionais conforto para a realização dos investimentos. Nesse contexto, a principal função dos contratos de concessão então celebrados era proteger o concessionário de eventual concorrência pelos anos necessários à amortização do seu investimento, e, dessa forma, garantir o adequado retorno na implementação e operação do serviço a ser realizado.

Exemplos típicos dessa fase são os contratos de concessão para a construção das ferrovias e prestação do serviço ferroviário de carga e de passageiros. Em tais contratos o concessionário se comprometia a construir ferrovias de ponto a ponto. Em contrapartida, a Administração se obrigava a ressarcir os custos da obra e pagar 6% sobre o seu valor a título de remuneração para o concessionário. Além disso, a Administração garantia ao concessionário a exclusividade do uso de cinco léguas de terra, para cada lado, ao longo da ferrovia, as quais podiam ser exploradas pelo concessionário e nas quais nenhuma outra infra-estrutura de transporte poderia ser implantada pelo Governo.

O sistema de remuneração sob a forma de percentual dos custos da obra criava incentivo para que o concessionário inflasse tanto quanto possível o custo da obra. Ao se observar essa circunstância e o traçado das ferrovias implantadas nessa época, é razoável supor que a sinuosidade horizontal das ferrovias brasileiras mais antigas se deve aos esforços dos concessionários de maximizar seus retornos pelo aumento dos custos das obras e pela obtenção do direito de uso das terras marginais à ferrovia.³⁶

A segunda fase da evolução dos contratos de concessão ocorreu a partir dos anos 30 do século XX, especialmente

usuário.

³⁵. Em exposição realizada no Seminário sobre PPP havido em Belo Horizonte, em 23.11.2005, organizado pela Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais.

³⁶. É bem verdade que parte dessa sinuosidade horizontal se justifica, entretanto, pela carência de recursos tecnológicos, à época, para enfrentar acidentes geográficos. Por essa razão, o traçado das ferrovias era definido de forma a desviar dos montes e das baixadas mais íngremes. Há limites bastante peremptórios, mesmo na atualidade, em relação à inclinação e ao raio de curva suportado por ferrovias, especialmente quando se trata de ferrovias a serem utilizadas para cargas e passageiros, indistintamente. Enquanto as ferrovias de carga exigem inclinações verticais suaves, as de passageiros requerem curvas leves.

com a criação, pelo Governo Vargas, de instrumentos para intervenção direta do Estado na atividade econômica, tais como, entre outros, a criação de diversas empresas estatais, principalmente nos setores de infra-estrutura e de indústria de base.

Nessa segunda fase, os contratos de concessão perdem sua relevância, por se tornarem, sobretudo, instrumentos de delegação a entes estatais do direito de exploração de serviços públicos. Como os contratos eram celebrados com entes controlados pelo Governo, o contrato de concessão se tornou, por assim dizer, algo dispensável ou, pelo menos, expletivo em relação ao poder que o Governo já detinha enquanto controlador das estatais, em um contexto legal de poucos limites aos poderes dos controladores de empresas, especialmente quando tal controlador fosse o Governo.

Tão dispensáveis eram os contratos que, em alguns casos, sequer foram celebrados, ou o foram anos após o início da exploração do serviço pelas respectivas estatais. Criou-se a estatal e delegou-se por decreto ou decreto-lei a exploração do serviço, o que era considerado base legal suficiente para o exercício das respectivas atividades.

A terceira e última fase da história dos contratos de concessão ocorreu a partir do surgimento das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995. Do ponto de vista histórico, essas leis são produtos de uma inversão da tendência desenvolvida a partir da década de 1930, de intervenção direta do Estado no domínio econômico.³⁷

Nesse sentido, refletem a intenção de transferir para a iniciativa privada o investimento e a operação dos serviços públicos, com objetivos, entre outros, de (a) reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração pela iniciativa privada, (b) permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não geram retornos suficientes para interessar a iniciativa privada e na regulação e fiscalização dos serviços públicos cuja exploração se tenha transferido para a iniciativa privada. Além disso, (c) buscou-se utilizar os recursos obtidos com a alienação das estatais e outros bens públicos para abatimento da dívida pública.³⁸ E, por fim, (d) pretendeu-se beneficiar a sociedade e o Estado com o aumento de eficiência trazida pela gestão privada dos serviços.³⁹

Nesse contexto, as mencionadas leis sobre concessões de serviços públicos, e a práxis em torno delas, estabeleceram um novo parâmetro para relações de longo prazo entre a Administração Pública e parceiros privados. Entre as diversas novidades trazidas ou desenvolvidas a partir dessas leis, cumpre pontuar duas.

A primeira é a excepcionalização da exigência de realização de projeto básico de engenharia para as concessões precedidas de obra pública, estipulada pelo art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, que requer apenas “elementos de projeto básico” como condição para a realização da licitação.

³⁷. Sobre a inversão dessa tendência no mundo, utilizando como paradigma o caso inglês, v. John Burton, “Privatization: the Thatcher case”, *Managerial and Decision Economics*, vol. 8, n. 1, pp. 21-29.

³⁸. Escrevendo sobre o caso britânico, John Burton sugere que a razão principal por que se levou a cabo o processo de privatização na Inglaterra, e em vários outros países a partir da década de 80, foram as dificuldades de financiar o crescimento das despesas públicas. Como é cediço, as despesas do Poder Público são financiadas por tributação, emissão de moeda (o assim chamado “imposto inflacionário”), empréstimos (lançamento de títulos etc.) ou venda de ativos públicos. Por uma série de razões – relacionadas à adoção de metas relativas à inflação e ao endividamento e às dificuldades de promover aumentos relevantes de tributos –, a partir do final da década de 70 a venda de ativos públicos tornou-se uma forma cada vez mais atraente de financiar as despesas públicas (cf. John Burton, “Privatization: the Thatcher case”, *Managerial and Decision Economics*, vol. 8, n. 1, pp. 26-27). Estudo de autoria de Ravi Ramamurti, feito no princípio da década de 90, focado em dados empíricos, sobre as razões por que os países em desenvolvimento, especialmente na Ásia, América Latina e África, estavam levando a cabo programas de privatização, chegou à conclusão que a privatização está, de fato, ligada aos problemas financeiros do Estado. Os dados mostraram que, com efeito, os países que aderiram à onda de privatizações, especialmente na África, têm déficits orçamentários, em regra, maiores que os países que não embarcaram em tais processos. A adesão às privatizações mostrou-se menos provável nos casos em que o déficit orçamentário pode ser financiado por empréstimos no mercado doméstico. A existência de dívida externa, por sua vez, aumenta a probabilidade de realização de privatização. Quanto maior a dependência de um país ao Banco Mundial, mais provável é a realização de processo de privatização. Em relação aos países africanos isso é verdade em relação à dependência do FMI – Fundo Monetário Internacional; os dados não deixaram claro, entretanto, qual a influência da dependência do FMI nas privatizações em outras regiões do Planeta. O resultado da análise é ambíguo no que tange à relação entre as justificativas de longo prazo para a privatização (v.g., aumento da eficiência econômica das empresas privatizadas) e a decisão de privatizar. O resultado da análise, entretanto, não dá suporte à afirmativa de que a privatização é desencadeada por insatisfação com a *performance* das empresas estatais (cf. Ravi Ramamurti, “Why are developing countries privatizing?”, *Journal of International Business Studies*, vol. 23, n. 2, pp. 225-249).

³⁹. O art. 1º da Lei 9.491/1997 dispõe que: “Art. 1º. O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa”.

A expressão “elementos de projeto básico” tornou viável interpretação pela qual a finalidade dos projetos para a realização de concessões é a definição dos indicadores de resultado, de *performance* do serviço, seguida de precificação paramétrica e indicativa das soluções de engenharia disponíveis e usualmente utilizadas em casos semelhantes, para efeito de se calcular valores mínimo de outorga ou máximo de tarifa, a depender do critério de julgamento adotado. Essa precificação, evidentemente, deve ter por base valores de mercado que refletem o verdadeiro custo a ser arcado pelo concessionário (e não índices de preços públicos, que computam, em regra, o sobrepreço cobrado nos contratos com a Administração Pública⁴⁰).

Dessa forma, permitiu-se a transferência para a iniciativa privada da definição, por exemplo, das soluções tecnológicas e de engenharia a serem adotadas em cada caso.

Iniciado esse processo no âmbito das concessões de serviço público, a idéia se estendeu a outros tipos de contrato que, embora não fossem de concessão, implicassem a transferência da realização da obra em conjunto com sua manutenção para o contratado. Isso permitiu influenciar, inclusive, a interpretação do próprio conceito de “projeto básico” constante da Lei 8.666/1993.

Assim, tornou-se possível, por exemplo, no setor de transportes, a realização da licitação dos contratos do PIR IV – Programa Integrado de Recuperação IV, do DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes. Esses contratos prevêem intervenções leves em rodovias, geralmente com duração de seis a oito meses, para execução das obras, pagas por medição, seguidas de pagamento mensal pela manutenção das condições do pavimento por até dois anos.

Os contratos de PIR são geralmente celebrados com base em levantamento visual contínuo das condições da pista e estimativas paramétricas de custo de intervenção, baseadas em catálogo de soluções padronizadas para intervenções em pavimento em tais condições.

Os contratos de PIR IV não poderiam ir a licitação caso se mantivesse uma interpretação rígida do conceito de “projeto básico de engenharia” previsto na Lei 8.666/1993, pois alguns dos requisitos ali previstos não podem, a rigor, ser cumpridos pelos estudos mencionados.

Enfim, esse processo de reinterpretação do conceito de “projeto básico”, para efeito da celebração de contratos de longo prazo, que transferem as obrigações de investimento e manutenção para o parceiro privado, foi iniciado a partir do art. 18, XV, da Lei 8.987/1995 e da sua aplicação ao longo dos processos de desestatização havidos nos anos 1990.

A segunda novidade trazida pelas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 é, na verdade, um conjunto de mudanças cujas conseqüências, na nossa opinião, ainda não foram devidamente desdobradas entre nós. A primeira delas diz respeito à preferência pela não-exclusividade na prestação do serviço, manifestada no art. 16 da Lei 8.987/1995. Ou seja: sempre que possível, as concessões devem ser implementadas em regimes que permitam não apenas competição pelo seu mercado (durante a licitação – o que, aliás, é exigência constitucional, nos termos do art. 175), mas também a competição no mercado, ao longo da prestação do serviço. Isso representa uma mudança fundamental em relação à primeira e à segunda fases históricas dos contratos de concessão, acima descritas.

Creemos que essa idéia não foi ainda desenvolvida plenamente entre nós. Especificamente, é preciso interpretar a preferência legal pela não-exclusividade como exigência legal de implementação rigorosa de *yardstick regulation*, de maneira a assegurar o efetivo compartilhamento com os usuários dos ganhos de eficiência obtidos pelo concessionário. Em diversos setores, apesar de o arcabouço legal permitir a implantação de regimes dessa ordem, as Agências Reguladoras têm sido tímidas no mister de desenvolver o instrumental técnico necessário para alcançar essa finalidade. É preciso adotar práticas regulatórias e contratuais que forcem os concessionários a se aproximarem das fronteiras de eficiência.

Outras duas mudanças trazidas pela Lei 8.987/1995, que não foram ainda devidamente assimiladas pela práxis regulatória, são as constantes dos arts. 9^o e 10. Uma análise detida do art. 9^o permite notar que ele manifesta uma preferência legal⁴¹ por um regime de *price cap*, pelo qual se estabelecem um teto tarifário e um deflator cujo objetivo é o de transferir para o usuário parcela dos ganhos de eficiência, em oposição a regime de garantia e limite⁴² de taxas de

⁴⁰. As razões principais da existência do sobrepreço são: (a) os atrasos nos pagamentos, que levam os contratados a embutir no seu preço os custos financeiros correspondentes; (b) os custos de mobilizações e desmobilizações decorrentes das interrupções causadas por indisponibilidade dos recursos para pagamento do contrato.

⁴¹. Ao vincular a tarifa ao preço oferecido na licitação, e não aos custos do concessionário.

⁴². V., por exemplo, o caso da Dulles Greenway, rodovia de 14 milhas, com acesso pedagiado, entre o Leesburg e a rodovia que liga o Rododanel de Washington, DC, ao Aeroporto de Dulles, na qual o regulador (Virginia’s State Corporation Commission) limitou a taxa de retorno do projeto a 18% (cf. www.fhwa.dot.gov/ppp/case_studies.htm).

retorno (*rate of return regulation*), pelo qual o regulador garante uma taxa de retorno ao concessionário. Esse último regime leva à necessidade de análise e acompanhamento detido dos custos do concessionário, cuja dificuldade é notória, em vista da assimetria de informações entre regulador e regulado.⁴³ Apesar do regime de *price cap* ser contemplado nos contratos de concessão em curso em diversos setores, sua aplicação entre nós tem sido uma exceção.

Por último, o art. 10 da Lei 8.987/1995 determina que, atendidas as condições do contrato de concessão, entender-se-á mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Esse dispositivo estabelece que vale, para efeito da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, o sistema de distribuição de riscos previsto no contrato. Isso afasta a aplicação subsidiária, aos contratos de concessão, de sistemas de distribuição de riscos previstos em lei para outros contratos. Por essa razão, o efeito prático do art. 10 é o de impedir a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/1993 e do sistema que ele prevê de distribuição de riscos entre a Administração Pública e seu contratado.⁴⁴

Lamentavelmente, o art. 10 da Lei 8.987/1995 tem sido muito mal-compreendido pelo senso comum jurídico,⁴⁵ que muitas vezes ainda engata a idéia de equilíbrio econômico-financeiro prevista na Lei 8.666/1993 (e o sistema de distribuição de riscos que lhe é apanágio, conforme orientação da maior parte da doutrina) à garantia da manutenção das condições da proposta prevista no art. 37, XXI.⁴⁶

⁴³. Uma vez que esse sistema garante a remuneração da concessionária, ele, em regra, não gera os incentivos necessários para a maximização da eficiência na gestão dos seus custos. Note-se que a ineficiência na gestão dos custos pelo concessionário, além de impactar no preço do serviço pago pelos usuários e pelo Poder Público, gera uma perda para a sociedade como um todo. É uma manifestação do fenômeno conhecido na economia como *dead weight loss* ou *excess burden*.

⁴⁴. Concordando com esse entendimento, cf. Marcos Barbosa Pinto, in *Revista do BNDES* vol. 13, n. 25, pp. 155-182.

⁴⁵. Luís Alberto Warat, *O Direito e sua Linguagem (2ª Versão)*, 2ª ed., 1995.

⁴⁶. Citamos, a seguir, longo trecho de Celso Antônio Bandeira de Mello como representativo da visão doutrinária tradicional sobre esse assunto, a qual veicula posições que, além de – na nossa opinião – serem equivocadas, à vista da interpretação literal dos dispositivos legais sobre o assunto, limitam a capacidade do Poder Público de obter, na implementação dos projetos, melhor proveito do contrato, ou seja, impedem a maximização dos ganhos de eficiência, por meio da definição da alocação de riscos mais convenientes para a implementação de cada projeto. São os seguintes os equívocos propagados por essa posição: (a) supor que há engate entre o sistema de distribuição de riscos e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, conjecturar que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro implica uma determinada distribuição de riscos entre as partes, não podendo o contrato criar outra repartição; (b) supor que tal sistema de distribuição de riscos decorre necessariamente do disposto no art. 37, XXI, da CF, ou seja, que o art. 37, XXI, estabelece facciosidade em direção a um dado sistema de partilha de riscos; (c) negar efeito e desdobramento adequado ao art. 10 da Lei 8.987/1995, que permite que o contrato estabeleça a matriz de riscos e a forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio da crença de que o art. 37, XXI, da CF não agasalha outro sistema de distribuição de riscos, senão o tradicionalmente empregado nos contratos de obra pública, nos moldes do previsto, para álea extracontratual, pelo art. 65 da Lei 8.666/1993. Esboçaremos nossa visão sobre o assunto, neste trabalho, por ocasião dos comentários aos arts. 4º, IV, e 5º, III. Abaixo reproduzimos trecho longo do mencionado doutrinador, para evitar descontextualização das suas idéias.

“Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º e § 2º, 18, VIII, e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º, § 3º, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevida de tributos (salvo os do imposto de renda) e encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente.

“Tais soluções são obrigatórias em face de nosso direito positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que obras e *serviços* (tanto como compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta’.

“Segue-se que as tarifas pelas quais o concessionário é ‘pago’ – ou, eventualmente, as subvenções que sirvam para completar o montante devido – devem assegurar os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, traduzido na proposta aceita ao cabo da licitação. É que esta foi tida, por ambas as partes, como previsivelmente idônea para acobertamento dos custos em que incorreria o concessionário e suficiente para proporcionar-lhe a margem de remuneração. Deveras, se a proposta não ensejasse razoável expectativa de tal resultado, haveria de ter sido desclassificada, por inexequível (art. 44, § 3º, da Lei 8.666), ou, então, se revelasse propósito de *dumping*, por incurso em ‘abuso do poder econômico’ (art. 173, § 4º, da CF).

“65. Diante disto, cabe indagar quais os riscos que, em nosso sistema, o concessionário efetivamente tem de assumir, por não se encontrarem ao abrigo da garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

“Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.

Aliás, vale insistir num ponto: mesmo a Lei 8.666/1993, a rigor, assegura grande flexibilidade na distribuição de riscos. É verdade que impõe o reequilíbrio em algumas hipóteses, determinando que o risco corra por conta do Poder Público – tais como as previstas nos §§ 5º e 6º do art. 65, relativas, respectivamente, a (i) criação, alteração e extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, e (ii) alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado.

Todavia, há uma série de outros riscos sobre os quais não há regra específica. A maior dificuldade, a nosso ver, está na interpretação do art. 65, II, “d”, que prevê a possibilidade de alteração contratual, por acordo das partes, com o objetivo de restabelecer o “equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e *extracontratual*” (grifo nosso).

Muitos doutrinadores têm lido nesse dispositivo um sistema de distribuição de riscos que, *grosso modo*, implica carrear ao contratado as áleas ordinárias, e ao Poder Público as extraordinárias. Essa interpretação representa barreira à livre distribuição de riscos nos contratos administrativos, pois pretende predeterminar, juridicamente, a distribuição de riscos do contrato.⁴⁷

⁴⁶. Anote-se que o art. 10 da Lei 8.987 estabelece que sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. A dicção deste artigo há de ser recebida *cum grano salis*, para que não seja havido como desenganadamente inconstitucional.

“O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato. Donde, de fora parte as proteções específicas já aludidas – as quais, de resto, apóiam-se quase que integralmente na própria lei retora dos termos do *contrato* –, não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. Ou seja: dito artigo terá pretendido encarecer que a expressão ‘equilíbrio econômico-financeiro’ não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo ao malogro de seu empreendimento pessoal quando, nos termos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial. Aliás, é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., pp. 709-711).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seguindo a mesma tradição, engata também o mesmo sistema de distribuição de riscos na garantia do equilíbrio econômico-financeiro. “Na realidade, tem-se que conciliar duas idéias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar. A maneira de conciliar essas duas idéias é pela consideração de que as *áleas ordinárias* correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na idéia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei 8.987). As *áleas extraordinárias*, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão” (*Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 2ª ed., p. 70).

⁴⁷. Por todos, v., a seguir, trecho de Celso Antônio Bandeira de Mello que prende ao art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato contra agravos econômicos resultantes de medidas tomadas pela Administração Pública sob titulação jurídica diversa da contratual, em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes, ou provenientes das sujeições previstas. O engate de tais proteções no art. 65, II, “d”, é feito sem que haja qualquer menção no texto à aplicabilidade desse dispositivo exclusivamente aos casos que se enquadrem como “álea *extracontratual*”, conforme dicção do próprio dispositivo legal:

“52. A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro é ampla e se manifesta com respeito às seguintes diferentes situações:

“a) (...);.

“b) Agravos econômicos resultantes de *medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual*, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado ‘fato do príncipe’, tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Bénéoit, ao dizer: ‘Convém entender por ‘fato do príncipe’ os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante’.

“O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o mero uso de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, *exempli gratia*, da decisão oficial de alterar o salário mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister.

“É certo que este agravo patrimonial não libera, como diz Bénéoit, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou ou os encargos.

“*Dita hipótese também está expressamente acobertada na lei, a teor do art. 65, II, ‘d’, precitado.* [grifamos]

“(…)”.

“c) Agravos econômicos sofridos *em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes* e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. É a ‘teoria da imprevisão’, por via da qual, modernamente, se retorna o vetusto princípio da cláusula *rebus sic*

Todavia, se o fato a ensejar o reequilíbrio tem que ser extracontratual, conforme a dicção do art. 65, II, “d”, então, não deveria haver dúvidas de que, contratualmente, se poderia estabelecer a distribuição de riscos que se entender mais eficiente. Ou seja, deveria ser possível dispor contratualmente sobre quaisquer riscos. Não há, a rigor, na Lei 8.666/1993, ou em qualquer outro diploma legal, distribuição de riscos preestabelecida, exceto pela hipóteses taxativas dos parágrafos do art. 65. E nem poderia ser diferente, pois se trata, sobretudo, de questão de eficiência econômica, e não de juízo de valor que justifique prévia definição em lei.⁴⁸

Apesar disso, é tormentoso reconhecer que a doutrina tem insistido, ainda que implicitamente, na tese de que o art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 estabelece um sistema de distribuição de riscos entre o Poder Público e o contratado.

Diante do art. 10 da Lei 8.987/1995, para as concessões não deveriam haver quaisquer limitações legais à distribuição de riscos, pois não se aplicam a esses contratos nem mesmo as hipóteses taxativas dos parágrafos do art. 65 da Lei 8.666/1993. A distribuição de riscos e as hipóteses ensejadoras de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependem exclusivamente das disposições contratuais.⁴⁹ Apesar disso, uma vez mais, tem-se notado na doutrina resistência quanto a essa interpretação.

1.4.2 – As PPPs enquanto instrumento para evolução e aperfeiçoamento da experiência brasileira com as concessões

A Lei de PPP – como já fizemos notar – teve dois objetivos principais. Primeiro, permitir e viabilizar a realização de pagamento de subsídio pela Administração aos concessionários de serviços públicos que não se sustentam financeiramente com a mera cobrança de tarifas. Segundo, autorizar a utilização da estrutura econômica das concessões de serviço público para a contratação de serviços antes submetidos ao regime contratual previsto na Lei 8.666/1993.⁵⁰

stantibus. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira. *Com efeito, o mencionado art. 65, II, ‘d’, também menciona expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial.* [grifamos]

“d) Agravos econômicos *provenientes das chamadas ‘sujeições imprevistas’.* Vedel as definiu como ‘dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (por exemplo, encontro de um lençol d’água insuspeitado na escavação de um túnel)’.

“Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada.

“As ‘sujeições imprevistas’ têm seu domínio de aplicação, por excelência, nos contratos de obras públicas. E, como esclarece Benoît, diferem da hipótese específica da teoria da imprevisão em que, nesta última, o que altera o equilíbrio contratual são ‘circunstâncias, incidentes econômicos’, ao passo que nas sujeições especiais o contratante choca-se com ‘fatos materiais, incidentes técnicos’.

“A dicção ampla do sempre referido art. 65, II, ‘d’, *conforta igualmente esta hipótese de restauração da equação inicialmente estipulada*” [grifamos] (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., pp. 615-617).

⁴⁸. Aliás, vale notar que o art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 implica a mera possibilidade, e não a obrigação, de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ao referir-se a “possibilidade”, o dispositivo cria apenas um permissivo legal – eis que, em direito público, o princípio da legalidade impõe que a Administração apenas possa fazer o que está autorizada – para que a Administração Pública, se houver interesse público relevante que justifique, altere o contrato para recompor seu equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, em caso de ocorrência de álea extraordinária e extracontratual, está a Administração Pública autorizada – e não obrigada – a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, o dispositivo citado da Lei de Licitações faz referência a “acordo entre as partes”, o que mais uma vez indica a autorização, e não a obrigação, da Administração de reequilibrar o contrato. A lei é clara nesse sentido, e não deveria ser objeto de discussão. A obrigação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro existe, a rigor, apenas nas hipóteses contempladas nos parágrafos do art. 65, entre as quais vale destacar (i) a ocorrência de alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado e (ii) a criação, extinção ou alteração de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados.

⁴⁹. Neste sentido, cf. Marcos Barbosa Pinto, “Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, pp. 155-182.

⁵⁰. Para obter esses efeitos, a Lei de PPP criou duas novas espécies de concessão, respectivamente a concessão *patrocinada* e a *administrativa*. Seria possível a obtenção do mesmo efeito por meio da ampliação do conceito de concessão comum, reformando-se, por exemplo, a Lei 8.987/1995. O Governo Federal – aconselhado, na época, por Carlos Ari Sundfeld – optou, entretanto, pela criação de uma nova lei sobre o assunto. Considerando a visão muitas vezes formalista do direito administrativo que grassa no nosso contexto, há risco de os novos tipos de concessão serem entendidos como limitadores estritos à atividade de inovação na definição dos desenhos contratuais a serem empregados para a implementação de projetos. Isso tornaria o regime dos novos “tipos” de concessão empecilho à adoção de desenhos contratuais que maximizem os ganhos para o Poder Público e para os usuários. O ideal é que a visão formalista seja superada e que os tipos contratuais sejam pontos de partida – na linguagem de Savigny, motores de arranque – para a adoção dos desenhos contratuais que tenham o potencial de maximizar os ganhos da sociedade, do Poder Público e dos usuários. Concordamos, portanto, com o entendimento manifestado, entre outros, por Gustavo Binenbojm (“As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição”, *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* n. 2, p. 7) no sentido de que a Constituição Federal não estabelece ou exige – e acrescentamos, tampouco, em regra, as leis sobre contratos administrativos – tipificação fechada das avenças que podem ser celebradas por entes públicos. Para uma visão da influência da atividade de

No cumprimento desses dois objetivos, a Lei de PPP buscou, por um lado, tanto quanto possível, preservar e aproveitar o arcabouço legal e institucional montado ao longo dos anos 90 para realização dos processos de desestatização. Doutra lado, tratou de incorporar a esse arcabouço inovações ou aperfeiçoamentos que provieram de duas origens: da experiência acumulada no âmbito das Agências Reguladoras na lida com contratos de concessão e do Direito Comparado.

Quanto à experiência acumulada nas Agências Reguladoras, vale citar a inversão de fases na licitação, que permite análise das propostas de preço antes da análise dos documentos de habilitação. A inversão de fases já era praticada no âmbito, por exemplo, da ANATEL, em consequência de previsão expressa na sua Resolução 65/1998.⁵¹ Posteriormente, a legislação sobre o pregão permitiu sua utilização para aquisição de bens e serviços comuns. A Lei de PPP tornou possível a aplicação desse instituto a quaisquer PPPs, em quaisquer setores.

Também sob a influência da experiência da ANATEL, a Lei de PPP previu a possibilidade de se abrir nas licitações de PPPs uma fase para saneamento das falhas formais na documentação apresentada pelos licitantes. Isso tem por objetivo combater o aspecto, por assim dizer, “gincanístico” das licitações, que em muitos casos se têm tornado disputas sobre o cumprimento de uma diversidade de formalidades que pouco contribuem para a avaliação da capacidade do licitante de desempenhar adequadamente o objeto do contrato.

Outra inovação trazida pela Lei de PPP foi a possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado. Até então havia discussão sobre a possibilidade de se estabelecer a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias sobre questões direta ou indiretamente relacionadas ao interesse público, que seria, por definição, algo indisponível pela Administração.⁵² A Lei de PPP permitiu expressamente a realização da arbitragem em contratos de PPP. Resta, agora, a discussão sobre seus exatos limites e a forma de implementá-la.⁵³

Um outro exemplo são os *step-in rights*, ou seja, o direito dos financiadores de assumirem o controle de concessionária em situação econômico-financeira difícil, saneá-la financeiramente e proceder à alienação do controle para terceiro. Os *step-in rights* são instrumento consolidado nos países anglo-saxônicos. Sua aplicação no nosso contexto pode ser extremamente útil, pois põe o financiador (principal interessado, juntamente com o Poder Público, na continuidade do projeto) para trabalhar em prol do interesse público, no monitoramento da situação financeira do concessionário e na realização de eventual reestruturação financeira.⁵⁴

Um outro aperfeiçoamento trazido pela Lei de PPP é a possibilidade de o contrato distribuir quaisquer riscos entre a Administração e o parceiro privado.⁵⁵ O art. 10 da Lei 8.987/1995 já aponta nesse sentido quando diz que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão estará obedecido se atendidas as condições do contrato. Contudo, a compreensão desse dispositivo pelo senso comum jurídico limitou seu mister,⁵⁶ que era o de permitir a estipulação por via contratual de quaisquer arranjos de distribuição de riscos, sem interferência das idéias tradicionais sobre equilíbrio econômico-financeiro e sobre distribuição de riscos. Esses conceitos tradicionais, formados, sobretudo, na tradição dos contratos de obra pública, lançam sobre a Administração riscos (como o de força maior, caso fortuito etc.) que, em

tipificação como limitadora da capacidade de inovação contratual nos sistemas de matriz romano-germânica, cf. Mariana Pargendler, “On contract drafting and innovation: the role of contract types in the civil law tradition”, Yale Law School, 24.2.2006 (inédito).

⁵¹. A rigor, no procedimento licitatório regular estipulado nessa resolução, as propostas de preço são abertas antes dos documentos de habilitação. Daí que, quando a aludida resolução refere-se a “inversão de fases”, está, na realidade, tratando da estrutura tradicional do procedimento de licitação.

⁵². A Lei de Arbitragem – Lei 9.307, de 23.9.1996 – estabelece, em seu art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*” (grifos nossos). Diante disso, a tese segundo a qual as relações jurídicas em que a Administração participe sempre versam sobre direitos indisponíveis pretendeu afastar a possibilidade de previsão da arbitragem para os contratos administrativos.

⁵³. V. comentários ao art. 11, III, abaixo.

⁵⁴. V., sobre isso, os comentários ao art. 5º, § 2º.

⁵⁵. Neste sentido, cf. Marcos Barbosa Pinto, “Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, pp. 155-182.

⁵⁶. As notas de rodapé 46 e 47 desta “Introdução” e 20 do item V.3.2 dos “Comentários” reproduzem textos da doutrina tradicional sobre o assunto, que demonstram a interpretação corrente do sentido do art. 10 da Lei 8.987/1995.

contratos de PPP, nem sempre convém deixar com a Administração Pública.⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹

Uma inovação de vital importância para a implementação das PPPs é a possibilidade de a Administração Pública oferecer aos parceiros privados garantias de pagamento da contraprestação pública. Como, lamentavelmente, os entes governamentais brasileiros ainda não têm reputação de bons pagadores, e dado que os créditos contra a Fazenda Pública estão sujeitos ao procedimento dos precatórios, era necessário que a Lei de PPP viabilizasse a criação de estruturas para garantir ao parceiro privado a percepção da contraprestação pública no momento contratualmente pactuado.

Com esse escopo, a Lei de PPP, além de ter possibilitado a contratação de seguro de pagamento com órgãos multilaterais ou seguradoras domésticas ou internacionais, permitiu a criação, no âmbito da União, do Fundo Garantidor de PPP (FGP), ente de natureza privada a ser utilizado para garantir o pagamento das contraprestações públicas nas PPPs celebradas pelos órgãos federais.

Essas são algumas inovações e aperfeiçoamentos introduzidos pela Lei de PPP no nosso ordenamento, e que a situam no processo histórico-evolutivo da experiência brasileira de contratos de médio e longo prazo entre a Administração Pública e entes privados.

II – Breve histórico da Lei de PPP brasileira

Descrever em detalhes o processo que levou, finalmente, à aprovação, em dezembro/2004, da Lei de PPP brasileira requereria um trabalho à parte. Nas linhas abaixo vamos apenas apontar alguns marcos desse processo, de modo a dar ao leitor uma cronologia dos eventos e de alguns dos personagens neles envolvidos, sobretudo a partir de agosto/2004, quando, por razões profissionais, estivemos envolvidos diretamente nesse processo.

Em 2002 o escritório do professor Carlos Ari Sundfeld⁶⁰ foi contratado para fazer um estudo preliminar sobre esse assunto, que gerou a primeira minuta de projeto da Lei de PPP. Essa minuta, no entanto, não foi levada ao Congresso.

Em 2003, Fernando Hadad,⁶¹ então no Ministério do Planejamento, informalmente assessorado por Marcos

⁵⁷. Sobre isso, cf. comentários ao art. 4^o, VI, abaixo.

⁵⁸. Em relação a esse tema, é importante notar que as melhores práticas desenvolvidas em torno dos contratos de concessão, especialmente no período pós-Consenso de Washington, foram no sentido de transferir todos os riscos comerciais do negócio para a iniciativa privada. Não é por acaso que a art. 2^a da Lei 8.987/1995 assim dispõe sobre o assunto: “Art. 2^a. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco e por prazo determinado*” (grifos nossos).

Alguns entendem que expressão “por sua conta e risco” impediria o Poder Público de assumir parcela ou a totalidade do risco de demanda. Esse entendimento não nos parece proceder. De qualquer modo, é forçoso reconhecer que esse modo de compreensão das concessões provém do que foi por algum tempo visto, nos debates internacionais sobre o assunto, como a melhor prática. A Lei de PPP, ao autorizar a distribuição de quaisquer riscos entre as partes (art. 5^a, III), permite a superação, do ponto de vista legal, dessa visão. Isso é especialmente importante quando se considera a consolidação do entendimento de que a principal justificativa para a realização de PPP são os ganhos de eficiência que podem ser obtidos com sua contratação (v., na lei, a diretriz constante do art. 4^a, I). Em alguns setores tornou-se consenso não ser eficiente a transferência para o parceiro privado do risco de demanda, especialmente porque a existência da demanda e do seu crescimento depende de fatores alheios ao controle do parceiro privado. Veja-se o exemplo do setor de infra-estrutura rodoviária, no qual já se formou o consenso de estar o crescimento da demanda atrelado ao do PIB, sobretudo se não houver vias ou meios de transporte alternativos. No Brasil, os dados da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT apontam para o fator de crescimento de aproximadamente 0,9 da demanda de veículos de passeio em relação ao PIB; e 1,1 ou 1,2 em relação a veículos pesados. Ora, por essa razão, seria de se cogitar de modelar concessões rodoviárias em que pelo menos parcela do risco de demanda fique com o Poder Público, sobretudo quando se tratar de projetos *greenfield*. Além disso, ainda no setor de transportes, há também consenso sobre a normalidade da existência de altas margens de erro nas previsões de demanda, em manifestações, aliás, agudas do fenômeno do *optimism bias* (otimismo quanto ao montante das receitas, valor dos custos de implantação e operação, prazo e benefícios que decorrem de um dado projeto; o *optimism bias* ocorre, sobretudo, por não se considerar adequadamente o histórico de receitas e custos de projetos do gênero). Para uma definição menos abrangente de *optimism bias* (que exclui o otimismo em relação às receitas), cf. “Annex 4 – Risk and Uncertainty” do *Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, documento emitido pelo HM Treasury, o Tesouro Britânico. Como referência para o estudo de casos, vale apontar que várias das dificuldades enfrentadas na implementação do projeto do Channel Tunnel Rail Link – projeto de trem de alta velocidade a ligar o Túnel do Canal e a cidade de Londres, para reduzir o tempo de viagem ferroviária entre Londres, Paris e Bruxelas – decorreram do otimismo nas estimativas de demanda pelos serviços de passageiro da Eurostar, cujas receitas atuais e futuras deveriam financiar parcela substancial do empreendimento. V., também, sobre isso, o caso das rodovias M1-M15, na Hungria, entre Gyor e a fronteira da Áustria (M1) e ligando a M1 a Bratislava (M15). Entre nós, vale notar que, por exemplo, entre as rodovias concedidas do Estado de São Paulo, apenas o sistema Anhangüera/Bandeirantes superou as estimativas de demanda originalmente realizadas.

⁵⁹. Enxergando os dispositivos da Lei de PPP sobre esse assunto como evolução em relação ao art. 10 da Lei 8.987/1995, cf. Marcos Barbosa Pinto, “Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, p. 162.

⁶⁰. O contrato foi celebrado via PNUD com pessoa física, e formalmente o contratado foi Jachinto Arruda Câmara, então advogado da Sundfeld Advogados.

⁶¹. Fernando Hadad foi, a seguir, Secretário-Executivo do Ministério da Educação e, depois, Ministro da Educação.

Barbosa Pinto,⁶² nessa época advogado da iniciativa privada, e trabalhando em conjunto com Luís Inácio Adams,⁶³ na época Consultor Jurídico do Ministério do Planejamento, elaborou uma nova minuta de lei, que foi negociada dentro do Governo e submetida a consulta pública em outubro/2003.

Logo após, em 19.11.2003, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em regime de prioridade, o Anteprojeto de Lei de PPP, que se tornou o Projeto de Lei (PL) 2.546/2003.

Em 18.2.2004 o PL foi aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, tendo como relator o então deputado Paulo Bernardo, do PT do Paraná; e em 17.3.2004 ele foi aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados.

No Senado Federal o PL recebeu o n. 10/2004 e foi aprovado, em 4.5.2004, na Comissão de Infra-Estrutura, tendo como relator o senador João Tenório, do PSDB do Estado de Alagoas.

Nessa época, no Ministério do Planejamento, o assunto havia passado para a responsabilidade da ASSEC – Assessoria Econômica do Ministro, da qual era titular Demian Fiocca,⁶⁴ que começou a montagem da Unidade de PPP do Governo Federal e que conduziu, desde então, o processo de negociação da Lei de PPP no Congresso. Ciente das diversas críticas existentes ao projeto de lei em tramitação no Congresso, Demian viabilizou convênio entre o Ministério do Planejamento e o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, pelo qual o Banco contratou, em agosto/2004, Maurício Portugal Ribeiro,⁶⁵ como consultor especialista em direito administrativo e PPP, e, em outubro/2004, Marcos Barbosa Pinto, como consultor especialista em direito comercial e PPP, para elaborarem uma minuta de Lei de PPP alternativa à que estava em tramitação no Congresso.

Redigida a nova minuta no âmbito do convênio entre BID e Ministério do Planejamento, ela foi negociada dentro do Governo, especialmente entre os técnicos da ASSEC, do Ministério do Planejamento, e os da STN – Secretaria do Tesouro Nacional, do Ministério da Fazenda, que fizeram algumas modificações relevantes na minuta. Por exemplo, ficou a cargo da STN a definição do conjunto de regras sobre estudos que concernem à responsabilidade fiscal que constam do art. 10 da Lei de PPP, e sob a responsabilidade da PGFN as regras sobre o FGP – Fundo Garantidor de PPP. Vale notar que tiveram papel fundamental, nessa época, Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques Neto, que, informalmente, trabalharam em conjunto com Maurício e Marcos no desenvolvimento dos conceitos que foram depois capitulados na minuta de Lei de PPP. Carlos Ari chegou a redigir uma minuta alternativa de Lei de PPP, a qual influenciou, em vários aspectos, a redação do Projeto que se tornou, ao final, a Lei de PPP.

Após negociação dentro do Governo e um acordo entre as lideranças do Senado (do qual participaram, entre outros, os senadores Aloízio Mercadante, Tasso Jereissati, Rodolpho Tourinho e Sérgio Guerra), a minuta de PL elaborada por Maurício Portugal Ribeiro e Marcos Barbosa Pinto, com algumas modificações realizadas nas negociações internas do Governo, foi absorvida pelo senador Valdir Raupp no seu relatório final para a Comissão de Assuntos Econômicos, que foi aprovado em 18.11.2004.

No Senado, participaram das discussões sobre a Lei de PPP, como representantes da iniciativa privada, Manuel Ribeiro e Ricardo Castanheira, ambos Vice-Presidentes da ABDIB – Associação Brasileira da Infra-Estrutura e Indústrias de Base.

Em 9.12.2004, o PL, já com a nova redação, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, na qual foi relator o senador Rodolpho Tourinho, e em 21 de dezembro foi aprovado no Plenário do Senado. Retornou, então, à Câmara, e foi aprovado no dia seguinte no Plenário.

A sanção presidencial da Lei de PPP aconteceu em 30.12.2004, com apenas dois vetos, que serão comentados nos respectivos artigos.

III – O que é necessário para se fazer uma PPP?

Uma introdução a um livro de comentários à Lei de PPP não estaria completa se não desse ao leitor uma noção da complexidade e da quantidade de estudos necessários para celebrar um contrato de PPP. O gráfico e o texto a seguir

⁶². Marcos Pinto foi consultor do BID, assessor da Vice-Presidência do BNDES e Chefe de Gabinete do Vice-Presidente do BNDES.

⁶³. Luís Inácio Adams foi Secretário Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento e, depois, Procurador-Geral da PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

⁶⁴. Demian Fiocca foi depois Vice-Presidente e, a seguir, Presidente do BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

⁶⁵. Maurício Portugal Ribeiro foi, a seguir, Diretor do Programa de PPP do Governo Federal.

desempenham essa função.

Conforme se observa no gráfico acima, são necessários, geralmente, os seguintes estudos para a implementação de PPP:

(a) Estudo de demanda pelo serviço, que inclui tanto o levantamento do número de usuários atuais (quando não se tratar de projeto *greenfield*), dos usuários potenciais, sua capacidade e disposição de pagamento pelo serviço, comparação do serviço com outras alternativas equivalentes, para aferição da sua competitividade, projeção do crescimento da demanda e dos índices de utilização indevida (fuga ao pagamento da tarifa) do serviço.

(b) Elementos do projeto básico que especifiquem o objeto do serviço, utilizando, sempre que possível, indicadores de resultado, que permitam dimensionar, ainda que de forma paramétrica, os investimentos a serem realizados para prestação do serviço com os níveis de *performance* definidos pelas normas técnicas, regulamentos e opções técnicas e políticas realizadas pelos atores envolvidos na modelagem. Isso, em regra, se traduz em projeto de engenharia, ainda que preliminar, e projetos operacionais que simulam os custos de investimento para implantação, melhoria do nível de serviço, expansão de capacidade, operação e manutenção do serviço.

(c) Quando aplicáveis, estudos ambientais que mensuram os impactos do empreendimento, formas de mitigação ou de compensação de tais impactos, bem como o dimensionamento econômico-financeiro das medidas a serem tomadas pelo parceiro privado para solucionar as questões ambientais.

(d) Viabilidade econômico-financeira, que, com base nos números obtidos nos estudos mencionados nos itens “a”, “b” e “c”, acima, projete a forma e condições em que serão obtidos os recursos para a realização dos investimentos (*debt, equity* etc.) e operação do serviço e a remuneração dos investidores, financiadores etc., simulando, inclusive, por exemplo, em diferentes cenários de demanda, o valor e a forma da contraprestação pública para uma taxa de retorno que remunere o risco de negócios do gênero.⁶⁶ Deverá integrar a modelagem econômico-financeira a matriz de riscos com atribuição a cada uma das partes dos principais riscos do projeto e, quando possível, especificação das conseqüências de tal atribuição no plano econômico-financeiro.⁶⁷

(e) Estudos jurídicos relativos aos principais riscos do projeto, a melhor forma de mitigá-los, opiniões legais e pareceres sobre dúvidas e aspectos específicos do projeto que os técnicos entenderem necessário esclarecer, minutas de editais e de contratos, assessoria e acompanhamento dos aspectos jurídicos do projeto até sua efetiva contratação.⁶⁸

⁶⁶. Apesar de já ter realizado diversos processos de desestatização, em diversos setores, o Brasil ainda se ressentia da consolidação de melhores práticas a respeito de avaliação de projetos públicos, especialmente quando se trata de envolvimento da iniciativa privada no financiamento da sua implementação. Nas discussões sobre projetos de PPP isso se reflete em insegurança sobre as metodologias de avaliação a serem utilizadas e sobre os dados a serem utilizados na aplicação de tais metodologias. Por exemplo, no uso do *CAPM – Capital Asset Pricing Model* para avaliação de projetos, há uma série de indefinições sobre modo de calcular o risco do país e o risco relativo do setor em que se enquadra o projeto, que se traduz tecnicamente como uma dúvida, por exemplo, sobre se é recomendável considerar o risco do país pela curva ou na ponta, e qual a fonte de dados a ser utilizada em relação ao β setorial (variável da fórmula do CAPM). Além disso, não há também posição consolidada sobre a possibilidade de utilização de alguns instrumentos que sofisticam o *CAPM*, como, por exemplo, o *small-cap premium*. Apesar das melhores práticas internacionais apontarem a conveniência de realização de análises de sensibilidade em relação ao caso-base do projeto, a SEFID – Secretaria de Fiscalização da Desestatização, unidade técnica do Tribunal de Contas da União – TCU responsável pela fiscalização prévia e concomitante dos processos de desestatização, em relação ao projeto da PPP das Rodovias BR 116/324, desconsiderou as análises de sensibilidade e recomendou a aprovação, pelo Tribunal, da contraprestação máxima igual à definida no caso-base. Somos gratos a Ruy Moraes, Bárbara Brito, Henrique Pinto, Rodolfo Torres, Marcelo Miterhof, Antônio Henrique Silveira, Arno Meyer, Andrew Gunther, Jean Laprevotte e Ari Skromne pelos diversos debates sobre esse assunto. Cf., entre outros: Ian Alexander (World Bank), Antonio Estache (WBI, World Bank) e Adele Oliveri (London Economics), *A Few Things Transport Regulators Should Know about Risk and the Cost of Capital*, julho/1999; *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative – A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE, Commissioned by The Treasury Taskforce*, 17.1.2000; John Flemming e Colin Mayer, “The assessment: public-sector investment”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n. 4, 1997; John S. Strong, José-Luis Guasch e Juan Benavides, *Managing Risks of Infrastructure Investment in Latin America: Lessons, Issues, and Prescriptions (Working Paper)*, Inter-American Development Bank, Washington, DC, Sustainable Development Department; *La Valutazione della Convenienza Economico-Finanziaria nella Realizzazione e Gestione degli Investimenti Pubblici con il Ricorso alla Finanza Privata*, Unità Tecnica Finanza di Progetto, CIPE, Ministero dell’Economia e delle Finanze, maio/2002.

⁶⁷. Muitas vezes é difícil cumprir esse requisito, por não existirem referências comparáveis.

⁶⁸. Recentemente surgiu discussão no âmbito da União sobre a viabilidade jurídica, em face das competências atribuídas à AGU – Advocacia-Geral da União pela Lei Complementar 73/1993 e legislação correlata, de contratação de consultores privados para a elaboração dos estudos jurídicos relativos a projeto de PPP, modelagem jurídica, proposição de minutas de edital e contrato, assessoramento jurídico e acompanhamento do processo de contratação. Argumenta-se que a competência exclusiva da AGU para realização do assessoramento jurídico dos órgãos da Administração direta, autarquias e fundações públicas impediria a contratação de consultoria privada para assessoramento jurídico em processo de PPP. Esse entendimento não nos parece fazer qualquer sentido, em primeiro lugar porque a contratação de assessoramento em nada usurpa a competência das consultorias

Em regra, o Poder Público não dispõe da estrutura para realizar os estudos acima enumerados. Por isso, geralmente, a Administração os contrata junto à iniciativa privada.⁶⁹ Dois estudos, entretanto, em regra, serão feitos diretamente pelo Poder Público: um sobre a conveniência e oportunidade da contratação da PPP; e aquele sobre os impactos fiscais do projeto.

O estudo sobre a conveniência e oportunidade da contratação da PPP envolve desde as análises preliminares de identificação da necessidade de realização do projeto, passando pela comparação do projeto com as demais alternativas à sua realização, até a justificativa da sua eleição como opção preferencial. Ao longo do processo de avaliação e modelagem de projetos de PPP é possível definir pontos de checagem para verificação da conveniência e oportunidade de dar seguimento ao processo de modelagem do projeto, com base nas informações então disponíveis.

Os estudos fiscais têm por objetivo verificar, de um lado, os impactos fiscais da realização do projeto, considerando não apenas os compromissos pecuniários a serem assumidos pelo parceiro público, mas também os riscos envolvidos na contratação. Tais estudos podem também ser realizados em diferentes pontos de checagem, para verificar a conveniência de o Poder Público ir à frente no processo de avaliação e modelagem de um dado projeto de PPP.

III.1 – A forma de agrupamento e gerenciamento da contratação dos estudos necessários à implantação de PPP

Quanto ao modo de agrupamento e gerenciamento da contratação desses serviços, há, basicamente, duas formas de fazê-lo. A primeira seria contratá-los em conjunto, ou seja, contratar uma empresa ou um consórcio de empresas que ficaria responsável pela realização de todos os estudos necessários à implantação do projeto. A segunda seria contratar separadamente a realização dos estudos, ou seja, para cada um dos estudos a Administração contrataria uma empresa específica, especializada apenas naquele campo. Nesse último caso ficaria a Administração com a responsabilidade de coligir os estudos e de garantir que não ocorram incoerências entre as premissas e metodologias adotadas por cada uma das empresas a realizarem os estudos.

Cada uma das formas de contratação tem vantagens e desvantagens.

A contratação dos estudos em conjunto tem a vantagem de facilitar o gerenciamento do processo de modelagem do projeto. Contratada uma empresa ou um consórcio de empresas, a responsabilidade por compatibilizar eventuais inconsistências entre os estudos será dos contratados, de maneira que a Administração receberá, mais facilmente, um conjunto de estudos coerentes e adequadamente relacionados entre si.

Note-se que não há, em regra, no mercado empresas que tenham no seu corpo permanente toda a estrutura necessária para a realização do conjunto de estudos referidos acima. Por isso, mesmo que a opção seja por contratação de empresa isolada, tal empresa subcontratará a realização de diversos desses estudos.

Já a contratação separadamente dos estudos tem por vantagem que a Administração poderá obter, para cada um dos estudos, a empresa com a melhor qualificação para realizá-lo.

Perceba-se que quando a contratação dos estudos é feita em conjunto o Poder Público geralmente não tem como obter garantias que, por exemplo, a melhor empresa em modelagem econômico-financeira venha a se unir em consórcio, ou subcontratar, a melhor empresa na realização dos estudos de demanda. É possível, portanto, que ocorra a contratação de um consórcio com proposta técnica adequada e profunda experiência em alguns dos estudos e com pouca desenvoltura em relação a outros. Por isso, é uma vantagem da contratação em separado de cada um dos estudos a garantia de que, para cada área, a Administração poderá selecionar o melhor, o mais capacitado para a sua realização.

Salvo os casos em que o Poder Público já dispõe de diversos estudos atualizados e adequados sobre o projeto – o

jurídicas para aprovação final da juridicidade de todos os documentos emitidos pela Administração Pública. A contratação de consultoria destina-se a trazer para o Poder Público *expertise* que não está disponível nos seus quadrantes. Impedir a contratação de consultoria e assessoramento especializado seria debilitar a capacidade do Poder Público de obter o melhor assessoramento possível para a celebração de projeto de PPP. Note-se que as *expertises* requeridas dos consultores a trabalharem na modelagem jurídica de projeto de PPP geralmente não estão disponíveis nos órgãos jurídicos internos ao Poder Público. Não é por acaso que em todos os lugares do mundo em que se fizeram processos de desestatização, e especialmente programas de PPP, o Poder Público contrata a realização da modelagem jurídica juntamente com a modelagem econômico-financeira do projeto. Foi assim também no Brasil ao longo do processo de desestatização dos anos 90, durante os quais a modelagem, inclusive jurídica, dos projetos (“Serviço B”, na terminologia do BNDES) era contratada da iniciativa privada.

⁶⁹. Uma tarefa importante dos programas de PPP é a formação de mercado de consultoria sofisticado o suficiente para o desenvolvimento dos estudos de acordo com as melhores práticas internacionais. E a melhor forma de fazê-lo é criar um portfólio de projetos com datas críveis para a contratação do seu desenvolvimento. Isso permite a programação dos atores do mercado de consultoria para investimento em capacitação e formação de equipes com a qualificação adequada ao cumprimento dos níveis de exigência estipulados pelo Poder Público.

que, mencione-se, é extremamente raro –, a opção preferencial nos processos de desestatização brasileiros tem sido pela contratação em conjunto dos estudos. Apenas para ilustrar, vale lembrar que, ao longo dos anos 90 do século passado, foi esse o modelo utilizado pelo BNDES para a contratação dos serviços de avaliação e modelagem das privatizações.⁷⁰

Essa prevalência da contratação em conjunto ocorre entre nós não apenas pelas suas vantagens intrínsecas, mas também pelas dificuldades, no Brasil, de se realizar e acompanhar procedimentos de licitação. Como a contratação conjunta requer apenas um procedimento de licitação – em oposição ao outro modelo, que requer vários –, tanto na União quanto nos Estados é ainda a forma preferencial de modelagem das licitações.⁷¹

COMENTÁRIOS

Capítulo I

Disposições Preliminares

Art. 1º. Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

I – Âmbito de validade da Lei de PPP: 1.1 – A possibilidade de empresas estatais e fundações públicas serem concedentes da prestação de serviço público em regime de PPP.

I – Âmbito de validade da Lei de PPP

O art. 1º determina o âmbito de validade material, pessoal e espacial da Lei de PPP: âmbito de validade material porque o *caput* define tratar-se de normas sobre licitações e contratos; validade espacial porque, ao especificar os entes da Federação aos quais a lei se aplica, o dispositivo está delimitando também o âmbito territorial em que a lei projeta seus efeitos; e âmbito de validade pessoal porque o parágrafo único especifica os órgãos e entes sobre os quais a lei produz efeitos.

Observe-se que, do ponto de vista lógico, o art. 1º da Lei de PPP configura metanorma em relação ao restante da lei, eis que circunscreve o âmbito no qual as demais disposições se aplicam.

Note-se, ademais, que, em relação à matéria *licitações e contratos administrativos*, a competência da União é limitada à emissão de normas gerais (art. 22, XXVII, da CF), tendo ficado com os Estados e Municípios a competência para a emissão de normas especiais sobre a matéria.

Problema relevante é distinguir exatamente “norma geral” de “norma especial”. A questão é tortuosa, e já suscitou a atenção da melhor doutrina, que se verteu sobre a Teoria Geral do Direito para buscar critérios mais seguros de distinção.

As soluções até aqui apresentadas mostram-se, entretanto, aquém do desiderato prático de separar claramente a competência da União, de emissão de normas gerais, da dos Estados e Municípios, de estipular normas especiais.

Por fim, vale notar que, embora o dispositivo afirme que a Lei de PPP “institui normas gerais”, ela também tratou de criar normas específicas para a União, contidas no capítulo VI – entre elas as relativas à constituição de um Órgão Gestor de PPP e do Fundo Garantidor.

1.1 – A possibilidade de empresas estatais e fundações públicas serem concedentes da prestação de serviço público em

⁷⁰. Eram os assim chamados Serviços “A” (de avaliação) e “B” (de avaliação e modelagem) que o BNDES contratou para a realização dos processos de desestatização nos termos da Lei 9.491/1997.

⁷¹. Note-se, contudo, que as Agências Reguladoras têm conduzido processos nos quais alguns dos estudos são realizados internamente. Por exemplo, os editais e contratos relativos a processos de concessão comum são muitas vezes realizados pelas Procuradorias das Agências. Com a consolidação da experiência das Agências, a tendência é que tais editais e contratos se tornem padronizados, de maneira a ser desnecessária a contratação externa da sua redação.

regime de PPP

Conforme determina seu art. 1^º, parágrafo único, a Lei 11.079/2004 aplica-se aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O dispositivo indica, a princípio, a possibilidade de empresas estatais e fundações públicas celebrarem contratos na condição de concedentes. Apesar disso, é possível questionar essa conclusão, sob o argumento de que o poder concedente deve ser sempre um ente federativo, a União, um Estado ou o Distrito Federal ou, ainda, um Município. Para essa última linha de raciocínio, a titularidade do serviço público seria indelegável, não se admitindo, jamais, que uma empresa estatal ou fundação pública pudesse ser concedente.

Preliminarmente, é preciso notar que a negação da possibilidade de empresas estatais ou fundações públicas serem concedentes só pode ser entendida logicamente quando a contratação tenha por objeto serviço público. Se o objeto for uma atividade econômica em sentido estrito não há titularidade estatal do serviço – e, portanto, também não deve existir objeção à contratação por quaisquer entidades na condição de concedentes.

A concessão de direito real de uso, por exemplo, não trata de serviço público. Por certo, qualquer pessoa, de direito público ou privado, pode se utilizar desse tipo de contrato, sem restrição. A PPP na modalidade de concessão administrativa, por sua vez, pode ter por objeto a prestação de um serviço público ou de uma atividade econômica em sentido estrito, conforme se demonstrará em mais detalhes no item II.2. Se tiver por objeto atividade econômica em sentido estrito, a concessão administrativa também poderá ser contratada, sem qualquer objeção, por quaisquer entidades.

Nos casos que não envolvam serviços públicos a contratante será tida por concedente, em verdade, pelo simples fato de estar na posição ativa de uma relação jurídica contratual de concessão. Não haverá, porém, como na concessão de serviço público, uma cessão, ou delegação, à iniciativa privada, por meio de contrato, da exploração de uma atividade de titularidade estatal. Se não há titularidade estatal do serviço, elimina-se qualquer objeção à contratação na qualidade de concedente, pois a questão se reduz a uma mera discussão terminológica.

Em suma, pois, cabe discutir a questão da possibilidade de empresas estatais e fundações públicas serem concedentes apenas em face, de um lado, das concessões administrativas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público e, de outro, das concessões comuns e das concessões patrocinadas, que necessariamente têm por objeto um serviço público.

Até o advento da Lei de PPP conheciam-se na experiência brasileira apenas os entes federativos e as autarquias como “poderes concedentes” de serviço público. Em verdade, a concessão de serviços públicos por autarquias tornou-se mais comum a partir do surgimento de diversas Agências Reguladoras com essa competência. Isso não ocorreu, contudo, sem questionamentos na esfera jurídica.

O Ministério dos Transportes, por exemplo, por meio de sua Consultoria Jurídica (Parecer CGAS/CONJUR/MT-139/2005), manifestou-se no sentido de que a União permanece como poder concedente, apesar de a Lei federal 10.233/2001, em seus arts. 25, III, e 26, VI, ter atribuído à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT diversas competências, inclusive a de celebrar os contratos de concessão. O TCU – Tribunal de Contas da União, ao analisar os estudos relativos ao 2^º Lote de Concessões Rodoviárias Federais (Acórdão 2.299/2005, Plenário), no entanto, afirmou que a ANTT é legalmente competente para desenvolver os estudos de viabilidade, conduzir os procedimentos licitatórios para outorga de concessões de rodovias federais e firmar, em nome da União, os correspondentes contratos de concessão.

Diante desse tipo de controvérsia, cabe perguntar em que medida as empresas estatais e as fundações públicas poderiam atuar como concedentes de serviço público. É o que passamos a fazer.

O conceito de poder concedente não é trivial. Afinal de contas, o que caracteriza uma pessoa como poder concedente de um determinado serviço público? A circunstância de ser competente para celebrar o contrato de concessão? O fato de ser titular do serviço público a ser concedido? Ter competência para decidir se o serviço deve, ou não, ser desestatizado? Dispor de poderes para fiscalizar a prestação do serviço concedido e, inclusive, aplicar penalidades?

Pensamos que a figura do poder concedente implica diversas competências distintas, por exemplo as de (i) prestar o serviço diretamente ou decidir pela sua delegação, (ii) fiscalizar a prestação do serviço, (iii) regular e, inclusive, definir a tarifa, (iv) planejar o serviço (planos de outorga ou planejamento para prestação direta), (v) promover a licitação para contratação do prestador de serviço, (vi) contratar o prestador do serviço etc. Não se pode escolher uma determinada pessoa como “poder concedente” apenas com base em uma dessas competências.

É verdade que a Lei federal 8.987/1995, em seu art. 2^o, I, traz uma definição segundo a qual seria poder concedente “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”. Parece-nos que a expressão “em cuja competência”, nesse caso, aproxima-se da noção de titularidade do serviço público. Porém, dizer que alguém é titular do serviço público (e, nessa linha de raciocínio, poder concedente) também não permite avançar muito, pois isso não impede a repartição, com outras pessoas, de competências relativas ao exercício dessa titularidade, ainda mais quando isso for feito por meio de lei específica.

Quando se olha para os diversos diplomas legais que tratam do tema das concessões de serviço público, especialmente para as leis setoriais, percebe-se facilmente que as competências típicas de poder concedente encontram-se distribuídas entre órgãos ou até mesmo entre pessoas distintas. Como é cediço, a Lei federal 8.987/1995 é uma lei geral, e pode, portanto, ser excepcionada pela legislação específica. Assim, não há, em princípio, invalidade alguma no fato de as leis setoriais atribuírem competências inerentes à figura de poder concedente a pessoas distintas da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

No setor de transportes federal, por exemplo, enquanto a ANTT – uma autarquia e, portanto, com personalidade jurídica distinta da União – tem competência para celebrar os contratos de concessão, definir os padrões de serviço, fiscalizar, aplicar penalidades etc., o Ministério dos Transportes, órgão da União, tem poder para aprovar – e, portanto, também para rejeitar – o plano de outorgas proposto pela Agência. Além disso, a decisão pela desestatização depende, em regra, de um ato do Presidente da República que, por meio de decreto, inclui, por exemplo, uma rodovia ou uma ferrovia no Programa Nacional de Desestatização – PND. A aprovação da modelagem de desestatização de trechos incluídos no PND, por sua vez, depende do Conselho Nacional de Desestatização, um órgão composto por quatro Ministérios – Fazenda; Casa Civil; Desenvolvimento, Indústria e Comércio; e Planejamento, Orçamento e Gestão.

Diante desse simples exemplo, pretende-se fazer perceber que as competências inerentes à figura do poder concedente, em verdade, na maioria dos casos atuais, pertencem a órgãos e pessoas distintas. Com a criação das Agências Reguladoras e o avançar do processo de desestatização brasileiro, tem-se notado com maior frequência a fragmentação das competências do poder concedente entre diferentes pessoas. Assim, a pergunta sobre quem é o poder concedente ou o titular do serviço perde o sentido, pois não traz, em si, qualquer resposta satisfatória e definitiva quanto às suas competências. Dizer que o poder concedente é esta ou aquela pessoa não implica atribuir-lhe inevitavelmente as competências costumeiramente atreladas à noção de poder concedente.

É apenas a lei o instrumento capaz de delinear a repartição dessas competências, eis que não há na Constituição qualquer preferência por atribuição a órgãos ou a pessoas específicas, exceto pela exigência de que estejam inseridos no contexto de “Poder Público”, em razão do art. 175 da CF. Ou seja, quando a Constituição diz, por exemplo, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”), não há nesse dispositivo qualquer vedação à União para indicar, no âmbito da Administração Pública Federal (Poder Público Federal), quem deveria ser competente para decidir sobre a conveniência da desestatização, celebrar o contrato, fiscalizar, aplicar penalidades etc.

Quando não há regramento legal sobre o assunto, todas essas competências pertencem ao ente federativo ao qual a Constituição atribuiu a prestação do serviço (titular do serviço). Portanto, apenas na ausência de disciplina legal da repartição de competências a busca pela titularidade do serviço pode clarear o assunto. Trata-se de critério subsidiário: se não tiver sido atribuída a competência a outra pessoa, fica com o ente federativo titular do serviço. E esse critério vale apenas para saber a quem (pessoa jurídica) cabem as competências; em relação à definição de competências entre órgãos, no entanto, não se aplica nem subsidiariamente.

Mediante decreto ou lei poderão ser distribuídas as competências entre os órgãos do ente federativo titular do serviço. Quanto a isto não há dúvidas. Algum questionamento, todavia, poderia surgir quando se pretende a transferência para pessoa distinta do ente federativo, tais como suas autarquias ou empresas públicas.

Como não há vedação constitucional no sentido de impedir qualquer ente federativo de atribuir ou delegar, a outras pessoas que compõem a Administração, competências relativas aos serviços públicos, é imperioso admitir a distribuição a essas pessoas das competências inerentes à figura do poder concedente. Não fosse assim, boa parte do arcabouço legal traçado para as Agências Reguladoras seria inconstitucional. Isso porque assumiram as competências para fiscalizar, aplicar penalidades e definir os padrões de serviço. Algumas delas (como a ANTT) têm, mesmo, a competência para celebrar os contratos de concessão e permissão. Já se vão alguns anos desde a criação das primeiras Agências Reguladoras, sem que o STF tenha determinado a inconstitucionalidade dos dispositivos que lhes atribuem esses poderes. Ora, diante disso, apesar de eventual inconformismo com relação aos poderes das Agências, é preciso reconhecer que a legislação ordinária tem sido o instrumento norteador para se saber quais os órgãos ou pessoas competentes para exercer os poderes típicos de poder concedente.

Se assim é, uma vez que a legislação tenha atribuído competências de um mesmo serviço público a pessoas distintas no âmbito da Administração, não há que se procurar visualizar numa única pessoa a figura de poder concedente. Trata-se de questão sem sentido. Primeiro pelo fato de que freqüentemente não há resposta satisfatória, na medida em que competências importantes tenham restado a cargo de pessoas diferentes. Segundo porque saber se é esse ou aquele o poder concedente não invalida as competências distribuídas por lei. Discutir se o exercício da competência se dá em nome próprio ou em nome do ente federativo também não traz luz à matéria, pois, em todo caso, se a representação ocorre em virtude de lei, pelo princípio do paralelismo das formas, apenas por meio de lei se poderia retirar essa competência, fazendo com que, na prática, o mandatário exerça a competência de forma absolutamente autônoma do ente federativo. Da mesma forma, também inócua é a discussão sobre se a atribuição de uma determinada competência implica, ou não, a transferência da titularidade sobre um serviço público, na medida em que ser titular, ou não, diz muito pouco sobre os contornos das competências relativas a esse serviço.

Em face desses argumentos, voltemos ao tema específico deste tópico, o de saber se as empresas estatais e as fundações públicas podem celebrar contratos de concessão de serviço público na condição de concedentes, conforme indica, a princípio, o parágrafo único do art. 1º da Lei de PPP.

Numa primeira leitura, causa estranheza esse raciocínio, especialmente se confrontado com o art. 2º, I, da Lei 8.987/1995, acima citado. Todavia, se é possível à lei atribuir às autarquias as competências inerentes à figura do poder concedente, por que não admitir que assim também se faça em relação às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas?

O fato de serem pessoas jurídicas de direito privado, em oposição às autarquias e às pessoas da Administração direta, que são pessoas jurídicas de direito público, não deve constituir causa impeditiva. Isso porque, quando envolvem a prestação de serviço público, essas entidades são regidas pelo direito público. A conceituação da PPP como um contrato administrativo (art. 2º da Lei 11.079/2004) oferece ainda mais uma razão para se aplicar a essas entidades as regras de direito público, ao menos quando contratam PPP. Nesse sentido, se regidas por direito público, com mais razão se deve admitir a possibilidade de atuarem como poder concedente. E, ainda que sejam regidas por direito privado, não se lhes pode impugnar o direito de conceder a prestação de serviços públicos se houver lei que lhes dê essa competência. Afinal de contas, embora sujeitos de direito privado, continuam a fazer parte da Administração, e não há qualquer justificativa, a não ser de cunho puramente ideológico, para se negar a essas entidades a possibilidade, mesmo em abstrato, de serem concedentes de serviço público.

Se essa configuração for mais eficiente para a Administração, bastará autorização legal específica, seja no ato de criação da entidade ou posteriormente, para que possam exercer o direito trazido pela Lei 11.079/2004. Isso porque não podem essas entidades atuar fora do seu escopo ou objeto social, e é a lei que define sua finalidade.

O argumento de que essas entidades não fazem parte da noção de Poder Público, para efeito de atendimento do art. 175 da CF, também não pode prosperar. Em primeiro lugar, seria sempre possível considerá-las representantes do Poder Público em virtude de lei. Em segundo, o conceito de Poder Público nos parece bastante elástico para alcançar as empresas estatais e as fundações públicas. Pretender interpretá-lo restritivamente, para se concluir pela inconstitucionalidade da contratação por essas entidades na condição de concedentes, é afrontar um importante princípio do controle de constitucionalidade vigente no Brasil, que requer a declaração de inconstitucionalidade apenas quando não for possível conferir interpretação compatível ao texto constitucional.

Não se trata, com esse raciocínio, de oferecer um “cheque em branco” para que as empresas estatais e as fundações públicas passem a conceder, a seu bel-prazer, serviços públicos para a exploração pela iniciativa privada. Como afirmado anteriormente, as competências inerentes à figura do poder concedente podem ser exercidas por outras pessoas, desde que exista ato normativo que lhes atribua esses poderes. Na ausência desse ato, permanecem todas as competências relativas à figura do poder concedente com o ente federativo responsável pela prestação do serviço.

Assim, no caso de uma empresa pública, por exemplo, será preciso que a lei de sua criação, ou outra lei específica, lhe atribua a competência para celebrar o contrato de concessão e, se for conveniente, também outras competências relativas à figura de poder concedente.

Conclui-se, pois, que as empresas estatais e as fundações podem ser concedentes de serviço público em contratos de PPP desde que a lei de sua criação ou outra lei específica lhes atribua competência para essa finalidade.

Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a

usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º. É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de Reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

II – As PPPs brasileiras, concessões patrocinadas e administrativas: II.1 – A concessão patrocinada: II.1.1 – Concessão patrocinada ou subsidiada e as subvenções econômicas. II.2 – A concessão administrativa. II.3 – As concessões comuns. II.4 – Por que as PPPs foram definidas como espécies de concessão?. II.5 – Em que situações é vedada a celebração de PPP?: II.5.1 – O valor mínimo do contrato de PPP. II.5.2 – O prazo mínimo do contrato de PPP. II.5.3 – Vedações relativas ao objeto do contrato de PPP.

II – As PPPs brasileiras, concessões patrocinadas e administrativas

O tratamento da questão terminológica em torno das PPPs realizado no item I.1, acima, nos deixa a ponto de definir PPP como duas novas modalidades de concessão, a concessão administrativa e a patrocinada.⁷²

II.1 – A concessão patrocinada

A lei define a concessão patrocinada como a concessão de obras ou de serviços públicos em que haja contraprestação da Administração, adicionalmente à cobrança de tarifa dos usuários. Mantêm-se, portanto, em relação às concessões patrocinadas, os plexos de direitos e deveres entre poder concedente, concessionária e usuários que tradicionalmente caracterizam a concessão de serviços públicos. Junge-se a tal plexo de relações a possibilidade de a concessionária se remunerar não apenas pela cobrança de tarifa ao usuário, mas também pela percepção de subsídio público.

Note-se que a contraprestação da Administração Pública à concessionária já era permitida anteriormente (art. 17 da Lei 8.987/1995, art. 35 da Lei 9.074/1995 e art. 12 da Lei 4.320/1964), mas, em qualquer das suas manifestações, dependia de autorização legal específica para sua implementação.⁷³ Agora, a Lei de PPP permite o subsídio independentemente de autorização legal específica; ou, melhor, a Lei de PPP pode ser entendida como a autorização legal para a previsão da contraprestação pública nas concessões patrocinadas.

Portanto, a concessão patrocinada é apenas uma concessão comum de serviço público que permite o pagamento pela Administração de uma contraprestação pública. Esse pagamento destina-se a tornar viável a implementação de projetos de concessão de serviço público que não são aptos a gerar pela mera cobrança de tarifa do usuário as receitas adequadas à remuneração do investimento.

II.1.1 – Concessão patrocinada ou subsidiada e as subvenções econômicas

É cabível perguntar por que se utilizou a expressão “concessão patrocinada” para definir essa espécie de contrato, e não, como já sugeriram alguns, “concessão subsidiada”, que seria, segundo argumentam, mais exata. A questão tem importância secundária, por ser meramente terminológica; mas sua discussão pode lançar luz sobre a interface entre a Lei de PPP e as regras vigentes sobre contabilidade pública.

Em primeiro lugar, é necessário notar que inexistente na nossa legislação sobre contabilidade pública o conceito jurídico de “subsídio”. *Subsídio* é, portanto, um conceito econômico, que, até o advento da Lei de PPP, era reconhecido no universo jurídico por meio das assim chamadas “subvenções”.

As subvenções às empresas estatais ou privadas estão previstas no art. 12 da Lei 4.320/1964, e são classificadas

⁷². Sobre o risco de que esses dois novos tipos de concessão sejam entendidos como limitadores estritos à atividade de inovação na definição dos desenhos contratuais a serem empregados para a implementação de projetos, v. “Introdução”, item I.4.2, nota de rodapé 50.

⁷³. Cf. art. 19 da Lei 4.320/1964, que exige lei especial para autorizar subvenção a empresa lucrativa. Deve-se notar, entretanto, que o conceito de “subvenções” estabelecido por essa lei exclui os pagamentos feitos como contraprestação por serviços ou bens. Evidentemente, os pagamentos a serem feitos pela Administração à concessionária em concessões patrocinadas serão, em regra, contraprestações por bens ou serviços.

como econômicas ou sociais.⁷⁴ As subvenções econômicas seriam o equivalente, no mundo jurídico, a subsídios pagos a empresas privadas, independentemente de uma contrapartida. A subvenção econômica pode ser dada a uma empresa pública, por exemplo, para viabilizar um investimento, num momento anterior à própria prestação dos serviços. Caracteriza a subvenção a desvinculação entre o pagamento público e a prestação de serviços ou compra de bens (art. 12, § 3º, da Lei 4.320/1964) por aqueles que a recebem. Em outras palavras, são subvenção apenas os pagamentos que não têm como contrapartida a prestação de serviços ou a entrega de bens.

A Lei de PPP afastou-se, em todo seu desenho, da idéia de subvenção tratada na Lei 4.320/1964, sobretudo ao evidenciar sua opção por um modelo em que o pagamento público tem como contrapartida a prestação de serviços por aquele que o recebe. No seu art. 6º, parágrafo único, por exemplo, a Lei de PPP condiciona o pagamento público à *performance* do parceiro privado; no art. 7º condiciona o pagamento à disponibilização ou prestação do serviço pelo parceiro privado; e o próprio fato de nomear o pagamento público como “contraprestação”, ou seja, algo que é realizado à vista da prestação de um serviço pelo parceiro privado, não deixa dúvidas sobre a preferência da Lei de PPP por um modelo que vincula o pagamento à contrapartida em serviços ou em bens.

Pode-se dizer que o modelo por trás da concepção de pagamento público adotada pela Lei de PPP é o da garantia de demanda mínima, vinculada à disponibilidade do serviço. Nesse modelo, a Administração garante a compra de uma parte dos serviços disponibilizados, independentemente do seu uso efetivo.

Por exemplo, em um serviço cuja viabilidade depende de alcançar-se uma demanda “x”, e em que se estima que a demanda real, ou seja, a demanda pelo serviço de potenciais pagantes da tarifa, seja algo em torno de 70% de “x”, a Administração assumiria o compromisso de pagar por 30% de “x”. Obviamente, nesse tipo de desenho, o ideal seria que o valor da contraprestação pública seja decrescente à medida que a demanda real se aproxime de “x”, podendo, inclusive, o contrato prever que, por um determinado período, e dentro das margens que estabelecer, quando a demanda superar “x” ou, por exemplo, “x” mais 30%, o excesso (o que superar a demanda originariamente estimada) seja pago ao ente público para remunerá-lo pelo risco que assumiu no momento inicial de implementação do projeto.⁷⁵

Diante disso, do ponto de vista jurídico, podemos concluir que o subsídio é um gênero que comporta pelo menos duas espécies: as subvenções, tratadas no art. 12 da Lei 4.320/1964 e as contraprestações públicas por bens e serviços, tratadas pela Lei de PPP. O emprego da expressão “concessão patrocinada”, ao revés de “concessão subsidiada”, deveu-se à intenção de evitar confusão entre os conceitos de “subvenção econômica”, previsto na Lei 4.320/1964, e de “contraprestação pública”, tratada pela Lei de PPP.

Embora ambas sejam, de fato, maneiras distintas de subsidiar uma atividade, cada uma tem lógica própria, conforme acima apontado. Entretanto, uma vez que, até o advento da Lei de PPP, a forma de subsídio típica tratada na contabilidade pública era a subvenção econômica, adotar a nomenclatura “concessão subsidiada” poderia inclinar o entendimento da doutrina no sentido de que a contraprestação pública nada mais era que uma forma de subvenção econômica, com as características que lhe são peculiares.

Nesse cenário, convinha chamar essa modalidade de concessão, que conjuga cobrança de tarifa e pagamento público, por um nome novo, que não trouxesse consigo uma carga de sentido capaz de contaminar o conceito com a idéia de subvenção econômica.

II.2 – A concessão administrativa

Ao lado da concessão patrocinada, a Lei de PPP define a *concessão administrativa*, que é contrato de prestação de serviço no qual a Administração é a usuária direta ou indireta.

Aqui, o objetivo do legislador é um pouco diverso daquele que norteou a criação das concessões patrocinadas. As concessões administrativas destinam-se a tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sob a égide da Lei 8.666/1993.

A Lei 8.666/1993 não permite a realização de contratos de prestação de serviço por mais de cinco anos. A rigor, ela permite a realização por um exercício, renovável por mais quatro. Ora, essa limitação impede a viabilização de

⁷⁴. Para a realização de subvenções econômicas – que são as que mais se aproximam dos pagamentos públicos em PPP – exige-se lei autorizativa específica (art. 19 da Lei 4.320/1964). Se as PPPs fossem chamadas de “concessões subsidiadas”, certamente não iam faltar aqueles que veriam, nisso, razão para atração da incidência sobre as PPPs do marco legal que disciplina as subvenções. Chamadas as concessões patrocinadas de “concessões subsidiadas”, estar-se-ia a induzir os incautos a entenderem que, para a realização da concessão em que houvesse pagamento público, seria exigível a obtenção da autorização legislativa mencionada pelo art. 19 da Lei 4.320/1964 para o pagamento da subvenção econômica.

⁷⁵. Ínsita a esse modelo é a possibilidade de pagamento integral pela mera disponibilidade do serviço, independentemente, portanto, da sua demanda.

contratos que exijam do parceiro privado investimentos de grande monta em uma infra-estrutura para a prestação de serviços. Como as receitas do concessionário advêm da exploração do serviço, a amortização e a remuneração do investimento apenas serão integralmente obtidas depois de diversos anos de execução contratual – prazo, esse, em regra, bastante superior ao limite de cinco anos da Lei 8.666/1993.

É interessante notar que até o surgimento da Lei 11.079/2004, para evitar a incidência sobre os contratos de prestação de serviços do prazo máximo previsto na Lei 8.666/1993 (que é de um ano, renovável por mais quatro exercícios), era comum tentar caracterizar como contratos de locação os contratos com lógica econômica semelhante às concessões de serviço público ou às PPPs da Lei 11.079/2004.

Por exemplo, no setor de saneamento chegou-se a sugerir a modelagem da contratação da construção, operação e manutenção de estações de tratamento de água sob a forma de locação nos termos da Lei 8.666/1993. O parceiro privado seria contratado para construir, operar e manter uma estação de tratamento de água que receberia de uma concessionária pública na área de saneamento água com qualidade insuficiente para consumo humano e restituiria água com qualidade adequada para distribuição pelo sistema público. Pela sua natureza econômica, esse contrato seria mais facilmente enquadrável como um contrato de prestação de serviço, pois o objeto da contratação é a prestação do serviço de tratamento de água. O parceiro privado ficaria responsável por construir a estação de tratamento de água e amortizaria seu investimento e se remuneraria explorando-a. Mas, se esse contrato fosse enquadrado como prestação de serviço antes do surgimento da Lei 11.079/2004, incidiriam os limites de prazo previstos na Lei 8.666/1993, de maneira que o contrato teria como prazo máximo cinco anos – o que inviabilizaria a amortização pelo parceiro privado do investimento que realizasse para construir a estação de tratamento de água. Daí por que era conveniente enquadrar o contrato como locação de uma estação de tratamento de água.

Outra maneira de contornar o limite de cinco anos da Lei 8.666/1993 era, na medida em que fosse possível caracterizar o objeto do contrato como “serviço público”, utilizar a estrutura da concessão comum para prestar serviços à Administração, eis que esse tipo contratual não têm limite legal de prazo. No caso de coleta, tratamento e disposição de lixo, por exemplo, pode-se pensar em realizar uma concessão de serviço público cujo usuário seja a própria Administração, sem cobrança de tarifa dos residentes na área da coleta. Essa estrutura contratual, todavia, envolve risco jurídico considerável, em face da possibilidade de alegação de incompatibilidade com o instituto da concessão e burla ao regime da Lei de Licitações.⁷⁶

Agora, esses “malabarismo jurídicos” já não são mais necessários em face da possibilidade de se realizar essa sorte de contratação sob a forma de concessão administrativa. Portanto, a concessão administrativa destina-se a viabilizar a aplicação da estrutura econômica das concessões tradicionais a contratos de prestação de serviço que até então estavam sob a égide da Lei 8.666/1993.

Com efeito, quando o legislador usa a expressão “concessão administrativa”, o termo “concessão” tem um sentido diverso do utilizado tradicionalmente no nosso sistema jurídico. Nos ordenamentos fortemente influenciados pelo direito administrativo francês, como o nosso, o termo “concessão” apresenta uma acepção eminentemente jurídica: a delegação pelo Estado, à iniciativa privada, da exploração de um serviço cuja prestação tenha sido originalmente atribuída ao Estado, por meio de lei ou pela Constituição, sob a justificativa de se tratar de um serviço essencial à coletividade. Ou seja, “conceder” significa “ceder”, “delegar”, mediante contrato ou outro instrumento normativo, como um decreto, a exploração de uma atividade de titularidade estatal ao setor privado. Essa idéia de concessão tem, assim, como pano de fundo a teoria dos serviços públicos, da Europa Continental.

Mas não foi a esse sentido tradicional de concessão que o legislador se reportou quando cunhou a expressão “concessão administrativa”. Como já fizemos notar, a concessão administrativa pode ser utilizada para a prestação de serviços que não são necessariamente serviços públicos econômicos no sentido a que se referem o art. 175 da CF e a Lei 8.987/1995. A concessão administrativa pode ser utilizada para a contratação de quaisquer serviços pela Administração. Não é preciso verificar a titularidade estatal da prestação do serviço para que seja viável sua concessão à iniciativa privada.

Ora, se é assim, o termo “concessão” na expressão concessão administrativa não se reporta à teoria do serviço

⁷⁶ O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, em nota de rodapé, afirma que “foi este meio grotesco o de que se utilizou a Prefeitura Municipal de São Paulo, na última gestão, para efetuar contratos de prestação de serviço de recolhimento de lixo com prazo correspondente ao de concessões, atribuindo tal nome ao contrato e chamando de ‘tarifa’ o pagamento que fazia ao prestador. É evidente que o contrato em tais condições é nulo de pleno direito” (*Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., p. 739, nota de rodapé 75). Com a concessão administrativa resolve-se também esse questionamento, na medida em que admite a concessão de serviço público em que a usuária seja a Administração. Cumpre notar, no entanto, que o professor Celso Antônio segue dizendo que também a PPP na modalidade de concessão administrativa, a despeito da expressa redação da Lei de PPP, não poderia ser compreendida como concessão, sob o argumento de que o pagamento não se dá por meio de cobrança de tarifa, mas de uma remuneração contratual como qualquer outra.

público. O sintagma “concessão administrativa” usa a palavra “concessão” em um sentido amplo, que está mais próximo de uma caracterização econômica subjacente à idéia de *concession* dos sistemas de matriz anglo-saxônica que da idéia jurídica de “concessão” desenvolvida nos sistemas de direito administrativo de influência francesa. O termo *concession* aponta para uma estrutura econômico-contratual, em regra utilizada para prestação de serviços caracterizados como *public utilities*, que seriam o equivalente mais próximo, no contexto anglo-saxônico, à noção de “serviço público”. Contudo, ao contrário da teoria do serviço público, a teoria das *public utilities* não translada para o Estado a titularidade da prestação de serviços. Permite essencialmente a regulação estatal da atividade de prestação dos serviços.

Portanto, ao usar a expressão “concessão administrativa”, a Lei de PPP refere-se ao sentido econômico de “concessão” (como contrato que exige investimento do parceiro privado em uma infra-estrutura, a ser amortizado ao longo da prestação do serviço), ínsito ao termo *concession*, e não ao sentido jurídico cunhado sob a égide da teoria do serviço público.

Exemplos de concessão administrativa seriam os contratos para recuperação, manutenção e operação de prédios públicos afetados para sediar repartições públicas. Nesses casos, a Administração seria usuária direta do serviço. Outro exemplo, nesta mesma linha, é a contratação pela Administração da criação, manutenção e operação de um *software* para gerenciamento de um aeroporto.⁷⁷ Há, também, casos em que a Administração será usuária indireta do serviço. Por exemplo, os casos dos serviços sociais, em que os beneficiários dos serviços são seus usuários diretos.

Duas dúvidas, entretanto, emergem sobre os bordos que conformam a noção de *concessão administrativa*. A primeira é sobre a possibilidade de empregar as concessões administrativas para a prestação de serviços públicos. O dispositivo legal fala em “prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta” – o que não exclui serviços públicos. A nossa opinião é que sim, que é possível usar a concessão administrativa para exploração de serviços públicos, pois a estrutura legal que incide sobre a concessão administrativa não é essencialmente diferente da aplicável às concessões comuns de serviço público.⁷⁸ Perfeitamente viável nos parece, por exemplo, a contratação, sob a forma de concessão administrativa, do provimento de infra-estrutura rodoviária cujos pagamentos ao parceiro privado sejam baseados, por exemplo, em pedágio-sombra (*shadow toll*), nos moldes do utilizado nas SCUT (Sem Cobrança ao Utilizador) portuguesas – ou seja, a Administração Pública obriga-se a pagar contraprestação em valor variável de acordo com a quantidade e tipo dos veículos que efetivamente utilizarem a rodovia.⁷⁹

⁷⁷. Na literatura internacional há grande debate sobre a conveniência e a eficiência econômica de contratação de serviços relacionados à tecnologia de informação por meio de PPP. Como esse setor está sujeito a rápida evolução tecnológica, mudanças repentinas podem tornar as especificações de serviço e os indicadores de desempenho completamente obsoletos e exigir revisão profunda dos termos contratuais. É questionável a eficiência de contratos de longo prazo, focados nos resultados, tais como os contratos de PPP, quando já se vislumbra, desde o início, a necessidade de freqüentes e intensas renegociações.

⁷⁸. A dúvida, entretanto, é pertinente, em face do que dispõe o art. 10, § 3º, da Lei 11.079/2004, que exige autorização legislativa para implementar projetos de concessão patrocinada em que mais de 70% das receitas do parceiro privado provenham da contraprestação do Poder Público. Esse dispositivo cria uma incoerência, do ponto de vista econômico, ao exigir autorização legislativa para a implementação de concessões patrocinadas em que mais de 70% das receitas venham do Poder Público e não requerer autorização semelhante para as concessões administrativas (que, por definição, requerem 100% de contraprestação pública).

Uma forma de tentar dar sentido ao disposto no art. 10, § 3º, seria dizer que a exigência de autorização legislativa, nesse caso, justifica-se pelo fato de as concessões patrocinadas envolverem serviços públicos, cuja delegação depende de lei, nos termos do art. 175 da CF. Por outro lado, as concessões administrativas não exigiriam autorização legislativa, por envolverem atividades econômicas em sentido estrito, para as quais, ao contrário da delegação de serviços públicos, não é necessária a autorização constitucional ou legal específica para que a Administração contrate com a iniciativa privada.

Apesar da sua aparente coerência, esse argumento não faz sentido. Em primeiro lugar porque não há fundamento legal para restringir a aplicação das concessões administrativas apenas aos casos de atividades econômicas em sentido estrito. Além disso, uma leitura superficial do art. 175 da CF e dos seus desdobramentos no plano legal (por exemplo, o art. 2º da Lei 9.074/1995) dá a ver que esses dispositivos estão a requerer lei que estabeleça as condições de delegação do serviço a imperar em cada setor econômico. A exigência é, pois, de lei que modele o setor e estabeleça, em vista das suas peculiaridades, as condições e, mais especificamente, as formas de delegação da prestação de serviços. Ora, a concessão patrocinada – assim como a concessão comum – só poderá ser utilizada em setores em que já haja a lei requerida pelo art. 175 ou em setores em que se possa entender que a Constituição Federal autorizou diretamente a realização da delegação independentemente de uma lei que estabeleça os termos. Daí que não faz sentido supor existir ligação entre autorização legislativa para realização de projeto que tenha mais de 70% das receitas do parceiro privado provindas da contraprestação pública e a exigência de lei prevista no art. 175.

⁷⁹. A estrutura de pedágio-sombra tem sido utilizada muitas vezes na experiência internacional, sobretudo em casos em que (a) existe já no momento da desestatização tráfego relevante, (b) existe uma cultura de aversão à cobrança de pedágio, em alguns casos associada à visão de que a cobrança de pedágio viola o direito de ir e vir dos utentes, e (c) não existe via alternativa à que será concedida. Inglaterra e Portugal talvez sejam os países que mais fartamente utilizaram pedágio-sombra. Para informações sobre projetos no Reino Unido que envolvem pedágio-sombra, sob a forma de *DBFO* – *Design, Build, Finance and Operate*, v. informações no site da Agência Reguladora inglesa do setor rodoviário, <http://www.highways.gov.uk>, particularmente sobre os seguintes projetos: *A1 Darrington to Dishforth*, *A1(M) Alconbury to Peterborough*, *A19 Dishforth to Tyne Tunnel*, *A249 Stockbury (M2) to Sheerness DBFO – incorporating A249 Iwade Bypass to Queenborough Improvement*, *A30 Exeter to Bere Regis*, *A419 Swindon to Gloucester*, *A50 Stoke to Derby link*, *A69 Carlisle to Newcastle*, *M1 Lofthouse to Bramham link road*, *M40 Denham*

A segunda dúvida é sobre os limites entre os contratos de prestação de serviços previstos na Lei 8.666/1993 e as concessões administrativas. Apesar do esforço legislativo em separar o regime desses contratos, o conceito legal de *concessão administrativa* deixou, ainda, algum espaço para controvérsia sobre o assunto. A questão merecerá desdobramento específico nos comentários ao art. 3^o, a seguir.

II.3 – As concessões comuns

O marco legal relativo à concessão comum se constitui pelas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, bem como as leis setoriais que desdobram a matéria.

Vale notar que, do ponto de vista conceitual, a Lei de PPP optou por excluir a concessão comum do âmbito do conceito legal de PPP. Portanto, para a lei federal brasileira, PPPs são apenas as concessões administrativas e patrocinadas.

Nesse particular, cabe notar que a intenção do legislador era deixar intacto o direito incidente sobre as concessões comuns. Isso foi uma opção adotada em vista das dificuldades políticas do Governo havidas ao longo da tramitação da Lei de PPP – e, mais especificamente, nos meses próximos à eleição municipal de outubro/2004. Expliquemos melhor. Quando da propositura da minuta alternativa de Lei de PPP, mencionada no item II, acima, a estratégia definida foi a de escorar tanto quanto possível os contratos de PPP na legislação existente, de maneira a que se pudesse usar, como argumento a favor da Lei de PPP, o fato de ela preservar e estender a aplicação da legislação sobre licitações e contratos administrativos já existente.

Daí por que o texto da Lei de PPP trabalha o tempo todo com remissões às Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, que são as leis gerais sobre concessões, e à Lei 8.666/1993, a lei geral de licitações e contratos administrativos.

Portanto, separar o conceito de *PPP* do conceito de *concessão comum* foi uma estratégia para, de um lado, deixar intacto o direito das concessões comuns (pois a principal consequência dessa definição estreita de PPP era evitar a aplicação da Lei de PPP às concessões comuns) e, de outro, permitir à Lei de PPP apoiar-se na legislação sobre concessões.

Vale assinalar, por fim, que a criação de novas formas de concessão – a patrocinada e a administrativa – modificou sutilmente o conceito de concessão comum. Aliás, não é nova, do ponto de vista estritamente semântico, a percepção de que a criação de sintagmas ou termos opostos a um dado termo lhe modifica o conteúdo. Na verdade, até a Lei de PPP, o que era “concessão comum” se definia por exclusão dos regimes de concessão especial previstos nas leis especiais ou nos microssistemas normativos que estabelecem marcos setoriais sobre o que chamamos de “direito das concessões”.

Nesse sentido, as normas sobre concessões comuns (especialmente as constantes nas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995) funcionavam como normas gerais do direito das concessões, que, por um lado, reúnem conjunto de princípios, cláusulas gerais e regras que dão unidade e disciplina básica ao assunto e, doutro lado, consubstanciam pautas a guiar a interpretação do marco setorial e a guiar sua adaptação às vicissitudes decorrentes da passagem do tempo.

Com a Lei de PPP, entretanto, a noção de “concessão comum” se qualifica: não é apenas o que se define por exclusão às concessões previstas na legislação setorial, mas também o que se opõe a concessão patrocinada e administrativa.

II.4 – Por que as PPPs foram definidas como espécies de concessão?

As PPPs previstas na Lei 11.079/2004 foram definidas como espécies de uma “noção geral de concessão”, que englobaria tanto as concessões de serviço público, tratadas pelas Leis 8.987/1995, 9.074/1995 e demais leis setoriais, quanto as concessões patrocinadas e administrativas, estabelecidas pela Lei 11.079/2004.

to Warwick. No caso de Portugal, o Programa Rodoviário Nacional de 1996 incluía, na sua primeira fase, a construção de duas rodovias com pedágio real e seis SCUT, com pedágio-sombra. Já em maio/2004, considerando os aumentos de custo na construção das rodovias e as estimativas de pagamento dos pedágios-sombra de acordo com os contratos assinados, o montante de pagamentos por pedágio-sombra para 2007 era maior que o orçamento total do Ministério dos Transportes para a construção e manutenção das rodovias em todo o país. O Governo português anunciou, então, que diversas SCUT, quando terminada a construção, teriam pedágio real (cf. European Commission – Directorate-General Regional Policy, *Resource Book on PPP Case Studies*, junho/2004). Também a Espanha tem experiência com a implantação de pedágio-sombra, especificamente nos projetos da M-45, que é uma rodovia de 37,1km de extensão entre o Sul e o Leste de Madri, concedida por 25 anos, e de um trecho de 62,4km no Leste da Espanha, concedida por 26 anos (cf. ASECAP – Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage, *Infrastructure Financing Systems within ASECAP*, 13.5.2003, pp. 8-9).

Conveniências de natureza econômica e jurídica levaram à definição das PPPs como espécies de concessão.⁸⁰

Quanto às conveniências de natureza econômica, encaminhamos o leitor para a “Introdução”, item I.3, no qual buscamos definir as concessões de serviço público e as PPPs, pela sua estrutura econômica.

Cabe apenas enfatizar que as mesmas razões, do ponto de vista econômico, motivadoras da separação entre os regimes dos contratos de concessão e dos demais contratos administrativos justificam também a separação das PPPs dos demais contratos administrativos, quais sejam: exigência de investimentos de grande monta pelo parceiro privado em uma infra-estrutura para prestação de um dado serviço; amortização e remuneração desse investimento por meio da exploração do serviço pelo parceiro privado; necessidade, por isso, de contratos com prazos longos; e modificação da lógica de fiscalização pelo Poder Público dos contratos, que tenderá a ficar centrada em indicadores de resultado (*output specifications*).⁸¹

Do ponto de vista jurídico, diversas foram as conveniências que nortearam a definição das PPPs como espécies de concessão.

Em primeiro lugar, tornou-se possível o aproveitamento para as PPPs de toda a experiência acumulada em relação às desestatizações em geral, e especificamente às concessões, o que constitui um importante fator para a segurança jurídica das partes envolvidas no contrato de PPP (Administração, usuários e parceiros privados). Definidas as PPPs como concessões, a modelagem, o desenho contratual e o gerenciamento dos conflitos jurídicos relativos às PPPs terão como pano de fundo toda a tradição, as decisões, enfim, a experiência jurídica acumulada no Brasil ao longo de mais de um século em torno das concessões de serviço público e, particularmente, todo o refinamento que tal experiência sofreu desde 1995, com o surgimento das leis gerais de concessões de serviços e obras públicas (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995) e da implementação dos planos de desestatização.⁸²

Mas existe uma outra vantagem do ponto de vista jurídico em se definir as PPPs como espécies de concessão. Ao adotar essa definição, a Lei 11.079/2004 criou condições de encaixe perfeito das PPPs no desenho constitucional e legal das atividades econômicas cujo exercício pela iniciativa privada se faz por delegação estatal: os serviços públicos. Em suma, onde quer que a lei ou a Constituição permitam a realização de concessão para a delegação da prestação de serviços públicos será cabível a contratação de PPP. Isso porque a Lei de PPP em nada modificou o espectro de atividades cuja titularidade é atribuída ao Estado.

Além disso, fora do espectro das atividades definidas como serviço público, a contratação de PPP para a prestação de um dado serviço será cabível sempre que ocorrerem as razões econômicas que tornam conveniente e oportuna sua utilização em lugar dos contratos de prestação de serviço previstos na Lei 8.666/1993.⁸³ Dessa forma, ao considerar as PPP espécies de concessão, a Lei 11.079/2004 permitiu a celebração de contratos, com a mesma estrutura econômica das concessões de serviço público, voltados, entretanto, à aquisição de serviços para a Administração ou para os beneficiários que ela indicar.

II.5 – Em que situações é vedada a celebração de PPP?

O § 4º estabelece as vedações à realização de PPP. O ponto requer atenção especial, porque deságua na questão sensível do estabelecimento de fronteiras especialmente entre os contratos de prestação de serviço comuns previstos na Lei 8.666/1993 e as concessões administrativas.

A questão tem importância fundamental, porque a criação das concessões administrativas pela lei se, por um lado,

⁸⁰. A idéia é originariamente do professor Carlos Ari Sundfeld, e foi adotada *in totum* no desenho da nova lei.

⁸¹. Para exemplo interessante de indicadores de resultado e sistema de fiscalização no setor ferroviário, v. Javier Campos e Pedro Cantos, “Rail transport regulation regulating privatized rail transport”, *World Bank Policy Research Working Paper* 2.064, pp. 29-42.

⁸². Sobre o impacto da estrutura legal, institucional e regulatória nos investimentos em infra-estrutura, v. Colin Kirkpatrick, David Parker e Yin-Fang Zhang, “Foreign direct investment in infrastructure in developing countries: does regulation make a difference?”, *Transnational Corporations*, vol. 15, n. 1; Phil Burns e Christoph Riechmann, “Regulatory instruments and their effects on investment behavior”, *World Bank Policy Research Working Paper* 3.292.

⁸³. Vale notar que a Lei 11.079/2004 em nada alterou juridicamente o espectro de atividades que o Estado pode transferir aos particulares. A crítica segundo a qual a Lei 11.079/2004 seria meio para estender a novos setores o processo de desestatização da economia deve ser vista com parcimônia. Isso é apenas um efeito econômico indireto da Lei de PPP, na medida em que o pagamento de subsídio público (as contraprestações) viabiliza a desestatização de projetos por si só deficitários e que, por isso, não podiam ser estruturados como concessão comum e acabavam por ficar necessariamente sob gerência do poder público. Portanto, a Lei 11.079/2004 apenas cria novas formas de contratação que viabilizam, do ponto de vista econômico, a delegação a entes privados de atividades que já podiam, pela Constituição ou pelas leis, ser delegadas à iniciativa privada.

torna viável uma série de projetos que antes não era possível implementar nos estritos limites da Lei 8.666/1993, pode, por outro lado, dar margem à fraude com objetivo de conceder injustificadamente a prestador de serviço as garantias que a Lei de PPP permite dar ao parceiro privado.

A Lei de PPP estabelece as balizas para definição dos casos em que é conveniente a adoção da forma de PPP, e especialmente de concessão administrativa em detrimento da prestação de serviços comuns. Entretanto, o faz de maneira genérica, como sói a ato normativo fazê-lo. Requer, por isso, interpretação e aplicação atenta para que, nos casos concretos, seja verificada a conveniência de aplicação do regime de PPP.

II.5.1 – O valor mínimo do contrato de PPP

A primeira vedação estabelecida pelo § 4º é a necessidade de que o contrato de PPP tenha valor igual ou superior a R\$ 20 milhões. A vedação justifica-se em vista dos altos custos de transação e agência que a celebração de PPP envolve.⁸⁴

Os custos para avaliação e modelagem de uma PPP são altos e inelásticos em relação à escala do projeto. Por exemplo, não é incomum a estruturação de uma PPP custar algo em torno de R\$ 4 milhões à Administração, a depender, obviamente, do setor econômico, da complexidade envolvida e do tipo das consultorias contratadas.⁸⁵ Esses custos não variam proporcionalmente à escala do projeto: projetos de R\$ 100 milhões ou de R\$ 1 bilhão de investimento podem ter o mesmo custo de estruturação, a despeito da diferença do valor de investimento.

Como já mencionamos, a principal razão para se fazer uma PPP são os ganhos de eficiência que a participação privada pode trazer para a prestação do serviço e a expectativa de transferência de tais ganhos para os usuários e para o Poder Público. Ganhos de eficiência tendem a ser proporcionais à escala do projeto. Quanto maiores os valores envolvidos no projeto, maior o espaço para a produção de eficiência pelo parceiro privado.

Ora, só faz sentido fazer-se uma PPP se os ganhos de eficiência que dela decorrem compensarem os altos custos da sua estruturação. Daí a idéia de estabelecer a escala mínima que justificaria a utilização da PPP como forma de implementação do projeto.⁸⁶

⁸⁴. Custos de transação (*transaction costs*) são os custos envolvidos na preparação para o fechamento de um contrato. Eles abarcam custos como os relativos à determinação do ente com o qual se pretende celebrar o contrato, ao estabelecimento das condições contratuais e ao processo de negociação e celebração do contrato. No caso da realização de contratos de PPP, concessões comuns ou desestatizações em geral, esses custos estão relacionados, sobretudo, à obtenção pelo Poder Público e pelos potenciais parceiros privados das *expertises* necessárias à avaliação e modelagem técnica, econômico-financeira e jurídica do negócio e aos custos administrativos envolvidos na realização, participação na licitação e celebração do contrato.

Custos de agência (*agency costs*) são os custos envolvidos no gerenciamento de contratos celebrados. Esses os custos de executar, policiar e, no caso de haver disputas entre as partes, o custo de remediá-las. No caso das desestatizações, enquadram-se como custos de agência todos os custos relativos à montagem e operação dos agentes reguladores e fiscalizadores do cumprimento do contrato e o custo de decidir e remediar disputas sobre o contrato. Note-se que, apesar de ser comum a tradução de *agency costs* por “custos de agência”, na nossa opinião, melhor seria traduzir para algo como “custos de monitoramento” ou “custos de acompanhamento”. Contudo, para nos mantermos coerentes com a literatura econômica em Português, utilizamos a expressão “custos de agência”.

Já existe vasta literatura econômica sobre os custos de transação e agência. Estudo seminal de Ronald H. Coase (“The nature of the firm”, *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, pp. 386-405) é geralmente apontado como a origem das elaborações sobre o assunto. As bases da ampla literatura sobre o assunto podem ser encontradas em vários outros estudos. Sobre isso, cf.: Ronald H. Coase, “The new institutional economics”, *The American Economic Review*, vol. 88, n. 2, pp. 72-74; Oliver E. Williamson, “The modern corporation: origins, evolution, attributes”, *Journal of Economic Literature*, vol. 19, n. 4, pp. 1.537-1.568.

⁸⁵. Há estimativas de que na Inglaterra algo entre 4% e 8% do investimento previsto no projeto de PPP é gasto com consultorias para sua estruturação. Os custos da Administração Pública são estimados em algo em torno de 2% do valor do projeto. Os custos restantes são incorridos pelos potenciais parceiros privados e pelo parceiro privado vencedor do procedimento de negociação competitiva para a celebração do contrato e estruturação do negócio. Em nota à imprensa publicada em 9.9.2006, a Major Contractors Group (MCG) – instituição que representa as maiores empreiteiras do Reino Unido – afirma que: “Average bid costs have also reduced. On schools, average bid costs have reduced from £ 3.1 million in 2003 to £ 2.4 million in 2005. Conversely on hospital projects, average bid costs have, in money terms, risen from £ 7.7 million in 2003 to £ 11.5 million in 2005. Even so, costs have fallen as a proportion of overall project values from 8% in 2003 to 6% now”. Essa nota pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.mcg.org.uk>. Em relação às privatizações havidas no Reino Unido, estimou-se o custo de transação em aproximadamente 7% da receita bruta (cf. John Vickers e George Yarrow, *Privatization: an Economic Analysis*, p. 183).

⁸⁶. Essa questão põe o problema da mensuração das vantagens comparativas de realização de PPP. Para a verificação preliminar da conveniência de estudar a realização de PPP, países europeus criaram mecanismos de comparação entre os custos da realização de projetos por meio de investimento público direto e por meio da realização de PPP. Extremamente difícil nesse processo é a mensuração do custo efetivo da realização de um projeto sob a forma de investimento público. Como o Estado tem uma série de custos fixos que independem da implementação ou não de dados projetos, é difícil sopesar quanto desses custos pode ser atribuído à implementação deste ou daquele projeto. Ganham relevo, nesse contexto, as metodologias que buscaram desenvolver índices paramétricos para precificar o custo da realização de projetos sob a forma de investimento público, como o conhecido *PSC – Public Sector Comparator*, desenvolvido pela Inglaterra. O PSC, que tem sido muito falado e pouco compreendido entre os nossos teóricos sobre PPP, é apenas um instrumento sofisticado para estimar o custo de realização de um projeto sob a forma de investimento público

Nesse diapasão, a Lei de PPP estabeleceu R\$ 20 milhões como o valor mínimo do contrato de PPP. Na Inglaterra, por exemplo, o valor mínimo para a realização de uma PFI é de £ 20 milhões. O valor no Brasil é bem mais baixo por três razões: (a) os custos de estruturação de PPP tendem a ser menores no Brasil que em países europeus; (b) os ganhos de eficiência com a realização de PPP tendem a ser bem maiores no Brasil que em países desenvolvidos (por razões que explicamos melhor no item IV.1, abaixo); e (c) há um componente político na exigência de um valor mínimo do contrato, é dizer, ao exigir um valor mínimo de contrato para a realização de PPP inviabiliza-se ou restringe-se a possibilidade de Municípios de pequeno e médio portes realizarem PPP – o que terminou por lançar o valor para baixo no processo de tramitação da lei no Parlamento.

As razões mencionadas nos itens “a” e “b” dizem respeito às peculiaridades do mercado de consultoria brasileiro e da atuação dos órgãos da Administração Pública no Brasil na implantação de projetos. Quanto à razão “c”, é forçoso dizer que, em vista da complexidade das PPPs e dos seus potenciais impactos na situação fiscal do ente governamental, houve no processo de elaboração da Lei 11.079/2004 marcada preocupação em reduzir as possibilidades de Municípios, Estados e Distrito Federal realizarem PPPs. Esta preocupação aparece, por exemplo, na redação do art. 28 da Lei de PPP. O valor de R\$ 20 milhões foi estabelecido entre o zelo dos interessados em assegurar o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal, que tinham intenção de restringir o uso das PPPs por entes menores da Federação, e as pressões políticas no sentido de viabilizar a realização das PPPs pelo maior número de entes da Federação.⁸⁷

Perceba-se que, ao exigir um valor mínimo para o contrato de PPP, a lei estabeleceu uma fronteira entre os contratos de prestação de serviço sujeitos exclusivamente à Lei 8.666/1993 e os contratos de concessão administrativa, sujeitos ao regime previsto na Lei de PPP.

A concessão administrativa deve ser utilizada apenas quando presentes as razões econômicas – quais sejam, a nosso ver, especialmente (i) a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e a remuneração do investimento, (ii) a possibilidade e conveniência no caso concreto de se adotar especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais e (iii) a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades a uma mesma pessoa, por exemplo, o detalhamento do projeto de engenharia, o financiamento da obra de infra-estrutura, sua construção, operação e manutenção ao longo de um considerável período de tempo.

O limite mínimo de R\$ 20 milhões do valor do contrato toca justamente duas dessas razões, a primeira e a terceira, pois, (i) se não há investimento relevante, também não é necessário prazo longo para sua amortização e remuneração, e (ii) a possibilidade de ganhos de eficiência fica tanto mais reduzida quando menor for o valor do investimento. Portanto, para se justificar a PPP é preciso que a adequada prestação do serviço requeira investimentos de relevo (mais de R\$ 20 milhões, segundo a fronteira estabelecida pela lei) do parceiro privado em uma infra-estrutura.

É bem verdade que a lei se refere a um valor mínimo de contrato.⁸⁸ Ela estaria, contudo, melhor se a referência fosse a um valor mínimo de *investimento*. “Valor de contrato” é uma expressão vaga e que abre espaço para algumas manipulações. Por exemplo, é possível aumentar-se artificialmente e sem justificativa o valor do contrato pelo mero aumento de prazo do contrato. Já o valor do investimento não padece dessa fragilidade. De qualquer modo, a menção legal a um valor mínimo de contrato dá espaço para sua interpretação como valor mínimo de investimento, que nos parece a interpretação mais correta.

A adoção dessa interpretação, entretanto, nos leva a discutir os critérios para definir valor de investimento de um

direto, de maneira a permitir sua comparação com os ganhos de eficiência esperados de uma PPP. Essa questão, obviamente, tem relevo no momento de decidir se vale, ou não, a pena iniciar o processo de implementação de um projeto sob a forma de PPP, e por isso deixaremos de tratar do tema de forma mais profunda aqui, para abordá-lo no item IV.1, abaixo.

⁸⁷. Sobre as dificuldades de utilização das PPPs por entes locais para desenvolvimento da infra-estrutura urbana, cf. Patricia Clarke Annez, “Urban infrastructure finance from private operators: what have we learned from recent experience?”, *World Bank Policy Research Working Paper* 4.045.

⁸⁸. A lei, entretanto, utilizou a idéia de *valor de contrato*, que é mais flexível que *valor do investimento*. A partir da expressão legal, é possível considerar ao menos três diferentes significados: (a) o montante total do investimento do parceiro privado; (b) a soma das contraprestações públicas ao longo do contrato; (c) a soma das receitas da concessionária ao longo do contrato. Entendemos que o valor total do investimento constitui o critério mais adequado, eis que, além de refletir mais precisamente a dimensão do empreendimento, melhor se vincula às razões pelas quais se buscou a participação privada de longo prazo na prestação dos serviços. Além disso, é preciso ponderar se esses números serão obtidos pela simples soma de valores correntes no tempo ou considerando seu valor presente. Pensamos ser preciso trazer a valor presente todos os montantes envolvidos no projeto, seja qual for o critério escolhido, de valor do investimento, da soma das contraprestações ou das receitas da concessionária. Trata-se do método mais adequado para evitar distorções. Por outro lado, é forçoso reconhecer que a adoção do valor presente importa estreitar o rol de projetos passíveis de implementação sob a forma de PPP, eis que, salvo quando a taxa de desconto for 0%, o valor presente será sempre menor que o valor futuro.

dados projeto. No nosso entendimento, deve-se considerar, para este efeito, o valor estimado nos EVTEs – Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica do projeto. Nas PPPs, bem como nas concessões comuns, o exato valor do investimento só se define pelos termos da proposta vencedora da licitação. É nela que o parceiro privado precifica o investimento necessário ao cumprimento das obrigações previstas no contrato. Mas, para efeito da definição da viabilidade de realização do projeto sob a forma de PPP, deve ser utilizado o valor do investimento estimado nos EVTEs.

Uma outra questão é se os investimentos devem ser considerados a preços constantes ou pelo seu valor presente. Parece-nos razoável que para esse efeito se considerem os valores a preços constantes, eis que se trata da mensuração da escala do empreendimento independentemente da dilação temporal da sua execução.

II.5.2 – O prazo mínimo do contrato de PPP

A segunda vedação à realização de PPP diz respeito ao prazo mínimo de cinco anos do contrato. Vale, aqui, novamente a lógica já exposta da necessidade de contratos de médio ou longo prazos, para a amortização dos investimentos do concessionário.

A *ratio* por trás das concessões patrocinadas e administrativas é de contratos que demandam investimentos relevantes dos particulares em infra-estrutura para prestação do serviço, cuja amortização e remuneração se dão pela exploração dessa infra-estrutura ao longo da execução dos contratos. Ora, obedecida essa lógica, as PPPs serão, em regra, contratos de médio ou longo prazos.

Só isso, entretanto, não justifica a vedação. A intenção, novamente, é criar linha divisória entre as concessões administrativas e os demais contratos de serviços submetidos à Lei 8.666/1993. O meio, contudo, não alcança o desiderato. Mantidas as outras condições, bastaria aumentar o prazo do contrato para submetê-lo à Lei de PPP. Aliás, como já notamos no item II.5.1, acima, a dilação do prazo do contrato pode ser utilizada de maneira fraudulenta para aumento do valor do contrato de maneira a atingir o valor mínimo que permita sua submissão à Lei de PPP. Tudo para obter sorrateiramente a concessão ao parceiro privado de garantias que a Lei 11.079/2004 permite à Administração conferir em contratos de PPP (por exemplo, as garantias de pagamento da contraprestação do ente público).

Esse tipo de fraude só pode ser evitado pela verificação, caso a caso, da existência das razões econômicas e jurídicas para a utilização da forma de PPP, para a dilação do prazo do contrato e para outorga de garantias de pagamento.

Como princípio geral, é preciso enunciar que a utilização do regime das PPPs – e, portanto, da concessão das garantias de pagamento público – justifica-se na medida em que a estrutura econômica dos contratos exija do parceiro privado investimentos relevantes para a prestação dos serviços.

Em que contextos a estrutura da concessão se justifica?

Veja-se o gráfico⁸⁹ abaixo.

Quanto mais o contrato é de capital intensivo, mais conveniente tende a ser a adoção da estrutura econômica da concessão. Quanto mais se aproxima de um contrato de mão-de-obra intensiva, mais conveniente será caracterizá-lo como mera prestação de serviços.

Além disso, como balizador para decisão do gestor público, deve-se considerar que são sempre preferíveis contratos de duração mais curta aos de duração mais longa. A principal justificativa dessa assertiva está no fato de os contratos de curto prazo exigirem realização freqüente de licitação, que é, por excelência, um procedimento competitivo e, como tal, meio para a transmissão ao Poder Público de ganhos de eficiência eventualmente obtidos ao longo dos anos pelos potenciais parceiros privados. Utiliza-se, assim, da concorrência e do livre mercado como instrumento para garantir à Administração a melhor relação qualidade/custo na prestação dos serviços.

Portanto, a escolha do prazo do contrato não é arbitrária. Trata-se de uma decisão técnica, com vistas à correta alocação de incentivos econômicos. No mais, é necessária análise do projeto, da sua modelagem econômica, financeira e jurídica, para verificar em que medida se justifica sua submissão à Lei de PPP.

⁸⁹. Gráfico de autoria de Mauricio Portugal Ribeiro, utilizado pela primeira vez em palestra ministrada no Seminário sobre PPP havido em Belo Horizonte, em 23.11.2005, organizado pela Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais.

II.5.3 – Vedações relativas ao objeto do contrato de PPP

O inciso III do § 4º do art. 2º da Lei de PPP traduz opção política do legislador de não utilizar a Lei de PPP para modificar os marcos legais aplicáveis à (i) realização de obra pública pura, (ii) compra e instalação de equipamentos ou (iii) contratação de mão-de-obra. Continuam, pois, aplicáveis às obras públicas os dispositivos sobre as licitações e contratos de obra constantes da Lei 8.666/1993; à compra e instalação de equipamentos, a legislação sobre o pregão, quando se referirem a compras de bens e serviços comuns, e a Lei 8.666/93 em relação ao demais; e ao fornecimento de mão-de-obra a legislação sobre procedimento concursal, ou, quando se referirem a terceirização, a legislação para a contratação de prestação de serviços também constante da Lei 8.666/1993.

Doutra sorte, o dispositivo comentado deixa claro que os contratos de PPP são sempre contratos de prestação de serviços, ao usuário ou à Administração Pública. Isso não significa que os contratos de PPP, para a prestação adequada do serviço, não possam exigir que o parceiro privado realize investimento em obras, na contratação de pessoal e em compra de equipamentos.

Do modo como está redigido o dispositivo, está proibida a realização de PPPs em que o fornecimento de equipamentos e as obras não estejam vinculados diretamente à prestação do serviço.

A contratação de pessoal pura também está proibida. Não é permitida a contratação de PPP meramente para suprir necessidade de pessoal. Dessa perspectiva, a contratação de PPP só é viável quando envolver capacidade operacional empresarial, que se traduz na organização de conjunto de bens, direitos e pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço. Não cabe, por exemplo, PPP para contratação de serviço de limpeza de um edifício, ou para mera assistência a usuários de *software* de rede.

Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º. As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º. As concessões comuns continuam regidas pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º. Continuam regidos exclusivamente pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

III – O regime legal das PPPs: III.1 – O regime legal das concessões administrativas. III.2 – O regime legal das concessões patrocinadas. III.3 – O regime legal das concessões comuns de serviço público. III.4 – O regime dos demais contratos administrativos.

III – O regime legal das PPPs

O art. 3º estabelece o regime legal das PPPs, definindo seu engaste no marco legal existente sobre licitações e contratos administrativos.

Vale notar que a redação desse dispositivo é fruto de estratégia político-jurídica elaborada durante a redação da nova minuta da Lei de PPP (que foi absorvida pelo Senado em novembro/2004, cf. “Introdução”, item II, acima), a partir da avaliação de que a forma mais conveniente para corrigir os equívocos e problemas técnicos do projeto de Lei de PPP⁹⁰ e apressar sua tramitação era vincular a disciplina das PPPs às regras já vigentes sobre contratos administrativos, e especificamente ao regime dos contratos de concessão de serviço público previstos nas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995.

Como já assinalamos na “Introdução”, item I.3, acima, dada a semelhança entre a estrutura econômica das PPPs e dos contratos de concessão de serviços e obras públicas, a adoção da estratégia aludida implicou substancial melhoramento da qualidade técnica da Lei de PPP, neutralizou uma série de críticas que eram realizadas com função meramente política e facilitou a assimilação e a disseminação da exata contextura das PPPs pelos não-especialistas envolvidos na discussão (que nesse momento não eram poucos).

⁹⁰. Naquela época, o Projeto de Lei de PPP estava na CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado. Para verificar o histórico da Lei de PPP, remetemos o leitor à “Introdução”, item II.

Importa, então, explicitar, a seguir, quais os limites e a função da aplicação dos dispositivos das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 às concessões administrativas e patrocinadas.

III.1 – O regime legal das concessões administrativas

A aplicação dos arts. 21 da Lei 8.987/1995 e 31 da Lei 9.074/1995 às concessões administrativas e também às patrocinadas será discutida no item XV.2, abaixo. Quanto à referência aos arts. 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987/1995, presta-se a atrair, para aplicação às concessões administrativas, o regime vigente para os contratos de concessão comum de serviços públicos e obras. Mais especificamente: os arts. 23 e 25 da Lei 8.987/1995 destinam-se a permitir a aplicação às concessões administrativas da relação de cláusulas obrigatórias prevista no art. 23 e do regime de responsabilidade civil e de contrato da concessionária previsto no art. 25. E a menção aos arts. 27 a 39 da Lei 8.987/1995 tem por fim fazer incidir sobre as concessões administrativas as regras sobre transferência dos contratos de concessão, outorga pela concessionária de direitos emergentes como garantia, encargos do poder concedente e da concessionária, intervenção e extinção do contrato de concessão.

III.2 – O regime legal das concessões patrocinadas

Estabelece o § 1º que as concessões patrocinadas serão regidas pela Lei de PPP e subsidiariamente pelo direito das concessões.

A relação de subsidiariedade implica que os dispositivos da lei subsidiária figurem como pano de fundo da lei principal. Por outro lado, exclui-se a incidência dos dispositivos previstos da lei subsidiária que forem incompatíveis com a lei principal.

No caso em tela, essa relação se justifica porque as concessões patrocinadas nada mais são que concessões de serviços públicos econômicos (nisto exatamente iguais às regidas pela Lei 8.987/1995), em que o concessionário remunera-se não apenas pela cobrança de tarifas do usuário, mas também pelos pagamentos realizados pela Administração Pública. Como apanágio da previsão de pagamentos públicos, encarta-se às concessões patrocinadas a possibilidade de concessão de garantias, cujo objetivo é dar ao parceiro privado segurança de que perceberá pontualmente os pagamentos devidos pela Administração.⁹¹⁻⁹²

A especificação do que na legislação sobre concessões comuns contraria a Lei de PPP, ou é incompatível com a estrutura das PPPs subjacente à Lei 11.079/2004, deverá ser construída por doutrina e jurisprudência.

Em uma abordagem preliminar, é certo que o art. 9º da Lei 8.987/1995, que trata das revisões tarifárias, deve ser interpretado como regra para as revisões contratuais em geral, abrangendo, portanto, os demais meios para reequilibrar o contrato, tal como a modificação da contraprestação pública e das obrigações de investimento do parceiro privado.

Ponto relevante é saber em que medida o art. 2º da Lei 9.074/1995 (uma lei correlata à de n. 8.987/1995) se aplicaria às concessões patrocinadas. O art. 2º da Lei 9.074/1995 disciplina a exigência de autorização legislativa para a delegação da exploração de serviços públicos. Apesar das impropriedades técnicas constantes do art. 2º, já apontadas pela melhor doutrina, é imperioso afirmar que a Lei de PPP não afasta o referido dispositivo. A Lei de PPP não modifica o desenho das atividades delegáveis pelo ente público aos particulares, ou os requisitos formais exigidos para a ocorrência da delegação. Malgrado as impropriedades técnicas capituladas no art. 2º da Lei 9.074/1995, sem dúvida ele se aplica às concessões patrocinadas.

III.3 – O regime legal das concessões comuns de serviço público

O § 2º estabelece que as concessões comuns continuam regidas pelo marco legal existente (Lei 8.987/1995 e

⁹¹. É necessário esclarecer que, do ponto de vista jurídico, o *subsídio* é um gênero que comporta pelo menos duas espécies: as subvenções, tratadas no art. 12 da Lei 4.320/1964, e as contraprestações públicas por bens e serviços, que são tratadas, entre outras, pela Lei de PPP.

⁹². Em relação às concessões patrocinadas essa estrutura de garantia constitui a principal inovação, do ponto de vista econômico, trazida pela Lei de PPP. As Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 já admitiam, respectivamente, nos seus arts. 17 e 35, a hipótese de pagamento de subsídio pela Administração Pública, se bem que fosse necessária lei específica. Portanto, não era estranha ao nosso ordenamento a possibilidade de pagamento de subsídio pela Administração a concessionário. Garantias de pagamento pelo Poder Público a concessionário, nos moldes previstos na Lei de PPP, são, entretanto, novidade no nosso sistema jurídico. É certo, contudo, que a Lei de PPP trouxe diversas outras inovações do ponto de vista jurídico, como, por exemplo, as alterações no regimento das licitações e algumas alterações pontuais no regime dos contratos, como, por exemplo, os *step-in rights* dos financiadores e a vinculação do pagamento à *performance* do parceiro privado.

legislação correlata). A Lei de PPP, portanto, não afeta as concessões comuns.

Questão a requerer reflexão é se, após o aparecimento da Lei de PPP, poderiam concessões comuns em curso ser convertidas em concessões patrocinadas. A pergunta é relevante, em face da possibilidade de que existam concessões comuns nas quais seja conveniente o estabelecimento de contraprestação pública como instrumento para reequilibrar o contrato.

Importa notar que, tradicionalmente, o reequilíbrio econômico-financeiro de concessões comuns realiza-se pela modificação das tarifas, dos investimentos exigidos do concessionário ou do prazo do contrato. A obtenção, entretanto, de pagamento pela Administração Pública dos prejuízos havidos pelo concessionário por consequência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato só é possível sob a forma de indenização.

O pagamento de contraprestação pública na Lei de PPP, a rigor, não é mecanismo indenizatório, e sim pagamento por um serviço – o que torna seu regime bastante diverso do das indenizações. Para perceber isso, basta um lançamento de olhos sobre os estudos exigidos do órgão contratante para a realização de PPP e os mecanismos de controle do impacto da contraprestação pública nas metas de resultado fiscal e na dívida pública, previstos na lei (art. 6º, parágrafo único, art. 7º e art. 10).

Ademais, o regime das concessões patrocinadas vincula o pagamento da contraprestação ao cumprimento pelo concessionário de índices de *performance*. Obviamente, não há o menor sentido em fazer esse tipo de consideração para pagamento de indenização, uma vez que ela estaria vinculada a um dano causado, e não a um serviço prestado.⁹³

Portanto, não nos parece adequado confundir indenização a concessionário comum com contraprestação em PPP, especialmente dadas a distinta natureza do ponto de vista jurídico, a diversidade dos procedimentos e a justificativa econômica desses institutos.

Além disso, importa ressaltar que o mecanismo de pagamento de contraprestações públicas constitui aspecto importante de diferenciação do marco legal das PPPs com relação ao das concessões comuns, no qual se permite apenas por exceção, e mediante autorização legislativa, o pagamento de subsídio ao concessionário (arts. 17 e 35, respectivamente, das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995). Isto é, nas PPPs não se exige lei específica; nas concessões comuns, o pagamento de subsídio depende do implemento dessa condição. Daí não nos parecer cabível a transformação, no âmbito administrativo, de concessão comum em patrocinada, sob pena de, por meio de um simples aditivo contratual, elidir o requisito de lei específica para o pagamento de subsídio à prestação de um serviço.

Ora, não é razoável supor que, ao elaborar a Lei de PPP, o legislador tivesse pretendido retirar a eficácia, ao menos parcialmente, dos citados arts. 17 e 35, na medida em que bastaria um aditivo contratual para se atingir esse efeito. Se assim fosse, melhor seria tê-los revogado. Ao contrário, quis manter sua vigência. Se bastasse uma simples alteração contratual para lhes retirar a eficácia, então, ter-se-ia o poder de, via contratual, derogar o disposto em lei – o que, por óbvio, afronta os mezinhos princípios da hierarquia das normas e do paralelismo de formas.

III.4 – O regime dos demais contratos administrativos

Continuam sob a égide da Lei 8.666/1993 e legislação correlata os contratos administrativos que não se constituem em concessão comum, patrocinada e administrativa.

Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

⁹³. Poder-se-ia argumentar que, em relação às concessões comuns, a indenização pode ser entendida como um pagamento por serviços já prestados, na medida em que o concessionário tenha mantido a prestação de serviços enquanto o contrato jazia desequilibrado. O argumento é interessante, mas ignora que configura obrigação do concessionário a continuidade da prestação dos serviços, apanágio por excelência do regime das concessões, dada a essencialidade dos serviços públicos para a sociedade. O fato de o contrato ter, por qualquer motivo, sido objeto de desequilíbrio de forma alguma desfigura essa sua obrigação. Não há, portanto, que se trazer à baila a possibilidade de recompensa do cumprimento da obrigação de continuidade do serviço com o pagamento de contraprestação pública, a menos que esse mecanismo de reequilíbrio já esteja previsto desde a origem no contrato, o que apenas se torna possível numa PPP.

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria.

IV – Diretrizes para a contratação de PPP: IV.1 – A eficiência e o contrato de PPP. IV.2 – O contrato de PPP e o respeito aos direitos dos usuários e do parceiro privado. IV.3 – Indelegabilidade de funções exclusivas do Estado. IV.4 – A responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs. IV.5 – Transparência na celebração das PPPs. IV.6 – A repartição de riscos nas PPPs. IV.7 – Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas das PPPs.

IV – Diretrizes para a contratação de PPP

A Lei de PPP estabelece uma série de diretrizes para guiar a contratação de PPPs.

Em primeiro lugar, é preciso notar que a discussão sobre as diretrizes, assim como sobre as normas jurídicas abertas em geral (princípios, normas integradas por conceitos indeterminados etc.), aprofundou-se nas últimas décadas, sobretudo, diante da percepção de que, em uma sociedade em permanente mudança e cujo nível de diferenciação e complexidade aumenta com a passagem do tempo, será cada vez mais difícil estipular regras jurídicas que possam especificar de forma peremptória e automática a relação entre determinadas ocorrências (hipótese) e respectivos efeitos jurídicos (sanção).

Surge, nesse contexto, uma tendência a disciplinar os fenômenos sociais e econômicos por meio da emissão de normas com conteúdo semântico indeterminado, que apontam objetivos, pautas e aspirações, cujos meios de implementação e julgamento da aplicação em cada situação são deixados aos intérpretes e aplicadores.

Essa nova técnica legislativa implica um voto de confiança do legislador aos aplicadores da norma, dos quais espera, em face de cada situação, cooperação na definição do direito aplicável, por meio da especificação do sentido e das consequências das normas abertas.

Em relação à contratação das PPPs, os dispositivos abaixo comentados tentam apontar as razões que justificam a celebração de uma PPP, as quais devem ser consideradas pelos eventuais aplicadores da Lei de PPP, ao longo do processo de decisão sobre a conveniência e a oportunidade da celebração do contrato, a modelagem técnica e financeira a ser adotada para o projeto, o processo de contratação e a participação do Poder Público na sua execução, particularmente como fiscalizador.

IV.1 – A eficiência e o contrato de PPP

A *eficiência* é a razão principal para a contratação das PPPs.⁹⁴⁻⁹⁵ Na verdade, a contratação das PPPs só se justifica quando os ganhos globais de eficiência esperados a partir dessa formatação contratual superem os custos a serem incorridos na sua estruturação e no acompanhamento, fiscalização e regulação do contrato.⁹⁶ Por isso, decidido que um dado projeto é prioritário para o país,⁹⁷ o passo seguinte deve ser verificar a conveniência e a oportunidade de sua

⁹⁴. Sobre a função social e econômica das PPPs, cf. Marcos Barbosa Pinto, “A função econômica das PPPs”, *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, vol. 2.

⁹⁵. Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer e Robert W. Vishny, em estudo sobre os processos de desestatização nos governos de condados e cidades dos Estados Unidos da América (“Privatization in the United States”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 28, n. 3, pp. 447-471), sugerem que, na prática, a decisão política de realizá-los está menos relacionada com questões ideológicas ou de eficiência econômica que com o dilema entre o custo político dos altos gastos públicos (que podem requerer, por exemplo, aumento da carga tributária) e os benefícios políticos para os governantes que a prestação direta (pelo Estado ou por entes estatais) de serviços públicos envolve (maior controle da prestação dos serviços, maior possibilidade de empregar seus apaniguados, apoio dos servidores públicos etc.).

⁹⁶. Há uma série de evidências de que a iniciativa privada é mais eficiente no provimento de determinados serviços que o Poder Público. Entre as justificativas comumente aceitas para explicar essa diferença de eficiência destaca-se o fato de que, comparativamente às organizações da iniciativa privada, as organizações do setor público não são orientadas ao atendimento dos interesses do cliente e têm objetivos amplos e mal definidos. Carecem, além disso, de incentivos para se adequar aos índices de *performance* desejados. Por exemplo, uma empresa estatal pode se manter prestando serviços ruins por anos, sem o medo de sofrer sanções ou de falir (especialmente se não houver estrutura regulatória independente do ente governamental proprietário da estatal). As organizações da iniciativa privada são mais focadas em objetivos bem definidos e voltadas ao atendimento dos interesses do cliente, pois sua existência no mercado depende da satisfação do usuário do serviço ou do bem fornecido, supondo-se um mercado em concorrência perfeita (cf. Simon Domberger e Paul Jensen, “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n. 4; v. também, sobre esse tema, E. Savas, “An empirical study of competition in municipal service delivery”, *Public Administration Review*, vol. 37, n. 6, pp. 717-724).

⁹⁷. A busca da eficiência deve também presidir a seleção de projetos, o que é preliminar à decisão de realização sob a forma de PPP. E, por isso,

realização sob a forma de PPP.⁹⁸ A verificação disso deve ser feita tanto qualitativa quanto quantitativamente. Algumas vantagens da contratação das PPPs dificilmente podem ser reduzidas a números, senão por meio de levantamentos intrincados ou, mesmo, impossíveis de se fazer.

De uma maneira simplificada, o procedimento para a contratação de uma PPP teria a seguinte ordem:⁹⁹

(1) Selecionam-se os projetos considerados prioritários, com base nas suas conseqüências positivas para o país e noção preliminar dos seus custos. O ideal seria realizar comparação entre projetos, por meio de análise econômica, sobretudo, de custos e benefícios, inclusive considerando as externalidades de cada projeto, de modo a apontar quais produzirão maior impacto social para o Governo e a sociedade em geral e que, portanto, devem ter precedência na sua implementação.

(2) Decide-se, com base em uma modelagem geral do projeto (a qual deve conter esboço de desenho institucional, de premissas técnicas, econômico-financeiras e jurídicas) e em uma análise de custos de sua realização (os quais podem ser, nesse ponto, ainda paramétricos), se faz sentido implementá-lo sob a forma de PPP. A metodologia para essa análise deve levar em conta não apenas aspectos quantitativos, mas também qualitativos. Na experiência internacional, especialmente a inglesa, esse tipo de análise é conhecido por *value for money* (VFM).

(3) Verifica-se a disponibilidade de recursos para o Poder Público implementar o projeto (evidentemente, o fato de que seja mais eficiente implementá-lo sob a forma de PPP não significa que a Administração tenha recursos para implementá-lo nem que exista limite disponível para aumento do endividamento, quando for o caso). Isso é o que se costuma chamar, no jargão internacional, de *affordability analysis*.¹⁰⁰

(4) Parte-se, então, para a modelagem técnica, financeira e jurídica do projeto, atividades que, além de mais complexas e custosas, se comparadas às habitualmente realizadas pelo setor público na estruturação de projetos, demandam, em regra, contratação de consultorias privadas. Por essa razão, essa fase deve ser iniciada apenas se as análises anteriores apontarem a conveniência de implementar o projeto como PPP, sem prejuízo, obviamente, após a finalização da modelagem, de reavaliá-la de conveniência, pois os resultados finais da modelagem podem divergir das análises preliminares.

(5) Por fim, passa-se à fase externa do procedimento de contratação, com a publicação do edital, o recebimento das propostas e, eventualmente, a celebração do contrato, caso em que será preciso providenciar também seu acompanhamento e regulação.

Evidentemente, em todas essas fases, a diretriz de busca de eficiência deve irradiar seus efeitos. Na literatura internacional, todavia, é comum enfatizar a importância central do passo 2, a definição sobre se é conveniente, ou não, a realização de um dado projeto sob a forma de PPP.¹⁰¹ A questão é, de fato, muito relevante, sobretudo em países nos

não se poderia obrigar a incidência de diretrizes constantes da Lei de PPP sobre essa fase da atividade pública.

⁹⁸. A análise da conveniência e oportunidade deve questionar sobre a possibilidade de se especificar em contrato as obrigações a serem cumpridas pelo ente privado. Não é recomendável a desestatização de um serviço se seu escopo, metas, resultados, não podem ser especificados adequadamente em contrato. Nestes casos, a forma mais eficiente de prestar o serviço é utilizando o aparelho estatal (cf. D. E. M. Sappington e J. E. Stiglitz, "Privatization, information and incentives", *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 6, pp. 567-582; C. Shapiro e R. Willig, "Economic rationales for the scope of privatization", in E. N. Suleiman e J. Waterbury (eds.), *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*, 1990).

⁹⁹. Esse modelo simplificado baseia-se no percurso realizado pelos projetos no Brasil e na experiência internacional. Vale notar que, apesar de alguns Estados terem regulamentado esse procedimento, o Governo Federal ainda não o fez.

¹⁰⁰. Somos gratos a Edward Farquharson por ter chamado a atenção para a distinção entre (i) análise econômica, (ii) análise de *value-for-money* e (iii) a análise da disponibilidade de recursos para contratação de PPP (*affordability analysis*), muitas vezes confundidas pelos estudiosos.

¹⁰¹. Sobre os critérios a nortear o investimento público, taxa de desconto a ser empregada, custo de capital, custo de oportunidade e taxas de retorno a serem requeridas, v. R. A. Brealey, I. A. Cooper e M. A. Habib, "Investment appraisal in the public sector", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n. 4, pp. 12-28; Andrew B. Abel, Avinash K. Dixit, Janice C. Eberly e Robert S. Pindyck, "Options, the value of capital and investment", *NBER Working Paper* 5.227. Sobre a análise tradicional de custo/benefício, cf. I. M. D. Little e J. A. Mirrlees, *Manual of Industrial Project Analysis*, 1969, e *Project Appraisal and Planning*, 1974; Partha Dasgupta, Stephen Margline e Amartya K. Sen, *Guidelines for Project Evaluation*, 1972. Notando deficiências da análise tradicional de custo/benefício e propondo correções de curso e desdobramentos, cf. I. M. D. Little e J. A. Mirrlees, "Project appraisal and planning twenty years on", in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1990*, 1991; Shantayanan Devarajan, Lyn Squire e Sethaput Suthiwart-Narueput, "Beyond rate of return: reorienting project appraisal", *The World Bank Research Observer*, vol. 12, n. 1, pp. 35-46; A. E. Boardman, D. H. Greenberg, A. R. Vining, e D. L. Weimer, *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, 1996. Sobre o problema da precificação de investimentos públicos sob a forma de obra pública, cf. B. Flyvbjerg, "Underscoring costs in public works projects", *APA Journal*, vol. 68, n. 3. Para uma visão sistemática da metodologia de avaliação de projetos empregada atualmente no Reino Unido, cf. HM Treasury, *The Green Book – Appraisal and Evaluation in Central Government*, janeiro/2003.

quais (a) os custos de captação de recursos pelo governo no mercado tendem a ser muito mais baixos que os da iniciativa privada e (b) o custo com obras e compra de equipamentos pelo governo é comparável aos custos da iniciativa privada. Nesses países é possível que, muitas vezes, seja mais barato o Poder Público implementar o projeto por meios alternativos à PPP.

No Brasil, entretanto, a realidade atual é bastante peculiar. De um lado, a depender da natureza do parceiro privado, o custo de captação pode ser semelhante ou ser apenas marginalmente diferente do custo de captação do governo.¹⁰² Junte-se a isso que o custo, por exemplo, de realização de obras de engenharia por entes privados é muito mais baixo que o da Administração.¹⁰³ Ora, nesse contexto, há uma tendência no sentido de que a contratação sob a forma de PPP seja mais barata que sob as formas mais tradicionais.

Além disso, é preciso ter em conta que uma comparação quantitativa abrangente das vantagens/desvantagens da contratação de PPP deveria mensurar os custos globais da Administração direta, ou de autarquia, fundação pública ou estatal, para implementar diretamente o projeto ou para contratar sob formas diversas das PPPs, como obra pública/compra de equipamentos seguida da manutenção e operação do projeto (pela Administração ou por um terceiro contratado). Isso raramente é viável, porque a realização dessa comparação pressupõe existir base de dados que permita à Administração acompanhar os custos de implementação de projetos, separados por forma de implementação e alocados por projeto – o que, no Brasil, é raro.

Essas constatações não devem, entretanto, levar a que se descure do processo de avaliação da conveniência de contratação sob a forma de PPP. Mesmo porque fazem parte desse processo a realização de esboço do serviço que a Administração pretende comprar e a análise preliminar de custos, ambos indispensáveis para verificar se a Administração terá os recursos necessários à implementação do projeto sob a forma de PPP. Pretende-se, portanto, assinalar que não faz sentido exigir, nesse momento histórico da Administração Pública brasileira, análises quantitativas nos moldes das realizadas, por exemplo, na Inglaterra ou na África do Sul como condição para a implementação de PPP.¹⁰⁴

Outros países da Europa – como, por exemplo, Portugal, no qual, como no Brasil, não existem, disponíveis, séries sobre os custos da Administração na implementação de projetos – resolveram a questão desenvolvendo métodos que combinam aspectos qualitativos e quantitativos, os quais permitem, a partir de algumas análises de sensibilidade e do uso do bom senso, a definição de quando e em que termos faz sentido celebrar PPP.

Creemos, pois, que a discussão sobre o desenvolvimento de um método para a avaliação da conveniência de realizar projetos sob a forma de PPP no Brasil e de eventual criação de índices para comparação de implementação sob a forma de PPP com as formas mais tradicionais deve levar os aspectos acima mencionados em conta. Mais especificamente, qualquer tentativa de adaptação para o Brasil do assim chamado *PSC – Public Sector Comparator*¹⁰⁵ o índice desenvolvido pelos ingleses para a comparação dos custos de realização de PPP com as formas mais tradicionais de contratação (e que é amiúde mencionado nas discussões em torno das PPPs), não pode se fazer sem ter em vista as peculiaridades do contexto brasileiro.

No Brasil, na maioria das vezes, diante das vicissitudes acima narradas, o possível será elaborar uma avaliação que, do ponto de vista quantitativo, permita estimar os custos de implementação do projeto por parceiro privado

¹⁰². Algumas empresas chegam, mesmo, a captar recursos a uma taxa de juros inferior à de captação pelo Tesouro Nacional. Isso é possível, em regra, quando se considera que o risco de emprestar para uma determinada empresa privada é menor que o de emprestar para o Governo brasileiro, o que pode se dar por diversas razões. Companhias consideradas *investment grade*, por exemplo, tendem a alcançar melhores taxas de captação que o próprio Tesouro Nacional (o qual, atualmente, ainda não é listado como *investment grade*), especialmente quando suas receitas independem do cenário interno brasileiro – e, portanto, não estejam diretamente sujeitas ao assim chamado “risco-Brasil”.

¹⁰³. Cf. estudo feito pela Dynatest, consultoria contratada para o projeto da BR 116/324, que comparou os custos previstos nas tabelas SICRO II, utilizadas pelo DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, com os custos de mercado para obras de recuperação e ampliação de capacidade de rodovias. Os estudos estão disponíveis no sítio eletrônico www.pppbr116.org/docs.html.

¹⁰⁴. Mesmo na Inglaterra essas análises vêm sendo relativizadas. Ao lado dos tratamentos quantitativos, que se fazem pela utilização do assim chamado *PSC – Public Sector Comparator* (pelo qual se comparam os custos públicos de implementação dos projetos com o custo de fazê-lo sob a forma de PPP), desenvolveram-se diversos critérios qualitativos que são utilizados em conjunto com a análise quantitativa para verificar o potencial de um dado projeto gerar *value for money* adequado se implementado sob a forma de PPP.

¹⁰⁵. O PSC é formado a partir de uma base de dados que mensura os custos históricos de implementação de projetos pelo Poder Público, o que permite a comparação entre a implementação de um dado projeto sob a forma de PPP ou pela Administração, com estruturas mais tradicionais. Para discussão sobre a adequação da metodologia do *PSC – Public Sector Comparator* para países em desenvolvimento, cf. James Leigland e Chris Shugart, “Is the public sector comparator right for developing countries? Appraising public-private projects in infrastructure”, *Gridlines*, note n. 4, abril/2006.

(incluindo os custos financeiros) e as eventuais receitas a serem geradas e, do ponto de vista qualitativo, considere outros aspectos, como, por exemplo: a estabilidade do marco regulatório do setor em que se pretende implementar a PPP; a estabilidade do cenário macroeconômico, que permita fazer previsões de mais longo prazo; a conveniência, possibilidade e custo de transferir determinados riscos para o parceiro privado; a conveniência do ponto de vista das questões ambientais; a possibilidade de estabelecer especificações contratuais e indicadores de desempenho estáveis ao longo do contrato, que possam ser mensurados de maneira fácil e objetiva; a capacidade do setor privado de prestar o serviço objeto da concessão; etc.

O que, definitivamente, não se pode deixar acontecer em um país com as ingentes necessidades de investimento, como o nosso, é o que se tem chamado de *paralysis by analysis*, consistente na paralisia na implementação dos projetos por conta da suposta necessidade de novas análises. Reconheçamos a necessidade de criação futura de base de dados para realizar análises quantitativas mais específicas sem perder de vista que, por ora, diante da grave deficiência de infra-estrutura que inibe o aumento da taxa de crescimento desse país,¹⁰⁶ é preciso promover a implementação dos projetos conforme os mecanismos de análise disponíveis atualmente.

Note-se, por fim, que a realização mais articulada desse tipo de análise tem sido prejudicada pela inexistência, em muitos casos, de capacidade técnica e estrutura operacional do Poder Público para alcançar esse objetivo. Em especial, a desarticulação em alguns setores dos órgãos de planejamento (como, no setor de transportes, a extinção do GEIPOT, em 2001) durante os processos de desestatização dos anos 90 levou à redução da capacidade do Poder Público de realizar esse tipo de análise. Embora se tenham encontrado evidências no plano microeconômico da maior eficiência da iniciativa privada para implementar projetos, a função estatal de planejamento da política setorial é de difícil transferência para a iniciativa privada. E esse planejamento não pode ser feito sem a existência de uma estrutura permanente para coleta de dados – se não para a realização, pelo menos para a condução dos estudos necessários ao desenvolvimento dessas políticas.¹⁰⁷

À parte a análise preliminar dos ganhos de eficiência para a realização de PPP, a diretriz ora comentada deve também irradiar-se por todo o processo de modelagem, contratação, regulação e acompanhamento da PPP. Os efeitos, entretanto, em cada um desses momentos são difíceis de precisar, aqui. Em qualquer caso, e em cada passo em direção à implantação da PPP, deverão ser adotadas as decisões que maximizem o uso dos recursos sociais e que levem ao alcance mais proficiente das missões do Estado. Mas a especificação disso só pode ser feita nos casos concretos.¹⁰⁸

IV.2 – O contrato de PPP e o respeito aos direitos dos usuários e do parceiro privado

O inciso II estabelece como diretriz o respeito ao direito dos destinatários do serviço e dos entes privados incumbidos da sua execução.

¹⁰⁶. Para uma estimativa do impacto do investimento em infra-estrutura no crescimento econômico e na distribuição de renda, cf. Cesar A. Calderon e Luis Servén, “The effects of infrastructure development on growth and income distribution”, *World Bank Policy Research Working Paper* 3.400. Há no Brasil, atualmente, uma cultura de desconfiança dos agentes públicos. Tal cultura multiplicou, nos últimos anos, os controles e fortaleceu os órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas, o Ministério Público, as Controladorias-Gerais etc. Não é incomum que a contratação do provimento de infra-estrutura seja atrasada pela suspensão de processos de contratação pela via administrativa ou pela via judicial. Existe, evidentemente, um custo gerado pelo atraso no provimento da infra-estrutura ou na sua restauração. Os órgãos de controle deveriam, antes de realizar a suspensão ou atrasar qualquer processo de contratação de PPP, concessão ou de qualquer contrato para o provimento de serviço ao público ou à Administração, considerar os ganhos que podem ser obtidos com tal atraso *vis-à-vis* o custo gerado pela falta ou pela deficiência de tal infra-estrutura. Isso é tanto mais importante porque, em regra, o custo para os controladores de parar ou atrasar o processo é geralmente desprezível – o que, aliás, cremos ser uma falha no nosso desenho institucional. Ademais, não é incomum haver o clássico problema do – já tratado em verso e prosa – *Quis custodiet ipsos custodes?* (“quem controla o controlador?”). Em outras palavras, muitas vezes a inexistência de uma estrutura externa e forte de revisão dos atos do controlador o torna decisor, na prática, único e autônomo, na sua seara.

Note-se, ademais, que em relação às privatizações já há evidências relevantes de que a demora do processo de sua implementação impacta negativamente o preço a ser obtido no leilão (cf. Florencio Lopez-de-Silanes, “Determinants of privatization prices”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, n. 4, pp. 965-1.025; Rafael La Porta e Florencio Lopez-de-Silanes, “The benefits of privatization: evidence from Mexico”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, n. 4, pp. 1.193-1.242).

¹⁰⁷. O Ministério dos Transportes tem tentando suprir as deficiências nessa área, mais recentemente, por meio do convênio celebrado com o CENTRAN – Centro de Excelência em Engenharia de Transportes.

¹⁰⁸. Pesquisa feita no Reino Unido levantou e elencou em ordem de relevância, na opinião dos gestores públicos de projetos de PFI em operação, como os principais elementos geradores de *value for money* (mais-valia) para o Poder Público em projetos de PFI: a transferência de riscos, a utilização de indicadores de resultado, o prazo longo do contrato (que leva à administração dos custos pelo parceiro privado por toda a vida útil do bem), os instrumentos de mensuração do desempenho, a competição e a capacidade do setor privado de gerir os projetos (cf. *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative – A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE, Commissioned by The Treasury Taskforce*, 17.1.2000).

Note-se que, assim como a concessão comum, o contrato de PPP estabelece relação tripartite entre Poder Público, usuários (ou beneficiários) do serviço e entes privados encarregados da sua execução.¹⁰⁹ O dispositivo trata exatamente do equilíbrio dessa relação.

É possível dizer-se que essa diretriz tem três funções. A primeira é uma função retórica. A referência aos direitos dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados apenas remete ao conjunto de normas incidentes sobre a relação entre as partes, reforçando a necessidade de que sejam devidamente cumpridas pela Administração. Nesse sentido, o dispositivo poderia ser interpretado como “a Administração deve cumprir o Direito vigente entre as partes” – ou seja, como metanorma que ordena à Administração o cumprimento de suas obrigações. Ora, desse ponto de vista, diria uma mente mais cartesiana: “O dispositivo é inócuo”.

Contudo, ao lado da sua função retórica, dada sua topologia e condição de diretriz, o dispositivo tem, também, uma função de redução *ad unum*, de redução em um só dispositivo, de idéia-força sem a qual nenhum programa de PPP resiste em pé, que é o cumprimento dos contratos pela Administração.

Vale notar que o custo de uma PPP será tanto maior para os destinatários do serviço e para a Administração quanto maior for a percepção de risco pelos parceiros privados. Entre os diversos riscos sopesados pelos parceiros privados está o risco de descumprimento do contrato pela Administração. Quanto maior esse risco, quanto mais instável a estrutura política e institucional em torno da execução do contrato, maior o preço que a Administração e os usuários pagarão pela PPP. A diretriz comentada, nesse diapasão, aponta aspecto cujo cumprimento é extremamente importante para a efetividade de programa de PPP como um todo, mas também para a queda dos custos na implementação de cada projeto de PPP.

Uma terceira função – e essa nos parece a mais importante – decorre do fato de a diretriz ter mencionado, ao lado do respeito aos “direitos”, também o respeito aos “interesses” dos destinatários dos serviços e dos parceiros privados.

Deixando de lado análise semântica mais detida do termo “interesse” e seu longo histórico no âmbito da teoria do direito privado, a palavra, aqui, aponta para fenômeno pré-jurídico, ou seja, que antecede a formação de direitos e deveres, a partir da incidência de normas jurídicas.

Ao se exigir respeito aos interesses das partes, surge o problema de saber quais os exatos limites dos interesses a serem tutelados. O desenho desses limites deve se dar por mecanismos já estabelecidos no ordenamento jurídico com essa finalidade. Por exemplo, no plano do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm destacada atuação no desempenho dessa função. Como as PPPs dão origem a obrigações contratuais, o princípio da boa-fé objetiva também funcionará, aqui, como instrumento para definir as fronteiras entre a incidência da proteção jurídica e a dimensão meramente moral da diretriz.

IV.3 – *Indelegabilidade de funções exclusivas do Estado*

A diretriz tem por objetivo traçar linha entre as funções exclusivamente estatais e as delegáveis a particulares na celebração de PPP.

Cumprir destacar – como, aliás, fizemos notar no item II.4, nota de rodapé 12, e na nota de rodapé 17 deste item – que a Lei de PPP deixa intocada a linha, criada pela Constituição e desdobrada na legislação infraconstitucional, que separa as atividades atribuídas à Administração daquelas reservadas aos particulares.

No caso das concessões administrativas, permite-se a contratação sob uma nova estrutura econômico-contratual de serviços que já podiam ser contratados pela Administração junto aos particulares, nos termos da Lei 8.666/1993. No caso das concessões patrocinadas, trata-se de admitir que, na contratação de serviços públicos econômicos (cuja exploração já podia ser delegada a particulares sob a forma de concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF e das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995), a Administração (e não apenas o usuário) pague por uma parcela do serviço prestado. Portanto, a Lei de PPP em nada altera o conjunto das atividades que podem ser delegadas pela Administração aos particulares.¹¹⁰

¹⁰⁹. Eventualmente, o usuário direto é a própria Administração. Pode-se imaginar, por exemplo, a contratação de PPP na modalidade de concessão administrativa para construção, manutenção e operação de prédio público a ser utilizado para o funcionamento de órgão do Governo, de uma autarquia, de uma empresa pública etc. Nesses casos, as figuras do Poder Público e do usuário se confundem.

¹¹⁰. Em relação às atividades econômicas, tal linha é esboçada nos arts. 170 a 177 da CF. A partir desses dispositivos, é possível classificar a atividade econômica em *serviço público* (cuja exploração é atribuída ao Estado – art. 175) e em *atividade econômica em sentido estrito*, cujo exercício é acometido à livre iniciativa (art. 170). Os demais artigos estabelecem exceções, flexibilizações ou apanágios desses regimes. O art. 173, por exemplo, disciplina o exercício, em regime excepcional, pelo Estado de atividade econômica em sentido estrito; o art. 177 estabelece o monopólio estatal das atividades que enumera; o art. 174 disciplina a possibilidade de o Estado regular e fiscalizar a atividade econômica em sentido estrito. A

Dado que a Lei de PPP em nada alterou o quadro das atividades cuja prestação pode ser realizada por particulares, o objetivo da diretriz comentada é evitar que os regulamentos ou os contratos que decorram da Lei de PPP desborem dessa linha.

Vale chamar a atenção para o fato de o dispositivo se referir a indelegabilidade de todas as atividades exclusivas do Estado. As funções de regulação, jurisdicional e de exercício de poder de polícia são apenas exemplos, pinçados pelas suas relações próximas (e complexas) com o tema.

Parecem-nos mais pacificadas as questões que tocam à indelegabilidade da atividade de regulação e jurisdicional.

Quanto à indelegabilidade da atividade jurisdicional, a novidade na Lei de PPP, que provavelmente levantará discussões sobre o tema, é a possibilidade de uso da arbitragem nos contratos de PPP (art. 11, III, da lei).¹¹¹ Particularmente, as discussões devem se centrar sobre a constitucionalidade do dispositivo, em vista da eventual alegação de indisponibilidade dos interesses públicos envolvidos na execução de contratos de PPP. Comentaremos o assunto com mais vagar adiante, quando centrarmos atenção no citado artigo. Basta dizer, neste ponto, que a autorização para uso da arbitragem nos contratos de PPP está explícita no art. 11, III, da Lei de PPP. Por essa razão, não faz o menor sentido questionar com esse fundamento a validade do dispositivo, já que a lei é, por excelência, veículo de manifestação do que é o interesse público e, assim, instrumento que modela e conforma os limites da disponibilidade do interesse público – tudo isso, evidentemente, submetido aos ditames constitucionais.

Quanto à função de regulação, é difícil *a priori* divisar casos em que o contrato de PPP leve à transferência ilícita de função regulatória a entes privados. Especial cuidado é necessário na configuração dos contratos de PPP que envolvem serviços de provimento de infra-estrutura para a prestação de um serviço público – *v.g.*, no caso dos contratos para exploração da linha permanente de uma ferrovia. A operação da linha permanente implica necessariamente a prerrogativa de controlar a circulação (entrada, velocidade, destino e saída) de trens da linha. Ora, é preciso que os contratos sejam feitos de modo a que o parceiro privado encarregado da operação da infra-estrutura não termine por indiretamente regular a prestação do serviço ferroviário. Sua atividade deve ser executória das regras estabelecidas pela Administração – o que não significa dizer que se possa deixar ao parceiro privado margem para exercer julgamento e tomar decisões com base nas normas técnicas aplicáveis à situação, sob pena de se pôr em risco inclusive a segurança da prestação do próprio serviço.

Mas a questão que pode levantar mais dúvidas, no nosso entender, é a relativa à delegação de poder de polícia. No Direito brasileiro se tem firmado o entendimento de que são delegáveis as atividades-meio, preparatórias ou acessórias ao exercício do poder de polícia. Como se pode notar, a questão, nesse ponto, é saber qual é, exatamente, a essência, o cerne, do poder de polícia. A discussão é complexa e não pode ser resolvida em abstrato, sobretudo em vista das contínuas evoluções tecnológicas que tornam o exercício adequado do poder de polícia muitas vezes dependente do uso de equipamentos sofisticados.

Veja-se o exemplo das disposições contratuais cujo objetivo seja o monitoramento de vias públicas e detecção de veículos que desenvolvam velocidade acima da permitida – disposições, essas, que não são estranhas aos contratos de concessão comum já existentes. Propugnamos pela licitude de tais cláusulas na medida em que transferirem ao parceiro privado atividades que são instrumento para o exercício do poder polícia, como o monitoramento e eventual documentação por meio de fotografia dos veículos que estiverem praticando atos ilícitos. A emissão, entretanto, da multa deve ficar a cargo do Poder Público, vez que o ato que consubstancia a aplicação de punição não pode ficar a cargo de particulares.

IV.4 – A responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs

A estrutura econômica dos contratos de PPP traz à tona delicados problemas do ponto de vista da responsabilidade fiscal, eis que a celebração de contratos de PPP implica comprometimento, para pagamento das contraprestações públicas, de recursos públicos futuros (orçamentários ou de outra natureza).

Note-se que a estrutura econômica dos contratos que agora chamamos de PPPs foi concebida originariamente e disseminou-se pela Europa e pelo mundo por razões de natureza fiscal. Quando o Tratado de Maastrich impôs aos Estados da Comunidade Européia como meta o limite de 3,5 % do PIB de déficit público, os esforços se voltaram para aumento da participação privada nos investimentos em infra-estrutura, de modo a movê-los para fora do balanço (*off-*

Lei de PPP, evidentemente, em nada alterou esse desenho.

¹¹¹. Esta possibilidade é estendida às relações entre parceiro privado e o FGP – Fundo Garantidor de PPP, ente que garantirá as contraprestações da Administração Pública no programa de PPP do Governo Federal.

balance sheet). Essa estratégia, se adequadamente aplicada, permitiria avanço dos investimentos em infra-estrutura sem crescimento do comprometimento fiscal.

Os problemas que a aplicação dessa estratégia suscitaram ao longo da década de 1990 nos diversos países da Europa chamaram a atenção para a necessidade de adequada contabilização e registro das PPPs nas estatísticas fiscais.

A depender do sistema de distribuição de riscos adotado no contrato, podem restar com o Poder Público passivos contingentes. Em princípio, a alocação de riscos é uma questão de eficiência econômica e, na estruturação de um projeto, não se pode recusar a alocação de um dado risco ao Poder Público pelo simples fato de isso causar um passivo contingente.

Todavia, a existência de passivos contingentes pode colocar em risco a higidez fiscal de um dado ente. Por essa razão, quando a distribuição de riscos mais eficiente em um dado contrato implicar a geração de passivos contingentes para o Poder Público, o importante é que isso esteja adequadamente refletido na contabilidade pública, para evitar surpresas desagradáveis no futuro, de modo que o passivo, embora contingente, não reste oculto.

Além disso, é preciso evitar que as PPPs se tornem mecanismo alternativo aos controles incidentes sobre o endividamento público direto – ou, em outras palavras, evitar que as PPPs sejam meio de burla aos controles que limitam estoque de dívida e montante das despesas de capital e correntes dos entes públicos.

Com esse escopo, é conveniente vincular o benefício de se contabilizar a PPP *off-balance sheet* com a adequada transferência dos riscos dos empreendimentos à iniciativa privada. Isso porque, em tese, quanto mais riscos se puder transferir ao parceiro privado, menor será o risco fiscal que acompanha o projeto. No plano internacional, a principal tentativa de realizar essa vinculação é a metodologia desenvolvida pela Eurostat¹¹² (órgão encarregado dos registros estatísticos e contábeis na Comunidade Européia), que condicionou a contabilização *off-balance sheet* das PPPs à adequada transferência para o parceiro privado, em cada projeto, do risco de construção e mais um entre dois riscos: o de demanda ou o de disponibilidade do serviço. Note-se que essa diretiva tem sido extremamente criticada, pela sua generalidade e inadequação ao seu desiderato.

O inciso IV do art. 4^o da Lei de PPP exige a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias. Dado que a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira já estabelece uma série de mecanismos de controle e limites tanto para a criação de novas despesas (controle pelo fluxo de recursos – v.g., arts. 15 a 17 da LRF, o que internacionalmente é chamado de *pay as you go system*¹¹³) quanto para o endividamento (controle pelo estoque da dívida – arts. 29 e ss. da LRF), o ponto principal é garantir o enquadramento das PPPs em tais mecanismos, por meio da definição de regras adequadas para a contabilização e inserção das PPPs nas estatísticas fiscais, que permitam, outrossim, que se faça no Brasil a vinculação do benefício do enquadramento *off-balance sheet* à adequada transferência de riscos à iniciativa privada.

Mas essa explicação preliminar aponta para a questão de saber o que significa, do ponto de vista da contabilidade pública brasileira, o enquadramento *off-balance sheet* das PPPs. A resposta, em tese, é simples: significa dizer que os pagamentos públicos em PPPs não afetam o montante de dívida consolidada. Isso porque, como se verá no item XXV, o limite de endividamento se dá por uma proporção entre dívida consolidada líquida e receita corrente líquida.

Na medida em que a assunção de obrigações em contratos de PPP se configure como aumento da dívida consolidada, então, teremos o mesmo efeito do que os europeus tratam por contabilização *on-balance sheet*. Por outro lado, se não houver impacto na dívida consolidada, o efeito será o da contabilização *off-balance sheet*. O critério para saber quando uma operação de PPP deve, ou não, impactar o montante de dívida consolidada está estabelecido – ou pelo menos deveria estar – na Portaria 614, de 21.8.2006, da STN – Secretaria do Tesouro Nacional, que será comentada no item XXV.

A Lei de PPP, apesar de ter estabelecido uma série de procedimentos para viabilizar a realização das análises fiscais prévias à celebração de cada PPP (arts. 10 e 14, § 3^o, II), de ter estipulado limites de despesa com PPPs (arts. 22 e 28) e ter esboçado o enquadramento da celebração das PPPs nos controles fiscais já existentes para a criação de novas despesas (arts. 10, I, “b” e “c”), não apontou quaisquer critérios para a classificação contábil das contraprestações

¹¹². Cf. *Long Term Contracts between Government Units and Non-Government Partners (Public-Private Partnerships), Methods and Nomenclatures*, European Commission, Eurostat, Theme 2, *Economy and Finance*, 30.8.2004.

¹¹³. A expressão inglesa *pay as you go*, geralmente abreviada para *paygo*, quando utilizada em contexto relativo a questões de orçamento público, significa a necessidade de compensar aumentos de despesa com redução de outras despesas ou aumentos equivalentes de receita. As duas principais referências no plano internacional para a implementação do sistema de *pay as you go* foram o *Budget Enforcement Act*, do Senado americano, que esteve em vigência entre os anos 1990 e 2002, e o *Fiscal Responsibility Act*, da Nova Zelândia, de 1994. A Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira adotou, nos arts. 15 a 17, o sistema do *pay as you go*.

públicas. Aliás, o art. 25 deferiu à STN a criação do regulamento sobre a contabilização das PPPs, o que resultou na edição da portaria acima mencionada.

Há diversas outras questões relativas à celebração das PPPs que devem ser consideradas à luz da diretriz que estamos a comentar, apesar de a literatura sobre o assunto não lhes ter dado a devida importância. Uma delas é a definição do limite máximo da contraprestação pública, central para determinação do grau de exposição financeira da Administração. Há diversas formas de configuração da contraprestação pública, desde pagamentos de valor fixo ao longo de um período contratual até contraprestação variável, sob a forma, por exemplo, de garantia de demanda complementar à real (por exemplo, uma contraprestação que supra a diferença entre demanda real e a demanda estimada necessária para o equilíbrio do negócio).

Decerto que a exata configuração da contraprestação pública deve ser feita projeto a projeto, em vista das suas peculiaridades econômicas. Do ponto de vista da responsabilidade fiscal, o importante é definir os limites de exposição da Administração, de modo a evitar surpresas em relação aos valores originalmente calculados. Por isso, mesmo nos projetos nos quais seja conveniente ter contraprestação pública variável, o cumprimento da diretriz de responsabilidade fiscal requer que se estabeleça contratualmente o limite máximo da contraprestação pública, de maneira a que se possa limitar eventual passivo contingente decorrente da celebração da parceria.

A diretriz comentada toca também no tema da responsabilidade fiscal na execução das PPPs. A questão que nos parece inspirar mais cuidados dessa perspectiva é o problema das revisões contratuais e dos mecanismos para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro.

A relação entre responsabilidade fiscal e reequilíbrio econômico-financeiro está em que – ao contrário das concessões comuns, nas quais a realização das revisões contratuais pode implicar mudanças na tarifa, nos planos de investimentos ou no prazo da concessão – no caso das PPPs, além desses mecanismos, será possível alteração na contraprestação pública. Isso requer atenção especial, para que os controles e cuidados na celebração das parcerias não resembram vãos por conta de descuido nas revisões periódicas do contrato.

Com esse objetivo, o ponto de partida é cuidar, ao longo do processo de elaboração do contrato de PPP, para que os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro estejam bem delimitados, tanto quanto possível, de maneira que não terminem por atuar como instrumentos ocultos para devolver à Administração riscos que a princípio foram transferidos ao parceiro privado. Trataremos com mais vagar dessa questão por ocasião dos comentários ao art. 4º, VI, e ao art. 5º, III, abaixo. É recomendável, inclusive, delimitar já no contrato as condições em que a contraprestação pública poderá ser utilizada para recompor o equilíbrio do contrato.

Além disso, ao longo dos processos de revisão contratual, é preciso sopesar a conveniência de utilizar aumento da contraprestação pública como recurso para reequilibrar o contrato. Assim como a cobrança de tarifas leva a uma internalização de custos por aqueles que utilizam o serviço – e, por isso, dessa perspectiva, realiza justiça distributiva –, a transferência para a contraprestação pública dos custos da PPP leva a que todos (os contribuintes) paguem mais por serviço que alguns (os usuários) usufruem. Logo, do ponto de vista da justiça distributiva, o repasse de eventual aumento de custos para as tarifas é mais razoável que o aumento da contraprestação pública. Muitas vezes, obviamente, os usuários são incapazes de suportar esse aumento de custos, e pode ser de interesse da Administração subsidiar o serviço, por exemplo, para possibilitar desenvolvimento da região. Nessas situações, convém reequilibrar o contrato por meio da modificação da contraprestação pública.

Outra questão a requerer consideração, ainda quanto ao tema da responsabilidade fiscal ao longo das revisões contratuais, é o problema do arranjo institucional necessário para se implementar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio de aumento da contraprestação pública. No âmbito do Governo Federal, por exemplo, a definição da contraprestação pública (i) na fase inicial de modelagem do projeto antes de sua licitação ou (ii) durante o procedimento de reequilíbrio do contrato que leve ao aumento ou diminuição de seu montante tem aspectos financeiros e de riscos fiscais que interessam diretamente aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Assim, num eventual reequilíbrio do contrato por meio de alteração do valor da contraprestação, esses órgãos deveriam ser envolvidos, o que implica criar um arranjo institucional distinto da prática atual, na qual Ministérios ou Agências Reguladoras contratantes decidem isoladamente o instrumento a ser utilizado para recompor o equilíbrio do contrato.¹¹⁴

Vale notar, nesse ponto, que a realização das revisões contratuais em diversos setores econômicos é prerrogativa

¹¹⁴. Em princípio, a ausência dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão nos procedimentos de reequilíbrio em contratos de concessão comum justifica-se pelo fato de não haver risco fiscal envolvido, uma vez que não há assunção de obrigações pecuniárias pela União. A modificação do prazo contratual, dos investimentos ou do valor tarifário não causa impacto fiscal direto.

das Agências Reguladoras. Ora, dadas a natureza e as competências das Agências Reguladoras, não faz qualquer sentido supor terem elas poderes de disposição sobre recursos orçamentários.¹¹⁵ É, entretanto, questão ainda sem solução a exata relação entre os órgãos criados para a gestão dos programas de PPP e Agências Reguladoras no que concerne à revisão dos contratos de PPP. No plano do Governo Federal parece-nos que a competência constante do art. 14, IV, combinada com a do art. 15, especialmente seu parágrafo único, permitiria interação entre os órgãos para esse fim. O assunto, entretanto, está pendente de adequada regulamentação.

IV.5 – Transparência na celebração das PPPs

A diretriz ora comentada requer que se permita acesso, por parte de quaisquer interessados, pelos mecanismos já previstos em lei e nos regulamentos, ao conteúdo dos atos praticados nos procedimentos administrativos e decisões que concernem às PPPs. E disso decorrem apanágios que tocam, inclusive, outros princípios da Administração Pública.

O primeiro deles refere-se ao princípio da publicidade dos atos da Administração. O mero cumprimento de tal princípio, por si, já constitui atualização da diretriz comentada.

Além disso, parece-nos essencial também, para cumprimento da diretriz comentada, a motivação dos atos administrativos praticados, especialmente aqueles que envolvem decisões discricionárias.

O terceiro é a necessidade de, sempre que as decisões afetarem direitos dos administrados, instalar procedimento que permita o contraditório. É certo que, dada a necessidade de prevenir prejuízos doutra forma inevitáveis, a Administração poderá adotar decisões e só depois instaurar o contraditório.

Uma discussão interessante em relação às PPPs é sobre o grau de publicidade das informações e dos conhecimentos produzidos pelos estudos necessários à implementação de um projeto desse tipo.

Note-se que, dada a assimetria de conhecimento entre os potenciais parceiros privados sobre o negócio que envolve uma determinada PPP, a divulgação pelo Poder Público, por exemplo, das avaliações financeiras e análises de sensibilidade prévias que realizou, inclusive para tomada de decisão sobre a conveniência da contratação de PPP, pode terminar balizando os preços dos parceiros privados, em prejuízo do próprio Poder Público e dos usuários do serviços, que eventualmente poderão pagar, por essa circunstância, preço mais alto pela prestação do serviço.

Por essa razão, o princípio da transparência em relação à divulgação ao público desses estudos e análises deve ser lido *cum grano salis*, especialmente quando se tratar de projeto em setor da economia pouco competitivo, e cuja experiência e dados disponíveis demonstrem ser o setor afeito a conluíus nos certames licitatórios.

Por outro lado, a Administração pode entender que a melhor forma de incitar a mais ampla participação na licitação e atrair empresas internacionais para o mercado brasileiro é disponibilizar ao público toda a informação produzida sobre o projeto.

As melhores práticas internacionais apontam para a divulgação de todos os estudos técnicos, sobre demanda, engenharia, ambientais, de maneira a prover os potenciais parceiros privados com a melhor informação sobre as condições fáticas do projeto. Doutra lado, há tendência no plano internacional de não se dar a público os relatórios que estabelecem as premissas e consubstanciam os resultados da avaliação financeira do projeto, tampouco o modelo econômico-financeiro (as planilhas, fórmulas etc.) utilizado. Essa tendência decorre da já mencionada percepção de que a assimetria de avaliação do projeto pelos potenciais parceiros privados pode ser benéfica para o Poder Público. A divulgação de tais relatórios e modelo poderia criar âncora que amainasse a agressividade de potenciais parceiros privados na avaliação do projeto.

Qualquer uma das opções mencionadas – a divulgação de todos os estudos ou apenas dos estudos técnicos –, desde que justificada, não viola, de forma alguma, a disposição do art. 21 da Lei 8.987/1995, que requer a disponibilização ao público dos estudos, investigações, projetos e levantamentos de utilidade para a licitação. Evidentemente, o objetivo da licitação é a obtenção do melhor preço para o Poder Público e para o usuário. Ora, se a disponibilização de determinada informação pode enviesar a formação do preço, não faz sentido torná-la pública. Vale aqui o princípio *ubi eadem ratio, ubi eadem dispositio* – ou seja, o que está de acordo com a razão da lei está de acordo com a lei. De qualquer modo, todas as informações devem ser mantidas de forma organizada no processo administrativo e ser disponibilizadas aos órgãos de controle.

Por outro lado, havendo qualquer risco de “vazamento” das informações confidenciais, o ideal é que elas sejam dadas a público imediatamente. O acesso a tais informações apenas por um ou alguns dos potenciais parceiros privados viola um outro princípio subjacente à exigência de licitação e à redação do art. 21 da Lei 8.987/1995: a isonomia de

¹¹⁵ Isso é verdadeiro também em relação às receitas decorrentes do pagamento de ônus pela outorga. Não podem as Agências Reguladoras dispor sobre o valor do ônus da outorga independentemente da consulta aos órgãos relativos à área econômica do Governo.

tratamento dos administrados.

IV.6 – A repartição de riscos nas PPPs

A literalidade da diretriz constante do inciso VI do art. 4º é clara. Exige a repartição de riscos de maneira a reduzir tanto quanto possível o âmbito das dúvidas sobre o assunto. Clama por projetos bem modelados¹¹⁶ e por contratos de PPP bem escritos.¹¹⁷

A repartição objetiva dos riscos apresenta-se como um fator fundamental para precificação adequada pelo parceiro privado dos riscos envolvidos na implementação do projeto.

Quanto mais confusa a repartição de riscos, mais elevado o preço que o parceiro privado cobrará para a implementação do projeto, porque a dúvida sobre a quem é atribuído um dado risco leva o parceiro privado a considerá-lo, para efeito da definição do seu preço, como dele.¹¹⁸

Quando se trata da análise da distribuição de riscos e precificação de contratos de médio ou longo prazos, a iniciativa privada tende a ser conservadora. Por essa razão, o cumprimento da diretriz sob comento afeta diretamente o preço pelo qual os potenciais parceiros privados estão dispostos a prestar o serviço ao usuário e à Administração Pública.¹¹⁹

Do ponto de vista do Poder Público, uma outra questão tem importância essencial: o esforço de coibir ou minimizar a existência de mecanismos ocultos ou implícitos de distribuição de riscos. Essa preocupação deve incidir especialmente sobre a definição dos critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois, a depender da forma como eles forem configurados, riscos que foram transferidos no corpo do contrato para os parceiros privados podem retornar para a Administração Pública. Cabe mencionar, como exemplo, a definição da TIR – Taxa Interna de Retorno do negócio como critério único para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro em um contrato que transfere o risco de demanda do serviço para o parceiro privado.¹²⁰ Ora, se a TIR for o único critério para o reequilíbrio

¹¹⁶. Pesquisa realizada na Inglaterra demonstra que 60% dos ganhos obtidos com a contratação de PPPs em comparação às formas tradicionais de implantação dos empreendimentos provêm da adequada partição de riscos (cf. *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative – A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE, Commissioned by The Treasury Taskforce*, 17.1.2000).

¹¹⁷. Marcos Barbosa Pinto, em artigo, em vários aspectos, pioneiro entre nós sobre distribuição de riscos em contrato de PPP e concessões, constata o seguinte: “Em geral, nossos contratos tratam de repartição de riscos de forma sumária, muitas vezes relapsa. Resolve-se a questão, normalmente, mediante aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujas diretrizes conformadoras estão fixadas em lei, mas cuja aplicação prática é feita pelo Judiciário a cada caso, com o auxílio da doutrina acadêmica” (“Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, p. 158).

¹¹⁸. Na teoria econômica tem sido amíúde referido o fenômeno da *adverse selection* (“seleção adversa”). A seleção adversa ocorre quando, por exemplo, uma empresa no setor securitário, por falta de informação sobre as características de um cliente, utiliza, na definição do preço do prêmio, uma média dos riscos envolvidos na contratação com clientes com igual perfil. Isso torna, na prática, o preço do contrato mais caro do que deveria ser para o cliente que, na realidade, oferece o menor risco, e mais barato para o cliente que oferece o maior risco.

No caso dos contratos de concessão, como se exige, geralmente, a criação de uma SPE, não há propriamente a ocorrência de seleção adversa, pois, evidentemente, a SPE é signatária de apenas um contrato de concessão, não havendo, portanto, a possibilidade de precificar os riscos por uma média extraída do comportamento de um portfólio de clientes. Com efeito, a prática corrente no caso das concessões é que a falta de informação sobre os riscos envolvidos leve os potenciais concessionários a supor, para definição do seu preço, o cenário mais pessimista (concordando com essa percepção, cf. Marcos Barbosa Pinto, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, p. 161). Isso faz com que a outra parte pague preço no qual está embutido o custo do cenário mais pessimista, mesmo que ele não ocorra. Cabe, por fim, notar que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é um dos principais instrumentos para evitar esse fenômeno. Como o Poder Público controla o valor da tarifa e pode mudar o plano de investimentos previsto no contrato, é preciso a estipulação de alguma sorte de garantia que evite seleção adversa por consequência da suposição pelo parceiro privado da utilização oportunística pelo Poder Público do controle sobre as tarifas e sobre o plano de investimentos.

Somos gratos a Gustavo Sampaio Valverde pela percepção da relação entre a teoria relativa à seleção adversa e a situação acima descrita relativa à contratação de PPP.

¹¹⁹. Concordando com esse assertiva, cf. Marcos Barbosa Pinto (“Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, p. 158), do qual se destaca o seguinte: “(...) as empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr: via de regra, elas presumem que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas financeiras. A incerteza na alocação de riscos tem, portanto, um custo, e ele é pago por todos nós”.

¹²⁰. É interessante notar que, caso seja intenção do Poder Público mitigar ou assumir parcela do risco de demanda, existem diversos mecanismos já disponíveis na experiência internacional sobre o assunto. Apenas como referência, vale citar o mecanismo adotado no caso da rodovia M-5, na Hungria, no qual o Poder Público disponibilizou uma *standby loan facility* que permite à concessionária, Aka Rt, controlada pela Bouygues S/A, ter acesso a empréstimos subordinados (*subordinated loans*), pagáveis apenas após a dívida principal (*senior debt*), no caso de o projeto não gerar os níveis de receita originalmente estimados. No caso específico, como nos primeiros nove anos do projeto as receitas ficaram aquém da estimativa inicial, o mecanismo foi posto em uso. Note-se que se trata de um contrato de BOT por 35 anos. O prazo longo dá viabilidade ao repagamento da dívida subordinada (cf. European Commission – Directorate-General Regional Policy, *Resource Book on PPP Case Studies*, junho/2004). No Brasil, se houver intenção do Governo Federal de utilizar um sistema desse tipo, parece-nos que o BNDES estaria capacitado, técnica e institucionalmente,

econômico-financeiro do contrato, então, o risco de demanda estará, se não totalmente, pelo menos parcialmente transferido para os usuários ou para a Administração Pública, já que uma queda dos níveis de demanda vai necessariamente afetar a TIR do negócio.¹²¹

Um problema freqüente em contratos de concessão comum é a reivindicação pelos parceiros privados da aplicação dos parâmetros estabelecidos para o reequilíbrio econômico-financeiro previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993. O entendimento é completamente equivocado, e só prosperou em alguns casos por completo desentendimento dos atores envolvidos (ora a Administração, ora o Judiciário) da lógica econômica das concessões de serviço público. Trataremos desse tema com mais vagar nos comentários ao art. 5^o, III, abaixo.

Por ora, basta dizer que a Lei de PPP cria um ambiente jurídico com condições – por assim dizer – privilegiadas para a realização de contratos com critérios claros e objetivos de distribuição de risco, na medida em que, claramente, seu art. 5^o, III, afasta a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/1993.

Por derradeiro, vale dizer que a expressão “repartição de riscos” não implica compartilhamento de riscos, no sentido de que um mesmo risco tenha que ser dividido entre as partes. Ou seja, é perfeitamente possível que um determinado risco seja alocado inteiramente a uma das partes. Também é possível seu compartilhamento, em qualquer proporção. A Lei de PPP não faz qualquer opção pelo compartilhamento de riscos, até porque se trata de questão eminentemente de eficiência econômica, e não axiológica.¹²²

Não há, pois, que se alegar a necessidade de compartilhar todos os riscos pelo fato de se tratar de uma “parceria”. Seria um completo disparate, justificado apenas pela incompreensão do regime jurídico de um contrato de PPP. Parceiros público e privado não são sócios, como os de uma sociedade empresarial, sujeitos aos mesmos riscos de sucesso do empreendimento e que, portanto, naturalmente compartilham os riscos na proporção de sua participação no capital social.

A PPP é um contrato administrativo entre duas partes; não uma sociedade empresarial. Num sentido amplo de PPP, referido no item I da “Introdução” do presente trabalho, poder-se-ia cogitar de sociedade com participações acionárias do Poder Público e de parceiros privados como uma forma de PPP. Na tradição européia costuma-se, inclusive, distinguir as PPPs contratuais das institucionais, cabendo esse modelo de sociedade, com participação acionária dos setores público e privado, no último conceito.¹²³ Essa não foi a opção da Lei 11.079/2004, que chama de

para realizá-lo.

¹²¹. Marçal Justen Filho, no seu *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos* (item VII.10.4, pp. 391-392), ao dissertar sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, enuncia que: “O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro vai a ponto de reduzir risco que no plano da contratação privada seria arcado por um dos contratantes. Ressalte-se que não se trata, simplesmente, de beneficiar o particular pela eliminação dos riscos que poderiam afetá-lo. Elimina-se *bilateralmente* o risco. Significa que não se suprime apenas o risco da Administração Pública ou exclusivamente o risco do particular”.

Essa assertiva não nos parece proceder. Em primeiro lugar porque os riscos são eventos da realidade, e não criações do plano normativo. Vale, portanto, em relação aos riscos, aquilo que Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, falava em relação ao fogo: queima aqui, como acolá. Isso ocorre independentemente das expectativas humanas, da disciplina normativa que se faça incidir sobre ele. O máximo que as normas, que os contratos, podem fazer em relação aos riscos é distribuí-los, atribuí-los. Ou seja, estabelecer quem arcará com as consequências deste ou daquele risco, desta ou daquela ocorrência. Se assim é, não faz sentido falar em “eliminação bilateral do risco”, pois dizer-se que um risco foi eliminado para uma das partes significa apenas que ele foi transferido para a outra parte, ou para um terceiro, que terá que arcar com as consequências do evento.

A verdadeira questão em relação a esse assunto é saber em que medida se justifica economicamente manter o risco com o Poder Público ou o usuário (que arca com ele, por exemplo, quando o evento resulta em aumento das tarifas), ou, ainda, transferi-lo ao parceiro privado, pois este, certamente, cobrará um preço pela assunção do risco. Ainda que a precificação de riscos muitas vezes não seja algo trivial – sobretudo em um contexto como o nosso, em que a Administração Pública padece à míngua de uma cultura riscológica –, o exercício a ser feito pelo gestor público é determinar, à vista dos custos para assunção dos riscos pelos potenciais parceiros privados, quais devem ser transferidos e quais devem ficar no âmbito do Poder Público e do usuário.

O equívoco do Mestre paranaense, *data venia*, provém da indistinção, no plano das suas elaborações sobre o assunto, do sistema de distribuição de riscos (qual parte arcará com as consequências, boas ou ruins, esperadas ou não, de cada evento) e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto instrumento para adequada manutenção da partilha de riscos originalmente pactuada. Esse equívoco é comum nos meios jurídicos, sobretudo nos influenciados pela mais clássica doutrina do direito administrativo francês, cuja interpretação corrente entre nós leva a dois erros, que produzem consequências gravosas para a eficiência da contratação e execução do contrato administrativo. O primeiro é a interpretação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro como um postulado ético-jurídico, desvinculada da sua justificativa econômico-jurídica. O segundo é a visão de que o equilíbrio econômico-financeiro se dá de maneira estática, pelo conjunto de prerrogativas e encargos do concessionário, sem se dar conta, muitas vezes, de que prerrogativas e encargos são, amiúde, atribuições de riscos. Essa visão estática da avença muitas vezes tem por efeito ressaltar os concessionários, ao longo da execução do contrato, de determinados riscos que eles assumiram claramente no contrato, precificaram na origem, cobraram nas suas propostas, e, por consequência de uma visão algo tradicional sobre a idéia de equilíbrio econômico-financeiro, a conta (da ocorrência do sinistro relativo ao risco) retorna para o Poder Público e/ou para o usuário.

¹²². Concordando com esse entendimento e relacionando a questão com o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da CF, cf. Marcos Barbosa Pinto, “Repartição de riscos nas parcerias público-privadas”, *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, pp. 165-181.

¹²³. Um exemplo típico de PPP institucional é a Scottish Water Solutions, com 51% do capital detido pela Scottish Water Authority e o restante

PPP os contratos de concessão administrativa e patrocinada, embora não esteja impedida a participação acionária da Administração na SPE¹²⁴ contratada como parceiro privado.¹²⁵

Em nada afeta esse entendimento a visão – recentemente desenvolvida, sobretudo na doutrina francesa do direito administrativo – de que o contratado da Administração Pública deve ser visto como um colaborador seu, e não como alguém cujos interesses são conflitantes com os da Administração. Note-se que é a percepção do contratado e dos seus investidores e financiadores como colaboradores da Administração que justifica, por exemplo, a adoção, pela Lei de PPP, e, mais recentemente, a inserção na Lei de Concessões, do instituto dos *step-in rights*, que utiliza a confluência de interesses entre a Administração e os financiadores da SPE para permitir a assunção de controle da concessionária, reestruturação e venda do controle por seus financiadores. A visão do contratado enquanto colaborador, em relação ao assunto acima mencionado, deve levar à definição de matriz de riscos que maximize a eficiência do contrato, de maneira que a colaboração seja a mais profícua, para ambas as partes, usuários e sociedade.¹²⁶

IV.7 – Sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas das PPPs

A diretriz prevista no inciso VII do art. 4º realiza sobreposição à diretriz constante do inciso I, que trata da eficiência no cumprimento das missões do Estado e no aproveitamento dos recursos da sociedade, eis que, evidentemente, na avaliação da eficiência da contratação da PPP devem ser consideradas as vantagens sócio-econômicas que dela decorrem.

Por outro lado, ao mencionar a sustentabilidade financeira, o dispositivo toca em tema de fundamental importância: a verificação da capacidade da Administração de cumprir, no médio e longo prazos, as obrigações previstas no contrato.¹²⁷ Os estudos de natureza fiscal exigidos pela lei (art. 10 e art. 15, § 3º, II) para realização de PPP cumprem a função de verificar o impacto da celebração da PPP nas finanças do órgão contratante. A adequada realização de tais estudos atualiza, portanto, a diretriz no que concerne à verificação da sustentabilidade financeira da PPP.

Quanto às vantagens sócio-econômicas da realização dos projetos de parceria, já tratamos com mais vagar o tema, inclusive em comparação com o problema dos custos da parceria, por ocasião dos comentários ao inciso I do presente artigo.

Capítulo II

Dos Contratos de Parceria Público-Privada

Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

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

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

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

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

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

dividido entre dois consórcios privados (cf. <http://www.scottishwatersolutions.co.uk>).

¹²⁴. O art. 9º, § 4º, da Lei 11.079/2004 veda apenas que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante da SPE.

¹²⁵. Para o quê seria necessária a obediência do regime legal incidente sobre a participação da Administração no capital de empresas privadas.

¹²⁶. Como contraponto à idéia de que o parceiro privado possa ser um “colaborador” da Administração, considerando, especialmente, a complexidade dos atores envolvidos nas parcerias, os seus papéis institucionais e as suas escolhas estratégicas, v. Erik-Hans Klijn e Geert R. Teisman, “Institutional and strategic barriers to public-private partnership: an analysis of dutch cases”, *Public Money & Management*, pp. 137-146.

¹²⁷. Os ingleses chamam isso de *affordability analysis*, que se destina a verificar se o ente contratante tem condições de pagar pela PPP. A realização desse tipo de análise é parte do assim chamado *gateway system*, que é o procedimento estabelecido pelo Governo inglês para checar a adequação do projeto para a implantação sob a forma de PPP, bem como a qualidade dos documentos e estudos relativos ao projeto.

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

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

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

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

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

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

§ 2^o. Os contratos poderão prever adicionalmente:

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

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

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

V – Conteúdo dos contratos de PPP: V.1 – Prazo dos contratos de PPP e a sua relação com a amortização dos investimentos. V.2 – As PPPs e as penalidades contratuais. V.3 – A distribuição de riscos nos contratos de PPP: V.3.1 – Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro. Conceito e “ratio” econômica. V.3.2 – O tratamento legal da distribuição de riscos e do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos. V.4 – As formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais: V.4.1 – Os reajustes tarifários. V.4.2 – As revisões contratuais. V.5 – A preservação da atualidade dos serviços. V.6 – A inadimplência do parceiro público. V.7 – Os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado. V.8 – As garantias de execução do contrato. V.9 – Compartilhamento de ganhos decorrentes da queda do risco de crédito: V.9.1 – Uma visão perfunctória do tratamento do tema na Inglaterra: V.9.1.1 – Origens da discussão. V.9.1.2 – O que caracteriza o refinanciamento no programa de PFI. V.9.1.3 – Cálculo, compartilhamento, pagamento dos ganhos com refinanciamento em projetos de PFI. V.9.2 – O inciso IX do art. 5^o e as suas diferenças para o refinanciamento nos contratos de PFI. V.10 – Vistoria em bens reversíveis e retenção de valores. V.11 – A atualização automática dos valores contratuais. V.12 – Direito de assunção de controle da sociedade de propósito específico (SPE) pelos financiadores (“step-in rights”): V.12.1 – Financiamento na modalidade de “project finance”. V.12.2 – Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do financiador. V.12.3 – Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do Poder Público. V.12.4 – Possibilidade de inexigibilidade de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para o exercício do direito de entrada do financiador: V.12.4.1 – Capacidade técnica. V.12.4.2 – Idoneidade financeira. V.12.4.3 – Regularidade fiscal e jurídica. V.12.5 – A transferência para terceiro do controle assumido pelo financiador. V.12.6 – Sucessão nas obrigações do controlador. V.12.7 – Compatibilidade do direito de entrada do financiador com o Direito brasileiro: V.12.7.1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.946. V.12.8 – Considerações finais sobre o direito de assunção de controle da SPE pelos financiadores. V.13 – A emissão do empenho em nome dos financiadores. V.14 – Legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato e dos pagamentos a serem realizados pelos garantidores.

V – Conteúdo dos contratos de PPP

O dispositivo exige que os contratos de concessão administrativa ou patrocinada atendam às exigências constantes do art. 23 da Lei 8.987/1995, o qual estabelece as cláusulas essenciais dos contratos de concessão comum.

Emerge do *caput* do art. 5^o o problema de determinar quais são os dispositivos do art. 23 da Lei 8.987/1995 cuja aplicação deve ser afastada, por descabimento em relação às PPPs. A expressão, obviamente, não pode ser entendida como “cheque em branco” a conferir ao intérprete opção a respeito da aplicabilidade, ou não, de exigências previstas no

art. 23. Permite apenas o afastamento de dispositivos que, por circunstâncias abstratas, decorrentes da natureza das PPPs, ou concretas, relativas às especificidades de cada projeto, não devam ser aplicados às PPPs.

Por exemplo, em relação às concessões administrativas, será comum não se aplicar o inciso VI do art. 23, o qual exige a previsão dos direitos e deveres do usuário para obtenção e utilização do serviço. Ora, em muitos casos a usuária única da concessão administrativa será a própria Administração. Nessas hipóteses, a coincidência entre a pessoa do concedente e a do usuário torna completamente sem sentido a aplicação do conjunto de proteções que a lei prevê para o usuário do serviço.

Além disso, circunstâncias que se realizam no caso concreto e que decorrem das especificidades de um dado contrato de PPP podem exigir o afastamento de dispositivos previstos no art. 23.¹²⁸ É difícil, entretanto, especificar ou enumerar *a priori* quais seriam essas circunstâncias, de maneira que ficará à atividade prudencial dos aplicadores e comentadores do Direito defini-las.

Asseveremos, entretanto, que a flexibilização das exigências previstas no art. 23 deve ser, em todo caso, justificada. Isso como decorrência, de um lado, do princípio da legalidade e, doutro lado, da exigência (de técnica de aplicação do Direito) de dar a maior eficácia possível tanto à remissão ao art. 23 quanto à expressão “no que couber”. Além disso, incide aqui o princípio da necessidade de motivação dos atos administrativos.

Por fim, é preciso assinalar que a expressão “devendo também prever” torna obrigatória a previsão nos contratos de PPP de disposições sobre todos os temas enumerados nos incisos a seguir comentados, a não ser, evidentemente, nos casos em que, em vista de características específicas do projeto, não faça sentido a sua previsão.

V.1 – Prazo dos contratos de PPP

e a sua relação com a amortização dos investimentos

Em uma leitura superficial, o inciso I do art. 5^a parece apenas determinar o prazo mínimo, de 5 anos,¹²⁹ e o máximo,¹³⁰ de 35 anos, dos contratos de PPP. Extremamente relevante no dispositivo é a expressão “compatível com a amortização dos investimentos realizados”. A seguir tecemos anotações sobre os prazos dos contratos de PPP e, depois, dissertamos com vagar sobre a expressão citada.

Quanto ao prazo mínimo de 5 anos, remetemos o leitor aos comentários ao inciso I do § 4^a do art. 2^a, que minudenciam a razão da exigência de prazo mínimo de 5 anos. O estabelecimento de prazo máximo de 35 anos tem por objetivo evitar a celebração de contratos tendentes à perpetuidade – como, aliás, já ocorreu recentemente no Brasil.¹³¹

¹²⁸. Por exemplo, o parágrafo único do art. 23 exige, para os casos de concessão precedida de obra, a previsão no contrato dos cronogramas físico-financeiros de execução das obras. Caso o contrato de PPP seja focado na produção de resultados, não faz sentido exigir cronograma físico-financeiro. O custo da execução da obra correrá por conta do parceiro privado. Como o pagamento só poderá ser feito pela disponibilização ou prestação do serviço, não há sentido em vincular valores financeiros ao cronograma físico da obra. O melhor desenho em contratos de PPP é o focar nas obrigações de *performance* do parceiro privado. Ou seja, estipular indicadores de resultado do serviço de maneira que o exato cronograma esteja vinculado à efetividade da demanda e o valor das obras seja risco do parceiro privado.

Imagine-se, como exemplo, uma situação em que o Poder Público contrata o projeto, financiamento, construção, operação e reversão (ao final do contrato) de uma obra de arte rodoviária – por exemplo, uma ponte. O negócio é estruturado como pedágio-sombra (*shadow toll*), ou seja, uma concessão administrativa na qual o pagamento pela Administração ao concessionário é realizado com base na demanda efetiva pelo serviço. O contrato poderia prever a exigência de disponibilização de capacidade inicial de tráfego “x” e possibilidade de aumento da capacidade de tráfego da ponte todas as vezes que o fluxo médio de veículos por dia ou nos horários de pico atingisse um determinado nível, de modo a sempre evitar congestionamentos ao longo do prazo de execução do contrato. A obrigação do parceiro privado, nesse caso, seria a de disponibilizar ponte apta a manter tal ou qual fluxo diário ou nos horários de pico, com condições para os veículos desempenharem velocidade média de “y”. E o pagamento público poderia ser vinculado a indicadores de resultado vinculados a essa obrigação, combinados com o cumprimento de índices de serviço relativos ao pavimento e à infra-estrutura do corpo estradal. Em contrato com esse desenho talvez não faça sentido estabelecer um cronograma físico-financeiro das obras antes da licitação. Eventualmente poderia ser necessária a previsão de um cronograma físico da obra inicial. A apresentação do correspondente cronograma financeiro poderia ser exigida do parceiro privado na licitação e integrar depois o contrato como seu anexo. Além disso, não faria qualquer sentido prever o cronograma físico-financeiro das demais obras, daquelas a serem realizadas a depender dos aumentos de fluxo. Daí que, no caso descrito, a interpretação da exigência do inciso I do parágrafo único do art. 23 deve ser qualificada pela expressão “no que couber”, de maneira a lhe conferir flexibilidade.

¹²⁹. Note-se que a previsão do prazo mínimo é redundante em relação ao previsto no § 4^a do art. 2^a, que estabelece vedação a contrato de PPP com prazo inferior a cinco anos.

¹³⁰. No qual são incluídas eventuais prorrogações.

¹³¹. No setor ferroviário, por exemplo, vale mencionar o abuso existente de contrato de concessão celebrado por 90 anos com a Ferronorte S/A – Ferrovias Norte do Brasil. Aliás, nem mesmo do ponto de vista econômico tal extensão de prazo faz sentido. Ainda que a amortização dos investimentos em infra-estrutura demande prazos longos, faz mais sentido celebrar contratos por prazos menores (por exemplo, 30 anos), prevenindo eventual pagamento de indenização ao concessionário por ocasião da extinção do contrato, caso o investimento em infra-estrutura não esteja amortizado. É preciso ter claro que a extensão de prazo de um contrato qualquer, a partir de um determinado ponto, agrega muito pouco valor ao

Antes da Lei de PPP não havia no marco legal geral sobre concessões (nem na Lei 8.987/1995, nem na Lei 9.074/1995¹³²) prazo máximo para os contratos de concessões em geral. Entendia-se ser melhor prever tais limitações nas leis setoriais.

A Lei de PPP, contudo, contrariou esse entendimento, por duas razões. A primeira, para evitar alguns abusos que ocorreram no Brasil ao longo do processo de concessões dos anos 90. A segunda é a conveniência de limitação de prazo em contratos que envolvem pagamento público, para definição do horizonte máximo de comprometimento de recursos futuros.

Quanto à exigência de consistência entre o prazo do contrato e o de amortização dos investimentos, em primeiro lugar, é preciso lembrar que não significa necessidade de amortizar integralmente o investimento no prazo do contrato. Certamente, apesar de isso ser, em princípio, desejável (pois internaliza no preço cobrado dos usuários e do Poder Público os custos de toda a vida útil dos ativos envolvidos na prestação do serviço), nem sempre será viável ou conveniente. Aliás, a interpretação a seco dessa exigência de compatibilidade pode inviabilizar a realização de PPP em casos em que sua celebração é evidentemente eficiente, com óbvios benefícios para o Poder Público e para o usuário – o que iria de encontro ao significado de diversas diretrizes e regras previstas na Lei de PPP.¹³³

Por isso, entendemos que a menção à compatibilidade entre prazo do contrato e amortização dos investimentos deve ser entendida como diretriz cuja força há de ser avaliada em vista das peculiaridades do caso concreto e em cotejo com as demais diretrizes, princípios e regras que incidem sobre as PPPs.

Eventual impossibilidade de amortizar o investimento no prazo de 35 anos deve levar à previsão de indenização pelo Poder Público do valor não amortizado por ocasião da extinção do contrato de PPP.

Mesmo quando for possível a amortização do investimento em um prazo de 35 anos de contrato, em muitos casos será mais eficiente a celebração de contratos mais curtos, ainda que resultem em previsão de indenização pela Administração ao parceiro privado dos investimentos não amortizados por ocasião da extinção do contrato.

Mecanismo interessante para lidar com esse tipo de situação foi o empregado na Ponte de Messina, conhecida como *Stretto di Messina*, que é o projeto de uma ponte entre a Calábria e a Sicília. Lá, celebrou-se contrato de PPP que previa a opção de a Administração relincar o contrato antes do seu prazo final. As novas licitações utilizariam como critério o maior pagamento pela outorga, que seria utilizado para indenização do total ou de parcela (o restante seria pago diretamente pela Administração) do valor não amortizado do investimento realizado pelo parceiro privado anterior.¹³⁴⁻¹³⁵

Esse sistema, portanto, estreita os prazos entre as licitações. Possibilita celebrar contratos relicitáveis antes da amortização do total do investimento. Ora, isso é extremamente conveniente para o Poder Público especialmente em

negócio. Isso porque o valor presente das receitas muito distantes no tempo tende a zero, e, portanto, essas receitas não criam atrativo ao setor privado. Se, por um lado, o estabelecimento de prazos contratuais extremamente longos não agrega valor relevante ao negócio, por outro, cria amarras ao setor público, dificulta-lhe, no longo prazo, modificações na política setorial e lhe retira a chance de se beneficiar mais frequentemente das pressões concorrenciais geradas pelo procedimento licitatório (cf. Michael Klein, “Rebidding for concessions”, in World Bank, *Public Policy for the Private Sector*, Note 161).

¹³². Constam da Lei 9.074/1995 dispositivos que se aplicam às concessões em geral e dispositivos específicos sobre o setor elétrico. Na parte aplicável às concessões em geral, não há previsão de prazos máximos para os contratos de concessão. Há, contudo, definição de prazos máximos para os contratos relativos ao setor elétrico.

¹³³. A interpretação rígida do dispositivo que vincule prazo do contrato a prazo de amortização não se dá conta de que eventos posteriores à emissão da outorga podem impactar a amortização, mesmo nos casos em que há disposição contratual exigindo, inclusive para efeitos tributários, a amortização do total dos investimentos no prazo do contrato. Veja-se, como exemplo de modificação do prazo de amortização do investimento por eventos imprevistos posteriores à celebração do contrato, o caso da Dulles Greenway, rodovia de 14 milhas, com acesso pedagiado, entre o Leesburg e a rodovia que liga o Rodoanel de Washington, DC, ao Aeroporto de Dulles, na qual, devido à insuficiência das receitas para a adequada remuneração do parceiro privado, estendeu-se em 20 anos o prazo da concessão. Originalmente, o contrato tinha seu termo em 2036; agora, em 2056 (cf. www.fhwa.dot.gov/ppp/case_studies.htm e <http://www.dullesgreenway.com>).

¹³⁴. Com essa estrutura contratual permite-se que os ganhos futuros de uma concessão com subsidiem a amortização final do investimento realizado sob a égide de um contrato de PPP, ficando o Poder Público apenas na posição de garantidor do pagamento, a ser acionado apenas se da nova licitação não resultar pagamento de valor de outorga que seja suficiente para cobrir o valor não amortizado do investimento do parceiro privado anterior (Michael Klein, “Rebidding for concessions”, in World Bank, *Public Policy for the Private Sector*, Note 161).

¹³⁵. Cf. as apresentações e notas explicativas constantes do *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow*, de autoria de Pietro Ciucci, Giuseppe Fiammenghi, Stefano Granati, Andrea Sandulli e Franco Vigliano.

duas situações: (a) quando o negócio não permite competição *no mercado*¹³⁶ sendo a licitação o único meio de competição (*pelo mercado*); e (b) quando se tratar de empreendimentos novos, de projetos *greenfield*, pois em relação a esses projetos os parceiros privados tendem a ser extremamente conservadores na avaliação e tomada dos riscos de demanda.

Na primeira situação a licitação freqüente é um dos principais instrumentos para a realização da competição e para adequada transferência dos ganhos de eficiência para o Poder Público e para os usuários do serviço. A realização corriqueira de licitação contribui, portanto, para a adequação dos preços a valores de mercado e para a transferência de eventuais ganhos de eficiência, havidos ao longo dos anos no setor ou no projeto, para os usuários e para o Poder Público.

Na segunda, a redução dos prazos entre as licitações permite que os parceiros privados reajustem suas estimativas de demanda pelo serviço aos desdobramentos havidos desde a implantação do projeto. É provável, por exemplo, que um parceiro privado responsável pela construção de uma rodovia sob a égide de um contrato de PPP tenha estimado de maneira conservadora a demanda pelo serviço, por ocasião da licitação para construção, operação e manutenção do projeto, e, por essa razão, tenha solicitado uma contraprestação alta. Se, nesse caso, o contrato fosse celebrado pelo prazo necessário à amortização total do investimento (por suposição, 30 anos), essa estimativa conservadora de demanda e o elevado preço da contraprestação pública impactariam o contrato ao longo dos 30 anos. Utilizando-se, entretanto, o sistema empregado na Ponte de Messina, poder-se-ia fazer contrato de 10 ou 15 anos, renovável por mais 10 ou 15 anos, de maneira que se o Poder Público perceber, por volta do décimo ano, que, dadas a maturidade do projeto e a segurança sobre a demanda, é possível obter melhores condições relicitando o projeto, ele poderá fazê-lo e prever que a indenização pelo investimento não amortizado do parceiro privado será obtida mediante pagamento de outorga pelo novo parceiro privado.¹³⁷⁻¹³⁸⁻¹³⁹

V.2 – As PPPs e as penalidades contratuais

O dispositivo constante do inciso II do art. 5^o da Lei de PPP encontra paralelo no art. 55, VII, da Lei 8.666/1993, que obriga constarem de todos os contratos administrativos os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. Sua redação se aproxima também do previsto no art. 23, VIII, da Lei 8.987/1995, com a diferença de que aqui se menciona, adicionalmente às penalidades aplicáveis à concessionária, aquelas aplicáveis à Administração e se exige a proporcionalidade em relação à gravidade das faltas cometidas e às obrigações assumidas.

A semelhança do dispositivo com seus equivalentes nas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995 nos leva a afirmar que a grande novidade que traz é a expressa menção à proporcionalidade entre as penas aplicáveis e as faltas cometidas e obrigações assumidas. Mesmo isso não é de todo novo, pois, como já é de saber comum, na emissão de atos administrativos a Administração deve sempre reger-se pela proporcionalidade entre os fins e os meios empregados.¹⁴⁰

¹³⁶. Por exemplo, negócios com a estrutura monopolística.

¹³⁷. Obviamente, a depender dos termos do contrato e da lei, será possível exigir a atualidade da prestação do serviço mesmo sem a extinção e a celebração de novo contrato. O problema aparece onde a atualização da prestação do serviço requereria substituição, por exemplo, de toda a infraestrutura utilizada para a sua prestação. Nesse caso, muitas vezes será economicamente mais eficiente extinguir o contrato existente e realizar um novo.

¹³⁸. Uma questão interessante diz respeito à possibilidade de realizar a dissociação entre a prestação de serviço e o provimento da infra-estrutura que lhe é necessária (*unbundling*). Essa é uma tendência cada vez mais acentuada no provimento de serviços públicos, sobretudo em vista das possibilidades de compartilhamento de infra-estrutura criadas pelos avanços tecnológicos realizados recentemente. Mencionada dissociação tem, entre outros, o objetivo de fomentar a competição na prestação de serviço (minimizando, por exemplo, os obstáculos ao acesso ao mercado) e no provimento de infra-estrutura, de maneira a obter a maior eficiência econômica. Pode ainda ter como objetivo a segregação em empresas sob controle diverso de negócios com lógica empresarial e estratégica distintas. Por exemplo, em relação ao setor ferroviário é possível entrever – e a experiência internacional já pôs em teste – a dissociação entre, de um lado, construção e manutenção da linha e, de outro, operação do serviço ferroviário, com objetivo de segregar negócios com riscos, estrutura e mercados diversos. Sobre a dissociação vertical no setor ferroviário, cf. Javier Campos e Pedro Cantos, “Rail transport regulation regulating privatized rail transport”, *World Bank Policy Research Working Paper* n. 2.064, pp. 8 e ss.

¹³⁹. Para uma análise das dificuldades de utilização desse e de sistemas semelhantes de relicitação cf. Michael Klein, “Rebidding for concessions”, in World Bank, *Public Policy for the Private Sector*, Note 161.

¹⁴⁰. Vale a pena questionar se o dispositivo pode ser interpretado como proporcionalidade entre as penas aplicáveis à Administração e aquelas aplicáveis ao parceiro privado. A justificativa central para isso seria a busca do melhor preço para a prestação dos serviços pelo parceiro privado. Tradicionalmente, no Brasil é comum os contratos administrativos (mesmo os malfeitos) estabelecerem penas altíssimas para o descumprimento de obrigações pelo parceiro privado e nenhuma pena, ou penas desprezíveis, para o descumprimento das obrigações da Administração. Ora, isso,

É lugar-comum na literatura sobre contratos que duas são as funções das penalidades: incentivar o cumprimento do contrato (*deterrence function*) e promover liquidação antecipada de valores destinados à recomposição do patrimônio da parte afetada pela quebra do acordo. Diante disso, tratar do ponto de vista econômico a idéia de proporcionalidade das penalidades às faltas contratuais significa utilizar penalidades que alcancem estes objetivos sem colocar em risco a higidez financeira da concessionária.

A definição das penalidades deve, portanto, tanto quanto possível, considerar a busca da maximização da eficiência econômica do contrato – o que, aliás, tem sido objeto de diversas discussões no plano da análise econômica do Direito; discussões, essas, que devem ser lembradas na formatação das penalidades contratuais, à vista das peculiaridades de cada projeto.

V.3 – A distribuição de riscos nos contratos de PPP

V.3.1 – Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro.

Conceito e “ratio” econômica

Numa abordagem preliminar sobre o assunto, é preciso separar conceitualmente duas questões que, apesar de intrincadas na prática e na legislação, devem ser conceitualmente distinguidas: a distribuição de riscos em contratos administrativos e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as conseqüências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, as suas conseqüências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhes são benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.¹⁴¹

Dessa perspectiva, o desafio que se põe ao arquiteto do negócio é encontrar, ao longo do processo de modelagem do projeto, o mais eficiente esquema de alocação de riscos entre as partes, ou seja, a partição de riscos que maximiza para elas a utilidade da contratação.¹⁴² Do ponto de vista prático, isso significa atribuir a cada uma das partes os riscos que melhor podem gerenciar, pois, em tese, quanto melhor a capacidade de gerenciamento de um risco por uma dada parte (por exemplo, quanto mais ela puder reduzir a probabilidade de ocorrência de um evento gravoso, ou quão maior for sua capacidade de suportar as conseqüências desse tipo de evento), menor o valor a ser cobrado por ela para assumi-lo.¹⁴³

Note-se que o exercício de busca do desenho contratual mais eficiente é algo que se deve fazer caso a caso. A internacionalização, entretanto, dos projetos nos setores de infra-estrutura levou ao desenvolvimento de algumas práticas, de alguns padrões de distribuição de riscos, que são conhecidos pelos especialistas de cada setor. Apesar dessa padronização, é comum, principalmente nos grandes projetos, o desenvolvimento de esquemas de distribuição de riscos específicos. Os altos valores envolvidos na implantação e na operação dos projetos tornam os preços sensíveis à adaptação dos esquemas genéricos de distribuição de riscos às suas especificidades.

Quanto à garantia do equilíbrio econômico-financeiro, trata-se de um instrumento, comum em contratos de longo prazo, para lidar com as conseqüências da passagem do tempo sobre o relacionamento das partes. Ela se traduz, basicamente, em dois mecanismos. O primeiro deles, que os ingleses têm chamado de *compensation events*, implica o

obviamente, acarreta aumento dos custos com a contratação, eis que o parceiro privado repassa para seu preço o risco de ter que pagar multas desproporcionais. A idéia de proporcionalidade no estabelecimento das multas aparece, portanto, na Lei de PPP como instrumento para maximização da eficiência econômica no estabelecimento das penas contratuais, o que significa dizer que elas sejam adequadas para se constituírem em incentivo para o cumprimento pelo parceiro privado das suas obrigações, reduzindo tanto quanto possível o preço pago pelo Poder Público e pelo usuário por conseqüência da sua previsão e execução.

¹⁴¹. Esse exemplo parte do pressuposto de que o risco de demanda tenha sido atribuído à parte prestadora do serviço, que, portanto, deve suportar os efeitos da diminuição ou do aumento da demanda. Por isso, há incentivo para o parceiro privado buscar aumento da demanda.

¹⁴². Esse esquema geralmente é documentado na matriz de risco do contrato.

¹⁴³. Na teoria econômica isso é explicado pelo conceito de “expectativa de perda” ou “expectativa de ganho”, que é a probabilidade de ocorrência de um dado evento vezes o valor da perda/ganho que dela decorre. Em teoria, o preço para assunção por uma parte contratual de um dado risco reflete sua expectativa de perda/ganho. Quanto maior o controle de uma dada parte sobre a probabilidade de ocorrência de determinado evento gravoso, menor o preço que ela cobraria para assumir o risco sobre sua ocorrência.

ressarcimento das conseqüências de eventos cujos riscos são atribuídos a uma das partes, mas suportados em primeira mão pela outra. Por exemplo, em uma concessão patrocinada de uma ferrovia, pode-se atribuir ao Poder Público o risco da ocorrência de eventos de força maior que interrompam a linha permanente. As primeiras conseqüências do evento, contudo, certamente serão suportadas pelo concessionário, que buscará depois o ressarcimento junto à Administração Pública. Trata-se, portanto, nesse caso, de um mecanismo para mera atualização das conseqüências da distribuição de riscos prevista no contrato.¹⁴⁴

O segundo mecanismo presta-se a permitir a modificação, pela Administração Pública, de parâmetros previstos originalmente no contrato. Essa modificação pode se dar para adequação dos preços contratuais a condições de mercado (o que os ingleses chamam de *benchmarking*) ou para adequação do projeto às vicissitudes do interesse público envolvido na sua consecução – por exemplo, a necessidade de implantação de novos parâmetros de prestação do serviço (por conta do desenvolvimento de novas tecnologias).

Em qualquer caso, é perfeitamente distinguível o esquema de distribuição dos riscos (algo, por assim dizer, estático) da dinâmica de recomposição do equilíbrio do contrato, que existe em vista dos efeitos da passagem do tempo sobre a partição de riscos originalmente pactuada. É claro, entretanto, que, quando se trata da definição da modelagem contratual de um dado projeto, o sistema de distribuição de riscos e o mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro devem ser pensados de forma conjunta, como instrumentos que se destinam a maximizar a eficiência da contratação e, portanto, no caso dos contratos de PPP, obter a melhor relação qualidade/custo para o usuário e para a Administração Pública.

É comum, por exemplo, com o escopo de garantir o melhor preço possível pela prestação de um serviço, atribuir ao Poder Público o risco da ocorrência de eventos que são anódinos à conduta do concessionário ou de sinistros que ele não consegue prevenir – por exemplo, o remanejamento de interferências imprevistas em casos de projetos de Metrô.¹⁴⁵

Muitas vezes, durante a perfuração dos túneis, encontram-se dutos ou cabos subterrâneos que não se sabia *a priori* estarem no caminho dos túneis. E não há como se ter certeza de que não haverá dutos e cabos desconhecidos no subterrâneo de uma área urbana antiga.

Nesse contexto, duas opções se delineiam quando da redação de um contrato para a construção de um Metrô: a primeira é a Administração Pública ficar com o risco. Se ocorrerem as interferências imprevistas, a Administração terá que recompor o equilíbrio do contrato.

A outra opção seria transferir o risco para o contratado. Neste caso, o contratado adicionaria na sua proposta comercial o valor equivalente a esse risco (precificação do risco). Como não há nada que o contratado possa fazer para saber se existem, ou não, interferências no caminho dos túneis do Metrô, como não há meio de evitá-las, ter-se-á uma situação em que a licitação restará vazia, pois nenhum parceiro privado terá interesse em contratar com a Administração, ou ele incluirá na sua proposta comercial o valor necessário à realização do remanejamento de todas as interferências possíveis. O grande problema dessa segunda hipótese constitui o fato de a Administração ter que pagar por todas as interferências imprevistas possíveis, ocorram elas ou não. Como o risco de ocorrência das interferências estará embutido no preço do contratado, a Administração terá que pagar por elas em qualquer caso, havendo ou não.

Sempre que o risco se referir a evento anódino à conduta do contratado (inclusive no que concerne ao conhecimento do próprio risco) e não puder ser por ele gerenciado adequadamente – mediante a contratação de seguros, por exemplo –, convém carregá-lo ao setor público, pois, dessa forma, seu preço só será repassado à Administração Pública (e, no caso das concessões comuns, aos usuários) se e quando o sinistro ocorrer.

Em suma, quando o parceiro privado não puder gerenciar um dado risco, convém atribuí-lo à Administração Pública. Daí por que é comum que contratos administrativos atribuam os riscos relativos a eventos de força maior ou caso fortuito à Administração Pública.

¹⁴⁴. Em uma análise conceitual rigorosa, os *compensation events* poderiam ser excluídos da reflexão sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. As compensações são apenas meio de cumprimento da matriz de riscos estabelecida no contrato. Elas já existem, atualmente, não apenas em relação aos contratos públicos, mas também aos contratos privados, independentemente da disciplina da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Por isso, uma análise conceitual mais rigorosa, de um lado, manteria o tratamento dos eventos de compensação entre os mecanismos cuja atuação se dá por meio das revisões contratuais; por outro lado, separaria claramente os eventos de compensação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. No presente trabalho tratamos os eventos de compensação como parte da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, porque não há entre nós uma separação clara entre a revisão contratual (e os diversos mecanismos que por meio dela ganham atuação) e o sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁴⁵. Interessante o desenvolvimento recentemente feito pelo Governo britânico, que entende estar o parceiro privado em melhor condição de lidar com as interferências (por ser ele quem pode tomar os cuidados nas escavações para evitar danos a elas, ou para repará-las em caso de dano), e por essa razão atribui o risco de remanejamento de tais interferências exclusivamente ao parceiro privado, contra a tradição internacional sobre o assunto.

V.3.2 – O tratamento legal da distribuição de riscos e do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos

Nossa legislação e os desenvolvimentos doutrinários em torno dos temas da distribuição de riscos e do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos padecem de uma série de equívocos, seja pela falta de clareza sobre a separação entre esses dois temas, seja pela dificuldade de compatibilizar a tradição sobre o assunto, desenvolvida para os contratos de obra e prestação de serviço comum, com os parâmetros desenvolvidos mais recentemente para os contratos de concessão de serviço público.

Vale notar que convivem, hoje, de forma precária duas concepções sobre o equilíbrio econômico-financeiro: uma mais tradicional, desenvolvida para os contratos de obra e prestação de serviços comuns (a partir de uma interpretação, a nosso ver, equivocada¹⁴⁶ do art. 65 da Lei 8.666/1993), e outra, mais moderna, cujos desdobramentos entre nós decorrem, sobretudo, da atividade das Agências Reguladoras. Tal concepção aparece, de forma ainda pouco articulada, por exemplo, no art. 10 da Lei 8.987/1995, em vários momentos na legislação setorial sobre concessões e também no inciso III do art. 5^a da Lei de PPP.

A noção mais tradicional sobre equilíbrio econômico-financeiro não distingue claramente entre sistema de distribuição de riscos e critério para a realização do equilíbrio econômico-financeiro.¹⁴⁷

¹⁴⁶. A partir da leitura do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, pretende-se atribuir à Administração Pública os riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente. Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo menciona tratar-se de evento extracontratual. Ora, se o contrato dispuser de forma distinta, portanto, deverá prevalecer. Pensamos que não há – seja na Lei 8.666/1993 ou em qualquer outro diploma legal – um sistema de distribuição de riscos positivado. Aliás, assim que deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não de valor.

¹⁴⁷. Cf. o já citado trecho de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta inteligência é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9^a e § 2^a, 18, VIII, e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9^a, § 3^a, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevinda de tributos (salvo os do imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente.

“Tais soluções são obrigatórias em face de nosso direito positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que obras e *serviços* (tanto como compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta’.

“Segue-se que as tarifas pelas quais o concessionário é ‘pago’ – ou, eventualmente, as subvenções que sirvam para completar o montante devido – devem assegurar os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, traduzido na proposta aceita ao cabo da licitação. É que esta foi tida, por ambas as partes, como previsivelmente idônea para acobertamento dos custos em que incorreria o concessionário e suficiente para proporcionar-lhe a margem de remuneração. Deveras, se a proposta não ensejasse razoável expectativa de tal resultado, haveria de ter sido desclassificada, por inexecutável (art. 44, § 3^a, da Lei 8.666), ou, então, se revelasse propósito de *dumping*, por incurso em ‘abuso do poder econômico’ (art. 173, § 4^a, da CF).

“65. Diante disto, cabe indagar quais os riscos que, em nosso sistema, o concessionário efetivamente tem de assumir, por não se encontrarem ao abrigo da garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

“Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexacta quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.

“66. Anote-se que o art. 10 da Lei 8.987 estabelece que sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. A dicção deste artigo há de ser recebida *cum grano salis*, para que não seja havido como desenganadamente inconstitucional.

“O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato. Donde, de fora parte as proteções específicas já aludidas – as quais, de resto, apóiam-se quase que integralmente na própria lei retora dos termos do *contrato* –, não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. Ou seja: dito artigo terá pretendido encarecer que a expressão ‘equilíbrio econômico-financeiro’ não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo ao malogro de seu empreendimento pessoal quando, nos termos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial. Aliás, é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 21^a ed., pp. 709-711).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seguindo a mesma tradição, engata também o mesmo sistema de distribuição de riscos na garantia do equilíbrio econômico-financeiro. “Na realidade, tem-se que conciliar duas idéias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar. A maneira de conciliar essas duas

Essa lógica também presidiu a interpretação no sentido da atribuição à Administração Pública, pelo art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, dos riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente.

Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo exige, para que seja possível o reequilíbrio, que o evento seja extracontratual. Assim, por exemplo, se eventos considerados de força maior tiverem sido tratados no contrato como hipóteses que não ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, então, por certo, não se poderá recorrer ao art. 65, II, “d”.

Por isso, pensamos que não há propriamente na Lei 8.666/1993 um sistema de distribuição de riscos positivado. Aliás, assim deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não axiológica. No caso da Lei 8.666/1993, por força dos parágrafos contidos no art. 65, os únicos riscos que devem necessariamente restar com o Poder Público são os relativos a (i) modificação unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, (ii) modificação da legislação que repercuta nos preços contratados e (iii) danos no caso de supressão de obras por determinação da Administração. Além disso, poder-se-ia até considerar o risco de inflação como atribuído obrigatoriamente ao setor público, diante do art. 55, III, da Lei 8.666/1993, embora essa hipótese seja menos evidente, eis que, apesar desse tipo de cláusula ser obrigatória, é apenas o contrato o instrumento apto a lhe atribuir conteúdo.¹⁴⁸ Em relação a todos os demais riscos, no entanto, não há impedimento legal para que sejam atribuídos livremente a cada uma das partes por meio do contrato.¹⁴⁹

A interpretação ora defendida para o art. 65 da Lei 8.666/1993, no entanto, distancia-se da noção tradicional, para assemelhar-se à noção mais moderna, desenvolvida para os contratos de concessão. Nessa nova concepção há uma clara diferenciação entre o sistema de distribuição de riscos e os mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Como já mencionamos, em relação à distribuição de riscos, importa encontrar, em cada caso, na modelagem de cada contrato, o sistema mais eficiente para sua alocação. Daí por que as leis que tratam do assunto remetem aos contratos a partição dos riscos (cf. o art. 10 da Lei 8.987/1995¹⁵⁰ e o inciso III, ora comentado). Quanto à recomposição do equilíbrio, importa prever os procedimentos e critérios que permitam fazer valer ao longo do contrato o sistema de alocação de riscos nele previsto. A lei cuida, neste caso, apenas de mencionar os procedimentos de reajuste e revisão contratual (cf. art. 9^o da Lei 8.987/1995), por meio dos quais se realiza a recomposição do equilíbrio.¹⁵¹⁻¹⁵²⁻¹⁵³⁻¹⁵⁴

idéias é pela consideração de que as *áreas ordinárias* correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na idéia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2^o, II, da Lei 8.987). As *áreas extraordinárias*, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão” (*Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 2^a ed., p. 70).

¹⁴⁸. Parece-nos que o art. 55, III, da Lei 8.666/1993 impõe tão-somente a existência de cláusula contratual que verse sobre o risco de inflação, nada mais.

¹⁴⁹. Equívoco ainda mais grave é supor que as disposições do art. 65 da Lei 8.666/1993 integrariam o núcleo duro do art. 37, XXI, da CF, alcançando a nível constitucional um sistema de distribuição de riscos que deixa inevitavelmente à Administração os riscos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe, área econômica extraordinária, área econômica ordinária de efeitos imprevisíveis etc. Tal suposição leva a se entender que a não-atualização em lei e no contrato da mencionada partição de riscos configuraria negação da eficácia do referido dispositivo constitucional.

O art. 37, XXI, é geralmente dividido como a base constitucional para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. Tal dispositivo garante a manutenção “das condições efetivas da proposta, nos termos da lei”, nos contratos administrativos – do que se tem extraído a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro nas condições constantes da proposta vencedora da licitação. Ora, as condições da proposta podem refletir um sistema de distribuição de riscos qualquer. Além disso, é importante chamar a atenção para a expressão “nos termos da lei”, a qual implica que o sentido exato da garantia das condições efetivas da proposta deve ser o delineado na lei. Com exceção das hipóteses trazidas no parágrafo do art. 65 da Lei 8.666/1993, o contrato pode dispor sobre a distribuição de quaisquer riscos, para efeito dos contratos tradicionais regidos por esse diploma legal. Para as concessões, no entanto, diante do art. 10 da Lei 8.987/1995 e do art. 5^o, III, da Lei 11.079/2004, não há quaisquer riscos em relação aos quais esteja previamente definido a quem cabe sua responsabilidade.

Diante disso, parece-nos que a redação da Constituição aponta para alguma sorte de proteção contra mudanças posteriores nas condições do contrato. Ora, uma vez que o contrato, como já se falou acima, é, por excelência, um instrumento de distribuição de riscos, o núcleo duro da garantia constitucional, se houver, só pode ser a estabilização da distribuição de riscos que consubstancia.

Vale a pena, pois, marcar, claramente, que não decorre do inciso XXI do art. 37 da CF qualquer facciosidade para a adoção de um ou de outro sistema de distribuição de riscos. Tampouco se pode extrair do dispositivo constitucional a atribuição deste ou daquele risco específico a uma das partes.

¹⁵⁰. O qual dispõe: “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

¹⁵¹. As leis geralmente não tratam nem dos critérios para a realização da recomposição do equilíbrio (por exemplo, as taxas de desconto a serem empregadas para definição do efeito de determinado evento em valor presente no fluxo de caixa da concessionária), nem das formas utilizadas para a recomposição (modificação do valor da tarifa, da contraprestação, do plano de investimentos ou do prazo do contrato). Isso termina por ser objeto dos contratos ou de atos normativos emitidos pelas pessoas competentes – em muitos casos, as Agências Reguladoras.

Resta, nesse contexto, precisar qual o exato escopo do inciso III do art. 5^o da Lei de PPP. Tal dispositivo alia-se à tradição iniciada com o art. 10 da Lei 8.987/1995, e seu objetivo é, claramente, abrir espaço para que os agentes responsáveis pela modelagem de cada projeto possam adotar o esquema de distribuição de riscos que acharem mais eficiente. Ora, isso necessariamente implica afastar para as PPPs qualquer interpretação do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 que limite a livre distribuição de riscos pelo contrato.

Perceba-se que o art. 10 da Lei 8.987/1995 tinha, na sua origem, objetivo muito semelhante ao do dispositivo que estamos a comentar. Alguns doutrinadores importantes tiveram dificuldade de vislumbrar seu real alcance, supondo, por exemplo, que, como a garantia do equilíbrio econômico-financeiro tem matriz constitucional (art. 37, XXI), a lei não poderia subordiná-la ao contrato. Esse tipo de entendimento é um testemunho claro da confusão conceitual a respeito da distribuição de riscos, do equilíbrio econômico-financeiro e da proteção constitucional à manutenção das condições da proposta em contratos administrativos.

O tema é abrangente e requereria trabalho específico para sanear as confusões e restabelecer base conceitual adequada para seu tratamento jurídico. Em sede de comentários ao dispositivo legal, cabe apenas dizer que, ao proteger as condições originárias da proposta do vencedor da licitação, a Constituição apenas requer a estabilização do esquema de distribuição de riscos originalmente previsto no contrato, não havendo qualquer facciosidade da Constituição Federal em relação a quais riscos devem ser atribuídos a cada uma das partes.

Por isso, é natural que a Lei 8.987/1995 e a Lei de PPP transfiram para o plano contratual a definição tanto do esquema de distribuição de riscos a ser adotado quanto dos mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

V.4 – As formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais

O inciso IV do art. 5^o estabelece obrigação de constarem do contrato o preço pelo serviço, os meios de pagamento e as formas de atualização dos valores contratuais.

Em relação às formas de remuneração remetemos o leitor aos comentários ao art. 6^o, a seguir, onde o tema é tratado com mais vagar.

Já no que concerne à atualização dos valores contratuais, os contratos de concessão comum e de PPP prevêem, geralmente, dois procedimentos para tanto. O primeiro é o reajuste; o segundo, as revisões contratuais. Trataremos de

¹⁵². Observe-se que as noções mais tradicionais do equilíbrio do contrato o percebem como conjunto de encargos e prerrogativas, pensados, de forma algo elementar, como equilíbrio entre o conjunto de receitas e custos que decorrem do contrato. Em contratos contemporâneos e complexos, como os de concessão, receitas e custos são tratados como riscos que são atribuídos a cada uma das partes. Portanto, parte relevante das receitas e dos custos é incerta, depende de eventos futuros, às vezes sob o controle de uma, das duas ou de nenhuma das partes. Daí que a noção tradicional de garantia do equilíbrio econômico-financeiro como algo estático que aponta para um conjunto de custos e de receitas não faz sentido. No contexto contemporâneo, e considerando a complexidade dos contratos de concessão, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato só pode ser entendida como sistema para manutenção e atualização da matriz de riscos prevista no contrato.

¹⁵³. Nesse sentido, estendemos a compreensão da utilidade da garantia do equilíbrio econômico-financeiro para além da idéia tradicional de mero contrabalanço aos poderes exorbitantes da Administração nos contratos administrativos.

¹⁵⁴. Contudo, é necessário frisar que a conveniência econômica de se atribuir determinados riscos à Administração não decorre da proteção constitucional à preservação das condições da proposta. A proposta é formulada à vista da distribuição de risco prevista no contrato. Não faz sentido supor que a estabilização desta distribuição de risco (que a idéia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consubstancia) implique a atribuição de um ou outro risco específico para uma das partes.

E esta nota é tanto mais importante porque o modo como está redigido o art. 65 da Lei 8.666/1993 e os interesses que gravitam em torno deste dispositivo (que dá origem a litígios administrativos e judiciais e que cria demanda por serviços jurídicos, pareceres etc.) levaram à criação de algumas confusões que até hoje se perpetuam no senso comum jurídico brasileiro. Por exemplo, a idéia de que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro implica necessariamente absorção pela Administração Pública dos riscos relativos à álea econômica extraordinária do negócio. A absorção pela Administração da álea econômica extraordinária do negócio tem alguma lógica econômica e é algo que evidentemente tem referências históricas e no Direito Comparado. Mas supor que há ligação necessária entre a proteção do equilíbrio econômico-financeiro e a atribuição da álea extraordinária ao contratado é confundir questões autônomas do ponto de vista econômico, por conta da sua relação histórica ou do tratamento conjunto em um mesmo dispositivo legal (art. 65 da Lei 8.666/1993). De qualquer modo, o que é certo é que a origem histórica semelhante e o tratamento conjunto destas questões no texto da Lei 8.666/1993 não podem condicionar a compreensão no plano constitucional da proteção às condições da proposta do parceiro privado.

Do mesmo modo, não pode a interpretação (a nosso ver, equivocada) que se tem dado ao art. 65, II, “d” – de que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato implica manutenção das condições da proposta independentemente, por exemplo, do contexto macroeconômico em que ela foi formulada – condicionar a visão da idéia de reequilíbrio a ser aplicada nas PPPs, como se tal interpretação tivesse força normativa. Esta interpretação do art. 65, II, “d”, além de ter fundamentação econômica questionável, nada tem a ver com a proteção constitucional às condições da proposta nos contratos administrativos e, por isso, não deve condicionar a interpretação de dispositivos da Lei de Concessões ou da Lei de PPP.

ambos a seguir.

V.4.1 – Os reajustes tarifários

O procedimento de reajuste tem por objetivo isentar o parceiro privado de parte ou da totalidade dos riscos de variação de preços dos seus insumos, seja por perda de valor da moeda, seja por situações específicas relativas ao setor ou ao segmento da indústria ao qual pertence.

É geralmente realizado com periodicidade anual¹⁵⁵ e se traduz em aplicação, aos valores previstos no contrato, de fórmulas paramétricas que refletem a variação dos custos do concessionário e/ou a dos preços ao consumidor.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

A escolha dos índices a serem utilizados em cada caso é questão complexa, do ponto de vista econômico. Envolve considerações, entre outras, a respeito do impacto dos preços administrados sobre a inflação, da conveniência de transferir para os concessionários o risco de descolamento da variação dos preços ao consumidor dos custos dos insumos da prestação do serviço e da relação entre o preço do Dólar, dos insumos do concessionário e o preço do serviço ao Poder Público e ao consumidor.

Vale mencionar que a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda emitiu nota técnica que recomenda utilizar o IPCA como índice de reajuste dos contratos de concessão, em oposição a índices como o IGP – Índice Geral de Preços, da Fundação Getúlio Vargas, ou setoriais como o INCC – Índice Nacional de Custos da Construção.¹⁵⁸

Uma outra informação importante é que em 2003 o Governo Federal questionou a utilização do IGP para a correção dos preços das tarifas de telefonia, tendo pressionado a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, inclusive no Judiciário, para a utilização de índices que refletissem a variação dos preços ao consumidor. A variação do IGP¹⁵⁹ que seria utilizada para o reajuste das tarifas de telefonia em 2003 refletia as mudanças havidas no câmbio ao longo de 2002, implicando, pois, aumento das tarifas muito superior ao que ocorreria caso, por exemplo, estivesse previsto no contrato um índice de preços ao consumidor, nos moldes do IPCA.

Apesar da pressão do Governo no sentido da aplicação de índices de reajuste mais compatíveis com a variação de custos ao consumidor, tanto a ANATEL quanto o Judiciário decidiram aplicar o índice contratualmente previsto, qual seja, o IGP.

¹⁵⁵. A legislação relativa ao Plano Real proíbe a realização de correção monetária com periodicidade menor que anual.

¹⁵⁶. Ao longo do processo de desestatização dos anos 90 foi bastante comum para reajuste das tarifas ou dos pagamentos pela outorga a utilização de índices de preço como o IGP (especialmente as variações IGP-M e IGP-DI), calculado pela Fundação Getúlio Vargas, que é um índice formado por média ponderada de outros três índices, quais sejam: o IPA – Índice de Preços por Atacado, com peso de 60%; o IPC – Índices de Preços ao Consumidor, com peso de 30%; e o INCC – Índice Nacional de Custo da Construção, com peso de 10%. O IGP é, portanto, índice que reflete majoritariamente a variação de custos do atacado.

Como a maior parte dos produtos importados pelo Brasil é constituída de bens intermediários (ou seja, adquiridos em regime de atacado para serem utilizados como insumos para a indústria), a variação do câmbio tem impacto relevante sobre o IPA, que, por sua vez, impacta o IGP. Por essa razão, apesar de não haver, ainda, estudos peremptórios sobre o assunto, há indícios de que a adoção do IGP leva à transferência de parte do risco do câmbio para os usuários e, no caso de PPP, também para o Poder Público.

¹⁵⁷. Supondo-se que a utilização do IGP como índice de reajuste de fato transfere parte do risco de câmbio para o usuário e para o Poder Público, é possível inferir que o uso do IGP tem por efeito o aumento da competição nas licitações de concessão comum e PPPs, na medida em que mitiga barreira de entrada para investidores internacionais constituída pelo risco cambial (sujeita essa observação, obviamente, à análise da estrutura de cada mercado) e, por isso, resulta em melhor relação qualidade/custo para o usuário e para o Poder Público.

Ainda supondo a verdade da hipótese acima, uma outra razão para a melhoria da relação qualidade/custo do serviço para o usuário e para o Poder Público decorrente do uso do IGP seria o expurgo do risco do Dólar do preço oferecido pelo parceiro privado. Ao transferir, ao menos parcialmente, risco de câmbio para o Poder Público e para o usuário, a utilização do IGP como índice de reajuste contratual talvez tenha por efeito a eliminação de sobrepreço criado pelos potenciais parceiros privados para custear o risco de câmbio. Aqui vale, mais uma vez, a lógica já explicitada quando comentamos o inciso III do art. 5º: riscos anódinos à conduta do parceiro privado devem ser transferidos para o usuário ou para o Poder Público. Isso porque, nesses casos, ao deixar o risco recair sobre o parceiro privado, o mais provável é que ele modele sua proposta da maneira mais conservadora possível, ou seja, supondo o pior cenário de variação cambial – o que levaria o usuário/Poder Público a pagar pelo pior cenário cambial mesmo que não ocorra.

Essa situação, entretanto, evidentemente se modifica se estiverem disponíveis no mercado por preços razoáveis, por exemplo, mecanismos para a realização de *hedge* financeiro que proteja o parceiro privado dos efeitos de endividamento contraído em Dólar. Contudo, em vista da instabilidade do cenário macroeconômico brasileiro nos últimos anos, esse tipo de instrumento, apesar de disponível no mercado, tinha preços proibitivos. Além disso, era bastante difícil encontrá-lo para períodos superiores a dois anos. Por essa razão, o uso de índices de reajuste sensíveis à variação do Dólar foi muitas vezes conveniente.

¹⁵⁸. Cf. a Nota Técnica, sem número, emitida pela SEAE em dezembro/2005 e intitulada “A Regulação e o Comportamento dos Preços Administrados”.

¹⁵⁹. Para uma descrição da composição do IGP, ver notas de rodapé 29 e 30, desta seção.

Essa decisão da ANATEL e do Judiciário representa um marco: simboliza a independência da Agência Reguladora em relação ao Governo e o compromisso das instituições (nesse caso, o Judiciário) com o cumprimento dos contratos gerados nos processos de desestatização.¹⁶⁰⁻¹⁶¹⁻¹⁶²

V.4.2 – As revisões contratuais

Uma outra forma de atualização dos valores previstos nos contratos é a realização das revisões. É necessário, em primeiro lugar, distinguir as revisões contratuais dos processos de renegociação.

As revisões são procedimentos pautados por critérios estabelecidos no contrato ou em regulamento emitido pela Agência Reguladora, e ocorrem periodicamente, com o objetivo de adequar as condições contratuais às vicissitudes da prestação do serviço ou para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Já a renegociação é a modificação de condições do contrato independentemente de critérios nele previamente estabelecidos ou em regulamentos gerais da respectiva Agência Reguladora.

As renegociações podem ser necessárias em vista, de um lado, da incompletude dos contratos (incapacidade de prever todas as situações futuras) e, doutro lado, da necessidade de adequá-los às vicissitudes na prestação do serviço. Contudo, como bem já mostrou Guasch,¹⁶³ renegociações oportunistas, iniciadas pelo concessionário ou pelo Poder Público, podem ser responsáveis pela espoliação de programas de concessões. Por isso, deve ser um objetivo dos contratos de PPP e de concessão comum a eliminação ou, pelo menos, a redução das possibilidades de ocorrerem renegociações oportunistas.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

¹⁶⁰. Por exemplo, em um projeto que contemple investimentos iniciais altos em infra-estrutura mas custos operacionais baixos, a adoção de uma fórmula paramétrica que reflita a variação nos custos dos insumos para a criação da infra-estrutura (por exemplo, de materiais e serviços relativos à obra) pode ser inadequada. A idéia do reajuste é proteger o parceiro privado contra as variações no poder de compra da moeda, de maneira a evitar o repasse desse risco para o preço. Ora, a utilização de fórmula paramétrica que reflita a variação dos custos da obra em projeto cujas obras ocorrem apenas nos primeiros anos não endereça diretamente o problema. O ideal, para um projeto deste tipo seria trabalhar com dois índices diversos de reajuste ao longo do contrato.

¹⁶¹. V., nesse sentido, a fórmula adotada para o reajuste dos contratos do primeiro lote das concessões de rodovias federais.

¹⁶². Contudo, a adoção de índice nos moldes do IGP para reajuste tem sido questionada, pois causa espécie, particularmente na ocorrência de variações súbitas do Dólar que se façam sentir em altos reajustes de tarifas. O caso mais polêmico no Brasil, como já mencionado, foi o do setor de telefonia, no qual a indexação ao IGP-DI levou a altos índices de reajuste das tarifas no ano de 2003; índices, estes, que foram questionados pelo Governo sem sucesso na ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e no Judiciário.

Essa e outras experiências que decorreram da adoção do IGP como índice de reajuste dos contratos de concessão levaram o Governo Federal, por meio da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a manifestar preferência por índices de reajuste menos sensíveis à variação do Dólar e mais vinculados à variação do poder de compra dos consumidores, como, por exemplo, o IPCA.

A vantagem desses índices é que seu uso tende a manter estável a correlação entre tarifa e poder de compra dos usuários. Por outro lado, ao fazê-lo, deixa nas mãos do parceiro privado o risco de câmbio e, em última análise, o risco de descolamento dos preços dos insumos da inflação, o que pode, ao mesmo tempo, reduzir a concorrência nas licitações e/ou levar a uma transferência para o preço ao usuário e ao Poder Público do risco de câmbio. E, como o risco de câmbio não é gerenciável pelo parceiro privado (uma vez que os custos de realização de *hedge* cambial são atualmente proibitivos), a tendência neste caso é que valha a máxima expendida acima; que, quando o risco não é gerenciável, transferi-lo para o parceiro privado é ineficiente, pois ele transfere o total deste risco para o preço, de maneira que o usuário e o Poder Público terminarão por pagar pela variação cambial, ocorra ela ou não.

Uma terceira opção seria a utilização de fórmulas paramétricas que refletissem as variações de custo do parceiro privado para a prestação do serviço. Novamente, a conveniência de adotar esse tipo de fórmula depende da exata composição da fórmula, das peculiaridades do setor e do projeto. Vale observar que, se adotado este tipo de índice, é importante que a fórmula varie de acordo com as diferentes fases de execução do contrato. A composição dos custos do concessionário pode ser completamente diversa nos primeiros anos do contrato em relação aos anos seguintes, pois é geralmente nos primeiros anos que se concentram os investimentos mais relevantes (por exemplo, na restauração ou expansão da rede), que tendem a se reduzir nos anos seguintes.

Enfim, a opção entre esses três tipos de índice, para ser mais bem lastreada, dependeria de estudos em cada setor, para verificação dos seus reais impactos na concorrência e na transferência ao usuário e ao Poder Público dos preços decorrentes da alocação de riscos que a adoção desses tipos de índice implica.

¹⁶³. José-Luis Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing it Right*, The World Bank, 2004.

¹⁶⁴. No Brasil são comuns, em alguns setores, renegociações oportunistas iniciadas por concessionários para a modificação das obrigações de investimentos (inclusão de novas, adiamento ou supressão das existentes). Do lado do Poder Público, o controle sobre as tarifas e sobre as condições de prestação de serviço pode ser utilizado para pressionar o concessionário a render vantagens aos usuários ou ao Poder Público que, por não serem economicamente sustentáveis, põem em risco a continuidade da prestação do serviço.

¹⁶⁵. Os estudos de Guasch demonstram que o Poder Público tende a sair em desvantagem nos processos de renegociação. Isso pode ser explicado porque as renegociações são realizadas em contexto em que inexistente pressão competitiva (uma vez emitida a outorga, não é possível trazer terceiros para a mesa de negociação, caracterizando, inclusive, a situação conhecida como poder de mercado *ex post* do concessionário) e por haver

Note-se que a fronteira entre renegociação e revisão contratual pode ser de difícil delimitação. Em alguns casos, apesar de os contratos ou regulamentos preverem os procedimentos para a revisão das condições contratuais, não estabelecem os exatos limites e os critérios a serem utilizados. Não é incomum que procedimentos de revisão contratual dêem, na prática, abrigo a renegociações.¹⁶⁶

As revisões contratuais destinam-se tanto à manutenção da atualidade dos valores contratuais quanto à das condições de prestação do serviço. Quanto à manutenção da atualidade do serviço, trataremos com mais vagar nos comentários ao inciso V do art. 5^o. Centraremos atenção neste ponto apenas nas conseqüências do procedimento de revisão na atualização dos valores contratuais.

Os procedimentos de revisão foram criados para adequar as tarifas às variações dos custos do concessionário para a prestação do serviço, e essa sua função circunscrevia claramente o escopo e o procedimento para a sua realização.¹⁶⁷ Tratava-se de verificar a composição e a variação dos custos do concessionário para refleti-los na tarifa. A esse regime de revisão contratual chamaremos de “regime de custo do serviço”.

O advento da Lei 8.987/1995 modificou essa realidade. Em oposição ao “regime de custo do serviço”, ela previu que o preço das tarifas seria fixado pela proposta vencedora da licitação e preservado pelas regras de revisão previstas na lei (art. 9^o). Esse regime, ao qual chamaremos de “regime do preço do serviço”, desvinculou o preço da tarifa dos custos do concessionário.¹⁶⁸

Note-se que, apesar de a redação da Lei 8.987/1995 deixar clara a preferência pelo regime do preço do serviço, sua eficácia e efetividade dependem das regras a serem definidas no edital, no contrato e nos regulamentos das Agências Reguladoras para a revisão das tarifas, não sendo incomum atualmente, entre nós, a utilização de critérios de revisão tarifária que implicam praticamente a adoção do regime de custo do serviço.¹⁶⁹

A adoção do regime de preço do serviço promove, em tese, maior eficiência, pois permite a separação, nos processos de revisão, dos custos controláveis pelo concessionário daqueles que não o são, possibilitando, de um lado, tirar do concessionário o risco pela variação dos custos não-controláveis e, doutro lado, a definição de regras que criem o incentivo para o concessionário reduzir os custos controláveis e, até mesmo, compartilhar eventuais ganhos de eficiência que decorram da evolução do setor.¹⁷⁰

um desbalanço de interesses entre o Poder Público e o concessionário (enquanto para o Poder Público trata-se de apenas mais um contrato, para o concessionário está em jogo seu único contrato, considerando sua existência como SPE).

¹⁶⁶. Malgrado a importância e a utilidade dos procedimentos de revisão contratual, eles devem ser manipulados com extremo cuidado. Como já notou o Banco Mundial em estudos sobre o assunto, uma possível conseqüência negativa da adoção de procedimentos flexíveis de revisão contratual é tornar as licitações de PPPs e de concessões comuns certames entre especialistas em renegociação de contratos. Ganham-se as licitações com preços abaixo dos adequados, para depois renegociar o contrato. Daí a necessidade de os procedimentos de revisão serem devidamente regulamentados, em resoluções das Agências ou nos contratos de concessão, de maneira a impedir que a possibilidade de revisão dos contratos seja utilizada indevidamente para mitigação de riscos atribuídos ao parceiro privado ou para simples alteração de preços sem lastro efetivo em mudanças nas condições de execução do contrato que a justifiquem. Daí, também, a importância de os contratos serem suficientemente flexíveis para absorverem as mudanças necessárias à sua atualização às novas circunstâncias.

¹⁶⁷. Contudo, colocando em perspectiva o histórico das concessões brasileiras, é fácil perceber que a Lei 8.987/1995 aparece em um momento de mudança da cultura em torno das concessões de serviço público. Passava-se dos contratos de concessão e dos instrumentos de permissão que tornavam os prestadores de serviço verdadeiras repartições públicas sob a forma privada (o que levava à assunção de todos os riscos da prestação de serviço pela Administração) para os contratos de concessão que efetivamente transferem riscos para o parceiro privado.

¹⁶⁸. Note-se que a Lei 8.987/1995, apesar de ter abandonado o regime de custo do serviço, mantém traços da concepção mais antiga de revisão contratual, que circunscreve a revisão à modificação da tarifa para adequação dos custos. Não é por acaso que, ao se referir às revisões contratuais, a Lei 8.987/1995 utiliza sempre a expressão “revisão tarifária”. A concepção mais moderna inclui na revisão contratual não apenas a possibilidade de modificação da tarifa, mas também do nível de serviço, do plano de investimentos e do prazo do contrato.

¹⁶⁹. Não cremos haver ilicitude na adoção do regime de custo do serviço. A Lei 8.987/1995 previu como regra o regime de preço do serviço, mas do modo como tratou o assunto não tornou ilícita a adoção do regime de custo do serviço. A opção entre um e outro regime deve ser, portanto, guiada pelas circunstâncias concretas do projeto. Note-se que a adoção do regime de preço-teto (*price cap*) implica adoção do regime de custo do serviço para os insumos não-controláveis pelo concessionário e do regime de preço do serviço para os demais aspectos da prestação de serviço.

¹⁷⁰. É esse, geralmente, o objetivo das metodologias de preço-teto (*price cap*). Extremamente relevante é a inclusão nos procedimentos de revisão dos mecanismos para a transferência aos usuários e ao Poder Público dos ganhos de eficiência na prestação do serviço. Note-se que, apesar de a grande maioria dos contratos de concessão prever mecanismos como o *price cap* (que consubstancia previsão de um deflator a ser aplicado sobre os valores das tarifas e da contraprestação pública para transferência ao usuário e à Administração do ganho estimado de eficiência na prestação do serviço), é comum que a aplicação de tais mecanismos não seja realizada, ou o seja de forma tímida, por duas razões: carência de dados e/ou de sofisticação técnica para a definição adequada das fronteiras de eficiência, que são a condição para a sua aplicação. Em regra, o problema, nesses casos, é menos de estruturação contratual (eis que vários contratos de concessão, em diversos setores, já prevêem mecanismos adequados para a transferência dos ganhos de eficiência) que de investimento em pesquisa para a obtenção de dados e na qualificação e preparação

Além disso, o regime de preço do serviço permite a adoção de regras para a revisão tarifária (por exemplo, a metodologia da empresa de referência, utilizada, atualmente, no setor elétrico) que reduzem a necessidade de análise dos custos específicos de cada concessionário pelo regulador, o que minimiza o problema da assimetria de informações.

As revisões contratuais são classificadas em *revisões periódicas*, realizadas em prazos estipulados no contrato ou nas resoluções de cada Agência Reguladora sobre o assunto, e *revisões extraordinárias*, realizadas a qualquer tempo, por provocação do parceiro privado ou da Administração, na ocorrência de eventos imprevistos que alterem o equilíbrio do contrato, respeitada a distribuição de riscos nele prevista.¹⁷¹

As revisões podem resultar em pagamentos de indenização e/ou alteração do valor das tarifas, dos níveis de serviço, dos planos de investimentos, da contraprestação pública e do prazo contratual.

A opção entre esses mecanismos, apesar de, da perspectiva do concessionário, ser em tese economicamente neutra (considerando que eles devem produzir o mesmo efeito no contrato), não o é quando se consideram as conseqüências distributivas, os incentivos para a maximização da eficiência do uso do serviço e suas conseqüências de natureza política.

A revisão por meio da alteração do valor das tarifas é, decerto, do ponto de vista da justiça distributiva e da eficiência na alocação de recursos, o melhor mecanismo, pois tem por efeito a internalização do custo do serviço pelos usuários. Isso leva os usuários a considerarem o valor efetivo do serviço quando da tomada da decisão sobre o meio mais eficiente para a consecução do seu objetivo, de maneira que não ocorra a superutilização ineficiente de um serviço, por conseqüência da alocação de seu custo a um terceiro (por exemplo, a Administração Pública).¹⁷²

Muitas vezes, entretanto, a capacidade de pagamento dos usuários do serviço estabelece limite para o aumento de tarifa.¹⁷³ O repasse do preço do serviço para a tarifa criaria ineficiência econômica, pela subutilização do serviço. Nesses casos, a modificação no valor do pagamento público se justifica.

Dadas as conseqüências políticas que muitas vezes resultam dos aumentos de tarifas, não é, entretanto, incomum a utilização, nos casos de contratos de concessão comum que envolvem pagamentos pela outorga, da mera redução dos pagamentos pela outorga.¹⁷⁴ A redução dos pagamentos da outorga foi, entretanto, evitada em alguns casos, pelos seus efeitos fiscais. É importante lembrar que os programas nacional e estaduais de desestatização dos anos 1990 tiveram entre os seus objetivos a realização de caixa para pagamento de serviços e do principal da dívida pública (cf. art. 1^o da Lei 9.491/1997) – objetivo, esse, que pressiona para que não se reduza o valor de pagamentos pela outorga. Como conseqüência desse objetivo, parcelas ou o total dos recebíveis de pagamentos por outorga de concessões de serviço público foram securitizados, ou seja, parte ou o total dos recebíveis que decorrem dos contratos de concessão foram alienados, de maneira que a redução dos valores dos recebíveis torna-se inviável.¹⁷⁵

No caso das PPPs a questão é delicada, especialmente do ponto de vista da estrutura interinstitucional necessária para decisão sobre a oneração da contraprestação pública. Eventual acréscimo no valor da contraprestação pública envolveria aspectos orçamentários, pois implicaria comprometimento de parcela dos orçamentos futuros de entes

adequada das equipes técnicas responsáveis pela regulação do contrato.

¹⁷¹. Os contratos de concessão de rodovias federais relativos ao primeiro lote não prevêm expressamente a revisão extraordinária por iniciativa da Administração Pública. Mas é óbvio que a ausência dessa previsão não impede que a Administração inicie procedimento de revisão.

¹⁷². Já existe atualmente vasta literatura econômica sobre a superutilização ineficiente de recursos de uso comum. Entre outros, cf.: H. Scott Gordon, “The economic theory of a common-property resource: the fishery”, *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n. 2, pp. 124-142; Erling Moxnes, “Not only the tragedy of the commons: misperceptions of bioeconomics”, *Management Science*, vol. 44, n. 9, pp. 1.234-1.248; Richard Cornes e Todd Sandler, “On commons and tragedies”, *The American Economic Review*, vol. 73, n. 4, pp. 787-792; Partha Dasgupta, *Economic Theory and Exhaustible Resources*, 1979; Robert Haveman, “Common property, congestion, and environmental pollution”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 87, n. 2, pp. 278-287.

¹⁷³. Na Espanha não é incomum que o Poder Público (central ou regional), por questões políticas, reduza o valor dos pedágios ou adie seu reajuste contratualmente pactuado. O concessionário recebe, para tanto, uma compensação por meio de pagamento do Governo (cf. ASECAP – Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage, *Infrastructure Financing Systems within ASECAP*, 13.5.2003, p. 10).

¹⁷⁴. O que só é possível quando tais pagamentos não foram securitizados.

¹⁷⁵. Exemplo interessante foi a alienação de créditos do DER – Departamento de Estradas de Rodagem, do Estado de São Paulo, contra a concessionária AUTOBAN, para pagamento de dívidas que decorriam de contratos celebrados para a construção do Trecho Oeste do Rodoanel Mário Covas.

governamentais, o que não pode ser decidido por uma Agência Reguladora ou um órgão setorial independentemente dos órgãos responsáveis pela elaboração e controle da execução orçamentária, tais como os órgãos fazendários e de planejamento. Daí por que nesses casos será necessária a criação de procedimento a permitir a interação e a participação dos órgãos responsáveis pela elaboração e execução dos orçamentos na decisão sobre o aumento da contraprestação pública.

As modificações nos planos de investimentos são também mecanismo importante para se equilibrar os contratos. Nos contratos celebrados ao longo dos anos 90, alterações dos planos de investimento têm sido realizadas para adequá-los à experiência da prestação do serviço, o que é a sua função ordinária. Do ponto de vista político, entretanto, eles podem funcionar também como válvulas-de-escape utilizadas quando alterações nas tarifas e nas receitas públicas não podem ser realizadas.

Por fim, o último mecanismo para a realização de reequilíbrio do contrato é a alteração do seu prazo de vigência. Não encontramos contratos já firmados que cogitem dessa possibilidade no Brasil. Na experiência internacional, entretanto, esse mecanismo tem sido bastante discutido e utilizado,¹⁷⁶ particularmente após os estudos de Eduardo Engel, Ronald Fischer e Alexander Galetovic¹⁷⁷ sobre a realização de licitação utilizando como critério de julgamento o menor valor presente líquido de receita. Engel, Fischer e Galetovic demonstram que os contratos de concessões (aqui, usado o termo no seu sentido econômico) em regra serão lucrativos em algum momento entre o seu décimo e o seu trigésimo ano de vigência. As incertezas que envolvem a implementação do projeto, a sua demanda etc., em regra, não colocam dúvida sobre isso.¹⁷⁸ Com base em evidências econômicas, os autores defendem, por isso, que a melhor forma de implementar os projetos é fazer a licitação pelo menor valor presente líquido das receitas do projeto, utilizando-se preferencialmente o prazo do contrato como instrumento para a realização do reequilíbrio caso a receita líquida oferecida pelo licitante vencedor não se realizar no prazo inicialmente pactuado no contrato. Observe-se que, devidamente regulamentado no edital e no contrato, não haveria nenhuma incompatibilidade entre esse sistema de licitação e de reequilíbrio econômico financeiro e o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

Observe-se que a utilização do aumento do prazo do contrato como mecanismo para a realização do equilíbrio econômico-financeiro, a depender do modo como for realizado e das condições contratuais, pode implicar a transferência para o concessionário de vantagens indevidas. O exemplo mais comum é a realização do aumento do

¹⁷⁶ V., como exemplo, o caso da Dulles Greenway, rodovia de 14 milhas, com acesso pedagiado, entre o Leesburg e a rodovia que liga o Rododanel de Washington, DC, ao Aeroporto de Dulles, na qual, devido à insuficiência das receitas para a adequada remuneração do parceiro privado, estendeu-se em 20 anos o prazo da concessão. Originalmente, o contrato tinha seu termo em 2036; agora, em 2056 (cf. www.fhwa.dot.gov/ppp/case_studies.htm e <http://www.dullesgreenway.com>).

¹⁷⁷ Eduardo Engel, Ronald Fischer e Alexander Galetovic, “Least-present-value-of-revenue auctions and highway franchising”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5, pp. 993-1.020. Cf. também, dos mesmos autores, “Highway franchising: pitfalls and opportunities”, *The American Economic Review*, vol. 87, n. 2, “Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association (May 1997)”, pp 68-72; “Privatizing highways in Latin America: fixing what went wrong”, *Economia, The Journal of the Latin American and Caribbean Economics Association (LACEA)*, vol. 4, n. 1, pp. 129-158; “A new approach to private roads”, *Regulation*, pp. 18-22.

¹⁷⁸ É por essa razão que a estrutura de mitigação do risco de demanda por meio de disponibilização pelo Poder Público de *subordinated loan facility*, nos moldes do que se fez na rodovia M-5, na Hungria, é efetiva em contratos de longo prazo – por exemplo, 35 anos –, pois em algum momento da vigência do contrato ele será lucrativo. Sobre esse assunto, v. item IV.6, nota de rodapé 27.

¹⁷⁹ Note-se que, apesar de a situação não ser usual no Brasil, já existia, mesmo antes dos estudos de Engel e outros, experiência internacional de uso do menor prazo de contrato como sistema de julgamento da licitação, o que é diferente, evidentemente, do uso do menor valor de receita presente líquida, nos moldes sugeridos por tais autores. V., neste sentido, o programa de concessões levado a cabo pelo Governo Salinas, no México, no princípio da década de 90, no qual, considerando as dificuldades de se obter financiamentos de longo prazo (durante os anos 80 a inflação mexicana e as inseguranças institucionais dificultavam a obtenção mesmo de instrumentos de médio prazo – por exemplo, cinco anos) e a busca de um critério absolutamente objetivo para julgamento das licitações, para evitar suspeitas de corrupção, captura etc., as outorgas foram feitas usando como critério de licitação o menor prazo de contrato, tendo como prazo máximo 20 anos (cf. José A. Gomez-Ibáñez e John R. Meyer, *Going Private: the International Experience with Transport Privatization*, Capítulo 9).

¹⁸⁰ Andrés Gómez-Lobo e Sergio Hinojosa (“Broad roads in a thin country – Infrastructure concessions in Chile”, *World Bank Policy Research Working Paper* n. 2.279) sugerem, com base no caso da Costanera Norte, no Chile – apesar de as evidências serem anedóticas –, que há limites no valor que os investidores colocam na extensão do prazo do contrato para além de 30 anos. Isso sugere uma situação em que a precificação destas extensões de prazo seja marginal para o investidor no momento da outorga ou da renegociação, especialmente porque ela não toca os problemas de liquidez e fluxo de caixa, e bastante relevante quando da sua ocorrência, o que sugere que o Poder Público deve ter cuidados especiais na modelagem da possibilidade de extensão de prazo para efeito de reequilíbrio de contrato. Uma solução interessante seria a combinação da possibilidade de extensão de prazo com o estabelecimento de uma *stand by loan facility*, que proveria empréstimos subordinados pagáveis depois da dívida *senior*, resolvendo, dessa forma, os problemas de liquidez e fluxo de caixa. Esse tipo de mecanismo foi utilizado no projeto da Rodovia M-5, descrito perfunctoriamente no item 4.6, na nota de rodapé 27.

prazo do contrato muitos anos antes do seu termo. A incerteza sobre o crescimento da demanda leva geralmente à avaliação conservadora da sua ocorrência. Caso a demanda se realize para além do estimado, o concessionário termina por se apropriar do excedente não previsto da demanda, se aditivo ao contrato não prever mecanismos para endereçar essa hipótese adequadamente.

V.5 – A preservação da atualidade dos serviços

A preservação da atualidade dos serviços é direito do usuário, que já era protegido sob o regime das concessões comuns (art. 6º da Lei 8.987/1995). A Lei de PPP apenas exige que constem do contrato os mecanismos que permitam alcançar essa finalidade.

Perceba-se que, em uma época na qual as mudanças técnicas e tecnológicas ocorrem cada vez mais rapidamente, será, muitas vezes, difícil prever e dispor em contrato sobre as alterações na prestação do serviço eventualmente necessárias à preservação da sua atualidade. Daí que o cumprimento da exigência legal ora comentada se faça especialmente por meio da previsão de procedimentos para a revisão das cláusulas regulamentares do contrato e dos critérios para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Problema especialmente complicado se põe naqueles setores em que a rapidez da evolução tecnológica exige mudança das características mais peculiares do serviço para o cumprimento dos seus objetivos. Exemplo é o caso dos serviços na área de tecnologia da informação, onde muitas vezes, em curto período, um serviço se torna obsoleto e tem seus objetivos atingidos por outros serviços disponibilizados pelo desenvolvimento de novas tecnologias.¹⁸¹ Dado que isso é uma característica, por assim dizer, estrutural do setor de tecnologia da informação, existe já debate no âmbito internacional, mais desenvolvido na Inglaterra, sobre a conveniência e os ganhos de eficiência da realização de PPP para contratos nesse setor. A conclusão recente da *PUK Partnerships UK*, órgão equivalente no Governo britânico à Unidade de PPP do Governo Federal, é que não vale a pena a realização de PPP nesse setor, exatamente pelas dificuldades que decorrem do processo de atualização dos serviços e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Tais dificuldades são de tal monta que colocam em jogo mesmo os ganhos de eficiência que decorrem da realização de PPP.

V.6 – A inadimplência do parceiro público

O art. 5º, VI, tem por escopo exigir que conste dos contratos de PPP a previsão dos eventos caracterizadores da inadimplência do parceiro público, formas de regularização e, quando cabível, do acionamento da garantia.

Perceba-se, entretanto, que sua redação se refere apenas à inadimplência *pecuniária* do parceiro público. Considerando que a contraprestação pública pode ser feita de várias formas, diversas do pagamento em pecúnia,¹⁸²⁻¹⁸³ (conforme o art. 6º da Lei de PPP), parece-nos que a redação do art. 5º, VI, está aquém do seu real objetivo.

Por outro lado, o conceito de contraprestação pública não abarca diversas obrigações, ainda que de natureza pecuniária. As obrigações derivadas de multas ou indenizações, por exemplo, podem ser classificadas como obrigações pecuniárias e, no entanto, não fazem parte da contraprestação pública.

Seria melhor, por essas razões, que a redação do dispositivo tivesse se restringido a utilizar a palavra “inadimplência” sem qualificá-la com o adjetivo “pecuniária”.

Esse efeito pode e deve ser atingido mediante a técnica de interpretação teleológica, pois não faria sentido adotar a interpretação literal mais restritiva, como acima aludido, sob pena de, em nome de preciosismo semântico, retirar do dispositivo a possibilidade de produzir o objetivo desejado.

Importa definir claramente os fatos que caracterizam a inadimplência – qualquer que seja sua natureza – do parceiro público e, também, do privado.

Apesar disso, não se pode negar que a principal inadimplência do parceiro público é o não-pagamento da

¹⁸¹. Em alguns setores, como o de telecomunicações e o de energia elétrica, apesar de a evolução tecnológica produzir efeitos notáveis na definição dos níveis de serviço, já existem reflexão e mecanismos relativamente consolidados sobre o modo de lidar com esse tema.

¹⁸². Há diversas obrigações contratuais – as obrigações de fazer, por exemplo – que nem de longe poderiam ser classificadas como obrigações pecuniárias, as quais têm, sobretudo, a natureza de obrigação de dar.

¹⁸³. Os pagamentos da contraprestação pública poderão ocorrer também por outros meios admitidos em lei, inclusive outorga de direitos em face da Administração Pública e outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. A cessão de créditos não-tributários pode ser considerada contraprestação de natureza pecuniária, por ter em si um valor fixado monetariamente.

contraprestação pública. Como na PPP a remuneração da concessionária advém, total ou parcialmente, do parceiro público, o sucesso do contrato, do ponto de vista do parceiro privado, depende em grande medida da exata definição dos termos em que poderá acionar o parceiro público para exigir o pagamento que lhe é devido ou, até mesmo, deixar de prestar o serviço.

Para o Poder Público a inadimplência da contraprestação pública não é menos grave. Como os projetos são estruturados com base num fluxo financeiro regular, o desequilíbrio causado pela ausência do pagamento da contraprestação coloca em risco a continuidade e a qualidade do serviço prestado.

Para verificar o inadimplemento da obrigação de contraprestação pública, basta checar se houve o pagamento no prazo avençado. Porém, a questão ganha contornos mais complexos quando se busca analisar os efeitos desse inadimplemento.

Ao exigir a definição dos modos e do prazo para regularização, o dispositivo cria a oportunidade para o parceiro público efetuar o cumprimento da obrigação em momento posterior ao seu vencimento. Responderá, evidentemente, pelo atraso, com o incremento da atualização monetária e de juros de mora e, eventualmente, de multa ou de indenização por perdas e danos.

Conquanto esteja caracterizado o inadimplemento, em face do não-cumprimento da obrigação no prazo acordado, o direito legítimo de acionar o parceiro público e executar garantia surgirá tão-somente se o pagamento não for regularizado nos termos do contrato. A rigor, portanto, o parceiro privado apenas estará autorizado a tomar qualquer providência contra o parceiro público depois de decorrido o prazo para regularização ou se, após a suposta regularização, continuar descontente.

A partir desse instante, não há outro caminho senão buscar o ressarcimento mediante a execução da garantia, se houver, ou, em caso negativo, a cobrança do crédito, judicial ou extrajudicialmente, conforme o mecanismo de solução de controvérsias disposto no contrato de concessão.

Nos casos em que o meio de pagamento seja cessão de créditos não-tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública ou outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, será ainda mais importante, em face de sua maior complexidade, definir os termos e condições exatos para o pagamento e sua regularização, de modo a facilitar a caracterização do inadimplemento e a definição do momento a partir do qual será possível acionar o parceiro público e a garantia, se houver.

É importante mencionar, quanto à forma de acionamento da garantia, que esse procedimento constitui um dos principais aspectos a conferir segurança ao parceiro privado. No Regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP esse procedimento foi detalhadamente definido, tendo recebido, inclusive, proteção no que toca à sua estabilidade, por meio de instrumento similar à cláusula pética.¹⁸⁴

Por fim, vale ressaltar, conforme o dispositivo deixa claro ao utilizar a expressão “quando houver”, que nem todas as obrigações do parceiro público estarão necessariamente garantidas, nem mesmo a contraprestação pública. Diante disso, é imprescindível que o contrato explicita exatamente quais obrigações disporão de garantia, e em que limite.

V.7 – Os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado

O inciso VII do art. 5º da Lei de PPP trata do conjunto de indicadores de desempenho cujo estabelecimento é necessário para avaliação do parceiro privado no cumprimento das suas obrigações contratuais.

Esses indicadores constituem instrumentos intimamente relacionados à própria especificação do conteúdo das obrigações que o parceiro privado assume ao celebrar o contrato, sobretudo os níveis de serviço.

Nesse sentido, é importante notar que, ao exigir previsão dos critérios de avaliação do desempenho, o dispositivo agrupa dois elementos que, de uma perspectiva analítica, é conveniente escandir: de um lado, os indicadores de *performance* a serem utilizados para definir as obrigações do parceiro privado; doutro, os mecanismos de monitoramento do cumprimento de tais indicadores. Evidentemente que o ideal é que todos os indicadores de *performance* utilizados no contrato sejam objetivamente verificáveis por meio das estruturas de monitoramento e avaliação já existentes ou previstas no contrato. Chamamos a atenção para este assunto porque nem sempre os indicadores de resultado utilizados cumprem o requisito da “verificabilidade objetiva”.¹⁸⁵

¹⁸⁴. O art. 47 do Regulamento do FGP estabelece que: “A alteração do § 7º do art. 2º e dos arts. 6º, 16, 17, 22, 25, 31 e 36 desse Regulamento não poderá ocorrer em detrimento dos direitos assegurados em contrato aos parceiros privados beneficiários de garantias outorgadas pelo FGP”. O procedimento de execução da garantia está previsto justamente no art. 31 desse Regulamento, de maneira que não pode ser alterado em detrimento dos direitos dos parceiros privados.

¹⁸⁵. V., como exemplo de indicador não-verificável, o utilizado nos contratos de concessão rodoviária federal e do Estado de São Paulo em

Questão preliminar à definição dos indicadores de serviço é saber em que medida os objetivos da prestação do serviço podem ser cumpridos por meio do estabelecimento de relação contratual com ente privado. Tal impossibilidade se traduz geralmente em insuficiência dos possíveis indicadores de serviço para a obtenção dos anseios da Administração Pública. Como já asseveramos no item IV.1, na nota de rodapé 5, não é recomendável a desestatização de um serviço se seu escopo, metas, resultados, não podem ser especificados adequadamente em contrato.¹⁸⁶ A verificação da viabilidade de cumprimento dos objetivos colimados pela Administração por meio da celebração de contrato com ente privado, deve fazer parte das análises preliminares à contratação de PPP.¹⁸⁷

É necessário lembrar que a razão fundamental para a contratação pelo Poder Público de serviços a serem prestados pela iniciativa privada são as evidências de que os parceiros privados podem ser mais eficientes que a Administração no provimento desses serviços, seja aos usuários ou ao próprio Poder Público.

A condição primeira para a obtenção da eficiência é a especificação adequada das obrigações do parceiro privado e do modo como ele será avaliado para efeito de remuneração pelos serviços prestados. Tal especificação, ao apontar os resultados que a Administração pretende extrair do contrato, define o foco do parceiro privado, o alvo a ser atingido como condição para realizar suas expectativas de lucro.

Por outro lado, é preciso que, além de especificar claramente os objetivos do parceiro privado na prestação do serviço, o contrato crie os incentivos econômicos para o seu cumprimento. Nesse sentido, é fundamental a vinculação do mecanismo de pagamento da contraprestação pública aos indicadores de *performance* previstos no contrato. Em outras palavras, é importante que o contrato preveja deduções no pagamento da contraprestação pública para o caso de não-cumprimento ou cumprimento deficiente dos indicadores de *performance*. Perceba-se que a Lei de PPP permite a vinculação entre o mecanismo de pagamento e as especificações dos serviços – o que, aliás, não é completamente novo no plano das concessões de serviço público. Contratos de concessão vigentes em diversos setores já exigem o cumprimento de índices de qualidade mínima do serviço como condição para autorizar a cobrança de tarifa.¹⁸⁸

relação à capacidade de tráfego das rodovias. O sistema utilizado internacionalmente e entre nós para medir o nível de serviço de rodovias no que concerne à sua capacidade de tráfego (não mede qualidade do pavimento) é o *HCM – Highway Capacity Manual*, que o faz com base nos seguintes critérios: (i) *ATS – Average Travel Speed*, que é a velocidade média dos veículos no trecho; (ii) *PTSF – Percent Time Spent Following*, que é o percentual de tempo que um dado veículo permanece seguindo outro veículo no trecho.

Os contratos das concessões rodoviárias federais (a primeira rodada, conduzida pelo DNER na década de 90, e a segunda rodada, atualmente sob condução da ANTT) estabelecem que a rodovia não pode permanecer mais 200 horas/ano no nível de serviço “D” do HCM. Os contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo, por sua vez, estabelecem que a rodovia não pode permanecer mais que 50 horas/ano no nível de serviço “D” do HCM.

O problema desses indicadores é que não existe metodologia no Brasil para medir o PTSF (percentual de tempo seguindo um outro veículo). Para desenvolvê-la, seriam necessárias pesquisas de campo complexas, caras e demoradas. Não existe também no Brasil metodologia para medir o tempo (número de horas) que uma determinada rodovia permanece em determinado nível do HCM, no caso no nível “D”.

A consequência da previsão nos estudos e nos contratos da exigência do nível “C” de serviço é que aumenta o custo do investimento estimado do concessionário, empurrando para cima os preços de referência da tarifa para o processo de licitação. No caso, por exemplo, de uma licitação por menor tarifa, isso empurraria o preço da tarifa máxima admitida no processo de licitação para cima. Contudo, como os critérios para verificação dos níveis de serviço não são objetivos, não há como, após o início da operação da rodovia pelo concessionário, verificar se, de fato, os usuários estão usufruindo o nível “C” de serviço. Portanto, aumenta-se o investimento estimado sem que isso implique necessariamente melhoria do serviço para o usuário.

Mais razoável seria utilizar critérios objetivamente mensuráveis para a definição dos níveis de serviço, como, por exemplo, a velocidade média (ATS) dos veículos nos trechos, já que é hoje viável, por meio de GPS e tacógrafo instalado em veículo da Agência, ou por meio de *tickets* de pedágio com validação/registro do horário de passagem por cada praça, a mensuração objetiva da velocidade média na rodovia. Alguns argumentam que essa sugestão iria de encontro ao previsto na norma sobre o assunto do DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, que é o *Manual de Projeto Geométrico de Rodovias Rurais*. Contudo, o referido *Manual* estabelece, em sua p. 38, que: “O HCM oferece a base analítica para cálculos de projetos e tomada de decisão, porém o planejador deverá usar seu tirocínio para selecionar o nível de serviço adequado. O planejador poderá selecionar um volume de serviço projetado mais baixo do que a demanda prevista no caso de certas rotas de lazer ou por razões ambientais ou de planejamento de uso específico da terra” (grifamos). Somos gratos, sobretudo, a Bárbara Brito pelos debates sobre esse assunto. Jacques Cellier e Ernesto Preussler também nos trouxeram informações relevantes para esse debate.

¹⁸⁶. Cf. D. E. M. Sappington e J. E. Stiglitz, “Privatization, information and incentives”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 6, pp. 567-582; C. Shapiro e R. Willig, “Economic rationales for the scope of privatization”, in E. N. Suleiman e J. Waterbury (eds.), *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*, 1990.

¹⁸⁷. Sobre isso, v. o item III da “Introdução” e os itens IV.1 e XV destes “Comentários”.

¹⁸⁸. Na maioria dos contratos o momento crítico de realização da aferição do cumprimento desses índices é imediatamente após a fase de investimentos iniciais, quando da autorização pelo Poder Público para início da cobrança da tarifa pelo parceiro privado. As obrigações do Poder Público de fiscalização do contrato exigem, entretanto, que a verificação do cumprimento de tais índices seja permanente ou periódica. Vale notar que nas PPPs é possível gerar incentivo econômico para o adequado cumprimento do contrato por meio da realização de deduções na contraprestação pública todas as vezes que o parceiro privado não atingir os índices estabelecidos no contrato. Nas concessões comuns a questão se resolve geralmente pela aplicação de multas, pois a modificação freqüente do valor da tarifa é de difícil implementação, por questões operacionais.

Portanto, nessa seara, a Lei de PPP vem menos para inovar que para consolidar uma cultura de estabelecimento de relações contratuais focadas na definição do resultado almejado e com crescente condicionamento do cumprimento das obrigações do Poder Público e dos usuários à efetiva disponibilização ou prestação do serviço com a qualidade contratada.

Como mencionamos, o dispositivo sob comento exige que os critérios estabelecidos para avaliação do desempenho do parceiro privado sejam objetivos. A dificuldade do cumprimento desse desiderato é, evidentemente, função da maturidade do mercado do serviço a ser contratado pela Administração Pública.

Quanto mais comum for a contratação do serviço, mais fácil será a obtenção de critérios para a avaliação do desempenho do parceiro privado, pela razão óbvia de que a contratação amíúde de serviços no mercado leva ao desenvolvimento de padrões de qualidade, que tendem a se uniformizar.

Duas situações requerem, neste particular, atenção especial. A primeira diz respeito aos casos em que, sendo o Estado o principal contratante dos serviços, não existe ainda uma cultura de contratação baseada em *performance* do parceiro privado. Vale, neste ponto, trazer à tona a distinção entre contratos focados em obrigações de *performance* e contratos focados em obrigações de investimento. No primeiro caso a obrigação contratual do parceiro será o cumprimento de indicadores de resultado do serviço. No segundo caso, o contrato torna obrigatória a realização de obras ou investimentos específicos independentemente do impacto que terão sobre os índices de serviço.¹⁸⁹ Em setores em que o Poder Público é o principal ou o único contratante é comum haver cultura consolidada de realização de contratos baseados em obrigações de investimento, inclusive com definição do modo e forma a serem utilizados para a execução da obra. Nestes casos, muitas vezes o desenvolvimento de contratos baseados em indicadores de *performance* é um desafio,¹⁹⁰ pois requer uma mudança cultural, uma mudança do modo como os agentes públicos – os que modelam a contratação, os que monitoram o cumprimento das obrigações do parceiro privado e os que controlam os que monitoram (no caso do Governo Federal do Brasil, por exemplo, o TCU e a CGU) – percebem sua função e a dos parceiros privados contratados.¹⁹¹

A segunda situação que requer atenção especial, entretanto, é a contratação de serviços em mercado incipiente ou que esteja sujeito a alterações rápidas e permanentes por conta das evoluções tecnológicas do setor.

Quanto aos mercados incipientes, cumprirá ao Poder Público, quando da modelagem do processo de contratação, a tarefa de definir a exata característica do serviço que pretende adquirir – o que, em regra, requererá a contratação de especialistas.

Já no que concerne aos setores sujeitos a rápidas evoluções tecnológicas – como, por exemplo, o setor de tecnologia de informação – o desafio, em contratos de médio ou longo prazos como as PPPs, está em definir níveis de serviço e indicadores de desempenho que permaneçam atuais ao longo do contrato, apesar da perspectiva de evolução dos meios para sua prestação. Isso é tarefa difícil, e muitas vezes impossível. Em alguns setores – e o exemplo do setor de tecnologia de informação é didático nesse aspecto – a evolução tecnológica altera não apenas o modo de provimento de um serviço, mas as características do próprio serviço. Daí por que se tem formado consenso no sentido de que não é conveniente a realização pela Administração de contratos de longo prazo (como as PPPs) com parceiros privados para a prestação de serviços no setor de tecnologia da informação.

Por fim, é importante notar que o dispositivo examinado não se cinge a determinar que o contrato preveja as especificações do serviço. Refere-se a critérios de desempenho do parceiro privado sem especificar seu objeto, ou seja, sem determinar os aspectos da atuação do parceiro privado que devem ser controlados por índices de aferição de

¹⁸⁹. No setor de provimento de infra-estrutura rodoviária, por exemplo, é comum, mesmo em contratos focados em obrigações de *performance*, estabelecer determinadas obrigações de investimento – entre outras, a construção de passarelas para pedestres, de ruas laterais, passagens em nível etc.

¹⁹⁰. Interessante citar, como exemplo pioneiro de definição de indicadores de *performance* para contratação de parceiro privado para a manutenção de avenidas, ruas e rodovias urbanas, assim como de toda infra-estrutura rodoviária urbana relacionada (por exemplo, canteiros, respectiva vegetação, muros de contenção, barreiras de proteção etc.), o caso da *DC Streets*, no qual a *District of Columbia Division of Transportation* contratou a VMS, Inc., de junho/2000 a junho/2005 (cf. http://www.fhwa.dot.gov/ppp/case_studies.htm, <http://www.tfhrc.gov/focus/mar02/dc.htm>, http://wwwcf.fhwa.dot.gov/exit.cfm?link=http://transportation.vmi.edu/VTC_2001/speakers/1 e <http://wwwcf.fhwa.dot.gov/exit.cfm?link=http://www.zietlow.com/docs/washdcap.pdf>).

¹⁹¹. Não é nova entre os agentes públicos vinculados à elaboração e execução de programas de PPP no mundo a percepção de que a mudança de contratos focados em *inputs* para contratos baseados em *outputs* desencadeia, muitas vezes, nos técnicos dos órgãos setoriais, a percepção de perda de controle sobre o modo como o serviço será prestado. Como a flexibilização da forma de realização dos investimentos pelo parceiro privado é central para a produção de ganhos de eficiência, é necessário que os agentes políticos responsáveis pela implementação do programa de PPP tenham capacidade de discernir entre resistências legítimas e ilegítimas (que decorrem sobretudo do continuísmo das práticas burocráticas) e sejam hábeis e tenham força para enfrentar e se sobrepor as tais resistências.

desempenho. Reflete o dispositivo tendência de que nas PPs o controle do desempenho do parceiro privado se dê de forma abrangente. Daí que, a par dos critérios de desempenho relativos ao serviço objeto do contrato, é comum que os contratos de PPP estabeleçam regras sobre, por exemplo, a saúde financeira da SPE – Sociedade de Propósito Específico, sobre o cumprimento de obrigações ambientais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias e sobre a governança corporativa da concessionária.

Em relação aos critérios para a prestação do serviço, a tendência já existente no plano das concessões de serviço público – e que tende a se consolidar sob a égide da Lei de PPP – é, como já mencionamos acima, no sentido de centrar atenção nos resultados, no *output* que o Poder Público deseja obter com a contratação. O objetivo é gerar o incentivo adequado para que o parceiro privado busque a forma e os meios mais eficientes para a prestação dos serviços,¹⁹² supondo-se, evidentemente, que o contrato preverá os mecanismos para que os ganhos de eficiência que decorrem das opções concedidas ao parceiro privado sejam, de alguma forma, repassados aos usuários e ao Poder Público. Doutro lado, isso permite que o Poder Público, no seu mister de fiscalizar o contrato, foque-se naqueles aspectos que são relevantes para a caracterização do serviço, para a definição dos seus níveis de qualidade, segurança e confiabilidade.

Além disso, é preciso que os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado controlem também sua capacidade de manter tais níveis de qualidade, segurança e confiabilidade dos serviços ao longo de todo o período de validade do contrato. Isso requer avaliação das perspectivas de sustentabilidade do negócio e da sua capacidade de gerar os recursos necessários à realização dos investimentos exigidos para a manutenção da atualidade da prestação dos serviços, o que se faz por meio do estabelecimento de critérios de avaliação da saúde financeira da concessionária, como, por exemplo, entre outros, a relação entre capital próprio e de terceiro, o cumprimento de determinados índices econômico-financeiros, como a taxa de cobertura da dívida, com exigências que podem, inclusive, variar de acordo com os períodos de execução do contrato. Na experiência internacional não tem sido também incomum exigir da concessionária o cumprimento de determinados padrões de governança corporativa, não somente porque o compromisso com tais padrões tende a aumentar a transparência da sua atuação, mas também porque, em mercados desenvolvidos, isso é, muito amiúde, condição para obtenção de recursos de terceiros a preços mais baixos.

Por fim, é preciso garantir que a produção de eficiência na prestação do serviço não seja realizada à custa da produção de externalidades negativas ou à custa do descumprimento da lei. Para isso, é conveniente estabelecer indicadores de desempenho que possam refletir a atuação da concessionária na prevenção e na solução de questões ambientais, no cumprimento da legislação trabalhista, previdenciária e tributária.

Tem-se discutido em países que estão mais avançados na implementação dos seus programas de PPP a necessidade de evitar que a eficiência na prestação do serviço pelos parceiros privados seja obtida por meio do pagamento de salários mais baixos que os pagos pelo Poder Público. Isso especifica e sofisticada a idéia de busca de eficiência que deve basear a realização das PPPs. Trata-se de eficiência operacional e na realização do investimento, produzida pela suposta superioridade da iniciativa privada de se orientar pelos interesses do seu cliente, de ter objetivos bem definidos e de se adequar para o cumprimento de obrigações contratuais, pelo temor de sanções (particularmente a de, em última análise, ter sua falência ou a caducidade do contrato declarada).

Essa sofisticação, entretanto, não parece fazer sentido no contexto brasileiro, particularmente porque a remuneração paga aos funcionários, celetistas e demais ocupantes de cargos no Poder Público, por consequência das peculiaridades da legislação que lhes é aplicável, não necessariamente reflete valores com estrutura adequada para incentivar eficiência. Por isso, exigir-se manutenção do mesmo padrão de remuneração apenas consolidaria disparidades injustificáveis e uma estrutura inadequada para produzir incentivos para a eficiência.

V.8 – As garantias de execução do contrato

O inciso VIII do art. 5^º trata da possibilidade de a Administração exigir do parceiro privado garantias de execução do contrato.

Nos contratos de concessão exige-se, geralmente, além do seguro de *performance* (*performance bond*), que garante a fiel execução das cláusulas contratuais, o seguro de danos materiais, que cobre perdas e danos que decorrem de riscos de engenharia, operacionais, máquinas e equipamentos de construção; seguro de responsabilidade civil, que cobre a responsabilidade da concessionária e/ou da Administração por danos causados, inclusive custas processuais e

¹⁹². O foco no resultado da prestação do serviço cria incentivo para a eficiência do parceiro privado. Dado que para o cumprimento do contrato interessa apenas o resultado, os meios, as tecnologias, os materiais etc. para a prestação do serviço ficam à completa disposição do parceiro privado, que pode escolher o desenho, o modelo, mais eficiente para a prestação do serviço. Isso cria, também, um incentivo para o emprego da criatividade e para o investimento no desenvolvimento de métodos e tecnologias novas para a prestação do serviço.

outras despesas devidas, que venham a atingir a integridade física, patrimonial e moral de terceiros; seguro de acidente de trabalho, que cobre acidentes de trabalho envolvendo trabalhadores que atuem na concessão, inclusive funcionários da Administração no exercício das suas funções fiscalizatórias; e seguro de lucros cessantes, que cobre prejuízos financeiros, entre outros, decorrentes da interrupção da cobrança das tarifas.¹⁹³

Esses seguros são geralmente apresentados pelo licitante vencedor como condição para a assinatura do contrato e têm, em regra, validade de um ano. Os contratos de concessão costumam estabelecer a obrigação do parceiro privado de renová-los anualmente um mês antes do seu vencimento.

O dispositivo comentado, a par de mencionar que as garantias devem ser suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos na execução, estabelece os limites das garantias que podem ser requeridas pelo Poder Público do contratado.

As regras sobre exigência de garantias de execução de contratos administrativos no Brasil têm marcada preocupação em evitar a criação de barreiras de entrada nas licitações. Por exemplo, um contrato que requeira, desnecessariamente, garantias as quais, dado o seu valor, só poderiam ser oferecidas por empresas de grande porte. Para evitar a ocorrência desse tipo de situação, a Lei 8.666/1993, no seu art. 56, restringe o valor das garantias de execução do contrato.

Essa preocupação permeia o inciso VIII do art. 5º, que remete a definição dos limites das garantias a serem exigidas para a contratação de PPP, no caso das concessões patrocinadas, ao dispositivo sobre o assunto constante da Lei 8.987/1995; e, no caso das concessões administrativas, à Lei 8.666/1993.

A intenção do dispositivo é manter para as concessões patrocinadas a mesma regra aplicável às concessões comuns, vez que ambas são espécies de concessão de serviço público. Remete, por isso, ao art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, que enuncia, *verbis*, que: “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conerá, especialmente: (...) XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra” (redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.1998).

A parte final do inciso XV do art. 18 da Lei 8.987/1995 claramente enuncia que, quando se tratar de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, o limite das garantias relativas às obras é o valor da própria obra.

Há, entretanto, controvérsia sobre esse assunto, que não foi resolvida pela Lei de PPP. O *caput* do art. 18 diz que o edital deverá observar “no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos” – o que alguns entendem ser suficiente para atrair a aplicação do art. 56 da Lei 8.666/1993.

Em relação às concessões administrativas o dispositivo comentado remete os limites da garantia aos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/1993, que dispõem:

“§ 3º. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato” (redação dada pela Lei 8.883, de 8.6.1994).”

“§ 5º. Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.”

O § 5º trata do seguro em relação ao valor dos bens que ficarão sob a guarda do parceiro privado para execução do contrato. A referência a esse dispositivo no inciso VIII do art. 5º da Lei de PPP torna possível crescer ao limite das garantias o valor daquelas exigidas para preservação dos bens dos quais o parceiro privado ficar depositário.

Em relação à menção ao § 3º, observe-se que ele cria exceção à regra prevista no § 2º do art. 56, que dispõe: “§ 2º. A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo” (redação dada pela Lei 8.883, de 8.6.1994).

Questão que se põe é saber se, ao remeter diretamente ao § 3º do art. 56, a Lei de PPP não atraiu a aplicação, ao mesmo tempo, do § 2º.

A resposta seria extremamente simples se o § 3º pudesse ser lido autonomamente, ou se ele simplesmente

¹⁹³. A enumeração dos seguros tomou por base aqueles que foram requeridos para a concessão patrocinada da BR 116/324.

determinasse um limite diferenciado para o valor das garantias a serem exigidas pela Administração. O problema é que o § 3º fala da possibilidade de elevar o limite da garantia previsto no § 2º, condicionando-a à realização, no caso concreto, das exigências que estabelece: existência de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis; e demonstração disso por meio de parecer “tecnicamente aprovado” (*sic*) pela autoridade competente. Fica, portanto, a dúvida sobre se o inciso VIII do art. 5º da Lei de PPP pretende aplicar diretamente o limite previsto no § 3º, ou aplicá-lo apenas nas condições excepcionais previstas no próprio § 3º, o que implicaria supor que permanece como regra o § 2º, que estabelece como limite 5% do valor do contrato.

Parece-nos que a interpretação mais correta é a que dá sentido integral à remissão feita pela Lei de PPP ao § 3º. Supor que se aplica a regra do § 2º e só excepcionalmente a do § 3º seria anular o sentido da remissão pela Lei de PPP ao § 3º, e não ao § 2º.

O legislador considerou que há em relação às PPPs presunção (*juris tantum*, é claro) de que se trata de contrato de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, e, por isso, o limite das garantias a serem requeridas nas PPP seria de 10% do valor do contrato.

Ficou mantida a necessidade de parecer técnico justificativo do montante das garantias e da sua aprovação pela autoridade competente. Esse parecer tem, entre outros, o objetivo de justificar o montante da garantia requerida, de maneira a evitar que a exigência de garantias desnecessárias crie barreiras à competição.

Por fim, é preciso comentar o problema do valor do contrato. As regras sobre garantias estipulam o limite para a garantia em função do valor do contrato. Ora, não há um critério técnico peremptório que defina exatamente o sentido de “valor do contrato” de concessão para esse efeito. Se é o valor, a preços constantes ou presente, do investimento requerido pelo parceiro privado ao longo de todo o prazo de vigência do contrato, das receitas estimadas do concessionário, ou da contraprestação pública etc. Portanto, a inexistência de um critério técnico peremptório para determinação do que exatamente é “valor de contrato” termina por criar margem de flexibilidade para o valor máximo das garantias a serem exigidas do parceiro privado.

V.9 – Compartilhamento de ganhos

decorrentes da queda do risco de crédito

O inciso IX do art. 5º da Lei de PPP prevê a possibilidade de compartilhamento de ganhos havidos para o parceiro privado por conta de refinanciamento de projeto, decorrente da queda do seu risco de crédito. É cediço que em projetos que envolvem construção (ou reabilitação), manutenção e operação por um período longo de um bem ou serviço o risco tende a cair sensivelmente após a fase de construção. Isso ocorre por duas razões. Em primeiro lugar porque superam-se os riscos e a complexidade que geralmente envolvem o período de construção do projeto (incertezas sobre a obtenção de todas as licenças ambientais, realização das desapropriações, entraves políticos e burocráticos, viabilidade financeira, custos efetivos e prazos para a realização dos serviços de engenharia). Em segundo lugar porque, com o início da operação, efetiva-se a demanda, o que torna viável mensurar a real capacidade de geração de receitas do projeto.

Nesse contexto, após a fase de construção não é incomum na experiência internacional que o parceiro privado consiga acesso a condições de financiamento mais vantajosas que as originalmente pactuadas, o que lhe permite melhorar os níveis de retorno dos investidores do projeto.

O art. 5º, IX, da Lei de PPP tem por objetivo reger o refinanciamento de projetos de PPP, que se espera ocorrer, pelas razões acima apontadas. A idéia de exigir compartilhamento dos ganhos gerados pelo refinanciamento entre parceiro privado e Poder Público reporta-se às complexas discussões relativas ao assunto havidas desde 2000 na Inglaterra.

O tratamento do assunto no projeto de Lei de PPP foi iniciado já na Câmara dos Deputados;¹⁹⁴ entretanto, sem o rigor técnico desejável. Não havia, então, compreensão nem da experiência inglesa, nem da necessidade de adaptação ao nosso contexto das reflexões feitas na atmosfera econômica e institucional britânica.

Nas linhas a seguir vamos fazer uma descrição perfunctória do tratamento do tema na Grã-Bretanha, para demonstrar o sentido e lugar da discussão naquele contexto. Depois vamos discutir sua adaptação ao contexto brasileiro.

¹⁹⁴. O projeto de lei aprovado na Câmara (PL 2.546/2003) tratava do assunto no seu art. 4º, IV.

V.9.1 – Uma visão perfunctória do tratamento do tema na Inglaterra

V.9.1.1 – Origens da discussão

As discussões sobre o refinanciamento de projetos de PFI iniciam-se em 2000 com o refinanciamento do *Fazakerley PFI Prison Contract*, por meio do qual os investidores conseguiram ganhos estimados em £ 14,1 milhões, dos quais o Poder Público se apropriou de apenas £ 1 milhão, em um contrato envolvendo receitas no valor de total de £ 247 milhões.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

Como se tratava do primeiro caso de refinanciamento de projeto de PFI e como, em vista das condições de mercado e do grau de maturidade do programa de PFI, havia a perspectiva de que vários outros contratos fossem submetidos a processos de refinanciamento, o NAO – *National Audit Office*¹⁹⁸ publicou um relatório sobre o assunto, que foi examinado e debatido no *Committee of Public Accounts* do Parlamento inglês.¹⁹⁹ Decorreram desse relatório e debates várias recomendações dirigidas aos diversos órgãos do Governo inglês implicados com o programa de PFI, que as atenderam, por meio do desenvolvimento de documentos, os quais esboçam, em suma, a política do Governo inglês sobre:

(a) os contratos celebrados anteriormente a 30.9.2002, por meio da criação do *Refinancing Early PFI Contracts – Code of Conduct*.²⁰⁰ Nesse documento estabeleceu-se que, quando não houver disposição específica sobre refinanciamento nos contratos, o Poder Público deverá se apropriar de 30% dos ganhos decorrentes do refinanciamento;²⁰¹

(b) cláusulas a constarem dos contratos celebrados após 30.9.2002. O item 35 do *SoPC – Standardisation of PFI Contracts*²⁰² (referido, daqui em diante, como “SoPC”) é a versão mais atual disso. Além de definir de forma mais específica o que é “refinanciamento” e de estabelecer critérios para o cálculo dos ganhos com refinanciamento, exige que conste dos contratos que os ganhos relativos ao refinanciamento sejam partilhados ao meio entre Poder Público e parceiro privado;

(c) práticas e procedimentos para a realização e acompanhamento pelo Poder Público dos refinanciamentos, de maneira a, de um lado, viabilizar os refinanciamentos e, doutro lado, assegurar a efetividade da participação do Poder Público nos ganhos realizados pelo parceiro privado.²⁰³

V.9.1.2 – O que caracteriza o refinanciamento no programa de PFI

O SoPC define “refinanciamento” de uma forma ampla, para abranger qualquer mudança na estrutura de financiamento do projeto que leve a um aumento ou aceleração das distribuições para investidores ou redução dos seus

¹⁹⁵. Nos contratos de PFI de prisões 100% da receita provêm dos pagamentos públicos.

¹⁹⁶. PFI Refinancing Update, *Report by the Comptroller and Auditor General*, HC584 Session 1999-2000, Appendix 1, Annex 1.

¹⁹⁷. PFI Refinancing Update, *Report by the Comptroller and Auditor General*, HC584 Session 1999-2000, Examination of Witnesses, Question 1.

¹⁹⁸. PFI Refinancing Update, *Report by the Comptroller and Auditor General*, HC584 Session 1999-2000.

¹⁹⁹. *Minutes of Evidence taken before the Committee of Public Accounts*, Wednesday 1 November 2000.

²⁰⁰. Como os contratos de PFI assinados antes de 2000 não tinham cláusulas sobre a repartição de ganhos decorrentes de refinanciamento, havia dúvidas sobre o direito do Poder Público de participar dos ganhos. Por essa razão, nas discussões iniciais sobre o assunto, a exigência contratual de aprovação de qualquer refinanciamento pelo Poder Público foi utilizada como uma das ferramentas para pressionar no sentido do compartilhamento dos ganhos.

²⁰¹. *Refinancing Early PFI Contracts – Code of Conduct*, item 8, (i).

²⁰². Version 3, April/2004.

²⁰³. Cf., entre outros, *OGC Guidance Note on Calculation of the Authority's Share of a Refinancing Gain* e HM Treasury, *Application Note – Value For Money in Refinancing*. Relatório do NAO sobre o assunto, publicado em novembro/2002, sintetiza os esforços feitos até então pelos órgãos de governo para atingir os objetivos descritos e recomendações adicionais para tanto (cf. PFI Refinancing Update, *Report by the Comptroller and Auditor General*, HC1.288 Session 2001-2002, 7.11.2002).

compromissos para com o projeto.²⁰⁴

A título de exemplificação, o SoPC enumera algumas transações que podem dar margem a ganhos com o refinanciamento, entre outras: redução das taxas de juros, redução ou liberação de contas-reserva, dilatação do prazo de carência da dívida ou de sua maturidade, aumento do montante da dívida e, ainda, refinanciamentos realizados sem o envolvimento direto do parceiro privado – por exemplo, por meio uma sociedade constituída exclusivamente para deter participação no parceiro privado, mas que se baseie em direitos incidentes sobre o fluxo de caixa, ativos ou contratos do parceiro privado.

O SoPC determina, ademais, que conste do contrato de PFI a obrigação do parceiro privado de submeter previamente as operações de financiamento à aprovação do parceiro público. A razão disto é que a estrutura do refinanciamento pode aumentar a exposição do parceiro público a riscos.

O SoPC, por fim, estabelece um conjunto de operações de refinanciamento que não necessitam da aprovação do Poder Público ou cujos eventuais ganhos não são objeto de partilha com o Poder Público. Por exemplo, as operações que envolvem apenas financiamento corporativo (*corporate finance*).²⁰⁵

V.9.1.3 – Cálculo, compartilhamento, pagamento dos ganhos com refinanciamento em projetos de PFI

Considerando a complexidade e as diversas formas que pode assumir o refinanciamento, o SoPC não estabelece regras e metodologias rígidas para cálculo e pagamento dos ganhos com refinanciamento, apenas algumas diretrizes.

Em relação à apuração do valor dos ganhos de refinanciamento, a diretriz é verificar, em valor presente, a diferença entre as distribuições para os investidores antes e depois do refinanciamento. A taxa de desconto utilizada para tanto é a taxa interna de retorno do investidor (*equity IRR*) no caso-base do projeto.

Quanto ao compartilhamento, o SoPC estabelece que os ganhos com refinanciamento devem ser divididos meio a meio entre parceiro privado e Poder Público.

O SoPC é bastante flexível também em relação ao modo de pagamento da participação pública. Como regra geral, estabelece que o pagamento deverá ser feito à vista no momento do refinanciamento ou pela redução da remuneração do parceiro privado (equivalente à nossa contraprestação pública) pelos serviços prestados. O SoPC prevê a possibilidade de combinação entre ambos, assim como a opção de o Poder Público receber, em maior quantidade, os serviços previstos no contrato.

O SoPC estabelece, ademais, que, nos casos em que o Poder Público detiver alguma participação acionária no parceiro privado, ele se beneficiará dos ganhos de refinanciamento em ambas as condições, enquanto contraparte contratual e investidor.

V.9.2 – O inciso IX do art. 5º e as suas diferenças para o refinanciamento nos contratos de PFI

O inciso IX do art. 5º da Lei de PPP estabelece o dever de compartilhamento dos ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Apesar de se reportar à disciplina dos refinanciamentos dos projetos de PFI, o dispositivo guarda diferenças relevantes que decorrem não apenas da sua redação, mas também do contexto no qual se insere. A seguir, vamos mapear e comentar as principais diferenças.

O art. 5º, IX, refere-se a refinanciamentos que decorram da “queda do risco de crédito”, enquanto no programa de PFI não há a especificação da razão do refinanciamento. Rigorosamente, o SoPC define “refinanciamento” apenas pelos seus efeitos, nem pela sua causa, nem pela forma como ocorre. Isso porque é difícil determinar qual a exata causa do refinanciamento, se uma mudança no mercado financeiro, se uma mudança na avaliação do programa de PFI como um todo, se alteração nas perspectivas do setor econômico específico no qual o projeto se insere, se a progressão regular das fases do projeto. Para capturar os ganhos, a melhor técnica é exatamente determinar o que é “refinanciamento” pelo seu efeito, qual seja, modificação no valor presente das distribuições aos investidores do projeto. Cabe, pois, notar que a menção feita no inciso IX do art. 5º da Lei de PPP à “redução do risco de crédito” do

²⁰⁴. Cf. SoPC, 35.2.1.

²⁰⁵. SoPC, 35.4.3.

parceiro privado só dificulta a aplicação do dispositivo, pois dá margem à escolástica discussão sobre a origem do refinanciamento.

Uma segunda diferença entre os refinanciamentos em contratos de PFI e os realizados em projetos nos setores de infra-estrutura no Brasil é que nos contratos de PFI, assim como em diversos países, o fechamento da operação de financiamento do parceiro privado vencedor do procedimento de negociação competitiva se dá antes da assinatura do contrato com o Poder Público. Já no Brasil o fechamento do financiamento se dá geralmente depois da assinatura do contrato. Isso por duas razões. Em primeiro lugar, não é prática corrente no Brasil o condicionamento da assinatura de qualquer contrato administrativo, mesmo os de concessão, à comprovação da assinatura dos contratos de financiamento. Além disso, o BNDES, principal financiador de projetos de infra-estrutura no Brasil, só define se financiará e as exatas condições em que financiará o projeto após a assinatura do contrato entre parceiro privado e Poder Público. Isso porque, para definir se financia e em que condições financia, o BNDES precisa saber quem é o parceiro privado vencedor da licitação, para avaliar suas condições econômico-financeiras.²⁰⁶⁻²⁰⁷ Além disso, o BNDES requer acesso aos termos da proposta vencedora para verificação do *quantum* a ser financiado e da capacidade de pagamento do parceiro privado.²⁰⁸

Observe-se que, no nosso sistema, o parceiro privado termina por arcar com a incerteza quanto à obtenção do financiamento e com o risco de variação das condições de financiamento entre o momento em que o contrato é assinado com o Poder Público e o momento em que ocorre o fechamento financeiro. Já no sistema britânico/americano, por ocasião da assinatura do contrato com o Poder Público, o parceiro privado já sabe exatamente quais serão as condições de financiamento aplicáveis ao projeto. Parece-nos que isso deve ser levado em conta por ocasião da definição dos percentuais a regerem a partilha dos ganhos com o refinanciamento. Como o parceiro privado, no caso brasileiro, assume o risco de não obter financiamento, ou de obter financiamento em condições diversas das originalmente estimadas, é razoável que ele fique com uma parcela maior que 50% dos ganhos com o refinanciamento. Guarda-se, assim, uma certa simetria entre os riscos e as recompensas do parceiro privado.²⁰⁹

Note-se, ademais, que muitas vezes, nos processos de concessão de serviço público, em regra, a Administração Pública só tomava ciência dos exatos termos dos contratos de financiamento para cumprimento do art. 28 da Lei 8.987/1995, que dispõe, *verbis*: “Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço”.

A análise pela Administração Pública sobre o “limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade do serviço”, em todos os casos em que pudemos atuar, sempre foi uma análise formal, sem qualquer levantamento da razoabilidade dos valores efetivamente comprometidos. Isso porque, como o financiamento se dá sob a modalidade de *project finance*, os financiadores requerem, geralmente, que a totalidade das receitas da concessionária seja depositada em uma conta a ser gerenciada pela instituição financeira a assumir a condição de *trustee*.²¹⁰ O fato de a análise do

²⁰⁶. Isso ocorre, evidentemente, devido à posição ímpar do BNDES, de um lado como praticamente único financiador no Brasil de projetos de infra-estrutura, ofertando condições em moeda local que, no presente momento do país, não são desafiadas por financiadores privados; do outro lado, a sua posição como empresa pública, que deve tratar de forma isonômica os seus potenciais clientes. Por essas razões, não poderia o BNDES se associar a um determinado parceiro privado para participar em conjunto com ele da licitação, fechando as condições de financiamento antes mesmo da participação na licitação, mesmo porque, dada a diferença entre o custo de financiamento em moeda local junto ao BNDES e junto a outros entes privados, o potencial parceiro privado que se associasse com o BNDES teria vantagens competitivas relevantes na licitação. Portanto, o compromisso do BNDES antes da licitação em financiar um determinado parceiro privado específico vulneraria, inclusive, o imperativo de competição pelo projeto de PPP.

²⁰⁷. Isso ocorreria mesmo que o BNDES trabalhasse com estruturas de *project finance* puro, ou seja, *non-recourse debt*, nas quais o risco do empreendedor está limitado ao projeto e nas quais, portanto, não há outorga de garantias corporativas pelo empreendedor ao financiador.

²⁰⁸. Note-se que o BNDES exige um índice de cobertura da dívida mínimo de 1,3 para financiar projetos. O índice de cobertura da dívida é calculado do seguinte modo:

$$\frac{\text{Fluxo de caixa operacional líquido (do ano)} + \text{despesa com juros (do ano)}}{\text{Parcela corrente do principal da dívida} + \text{despesa com juros (do ano)}}$$

²⁰⁹. O incentivo para o concessionário renegociar as condições de financiamento, em face dessa redução de risco, depende, por certo, do mecanismo de compartilhamento estabelecido no contrato de PPP. O parceiro privado ponderará os custos de transação envolvidos na renegociação do contrato de financiamento e os benefícios que poderá obter a partir desse processo. Diante disso, é preciso ter cuidado na definição contratual do mecanismo de compartilhamento dos ganhos econômicos, com vistas a manter o incentivo do parceiro privado de reduzir seu risco de crédito e negociar melhores condições de financiamento.

²¹⁰. No Brasil, geralmente, o *trustee* é o banco que assume o maior risco em relação ao projeto, ou seja, o que financia a maior parcela dos

Poder Público ser meramente formal decorre também do alinhamento dos interesses e incentivos entre Poder Público e financiadores em estruturas de *project finance*.

Nessas estruturas o financiador tem, tanto quanto o Poder Público, interesse na adequada continuidade do projeto, pois a principal garantia do pagamento do financiamento são as receitas futuras do projeto. Se o valor disponível para a operação do projeto for insuficiente, isso prejudicará também o interesse do financiador, de maneira que não há razão para rigor na mensuração do valor a estar disponível para a operação do projeto, quando da apresentação ao Poder Público dos contratos de financiamento negociados entre parceiro privado e seus financiadores.²¹¹

Uma terceira peculiaridade do caso brasileiro é que o BNDES não realiza operações de refinanciamento dos projetos para refletir a queda do seu risco decorrente do sucesso da sua implantação. Os contratos de financiamento originalmente assinados não são modificados até o pagamento do total da dívida. Portanto, a se manter essa política do BNDES, a eficácia e a efetividade do inciso IX do art. 5º estarão a depender do surgimento de um mercado de crédito que permita a ocorrência das operações de refinanciamento.

Por fim, cabe notar que a existência do art. 5º, IX, em nada afeta a possibilidade, já empregada diversas vezes na experiência internacional, de prever em contratos de PPP mecanismos de compartilhamento entre a Administração e o concessionário de lucros ou – o que é mais interessante – de receitas realizadas acima do originalmente estimado.²¹²

V.10 – *Vistoria em bens reversíveis e retenção de valores*

Constitui cláusula essencial do contrato de PPP a relativa aos bens reversíveis, eis que o *caput* do art. 5º da Lei 11.079/2004 determina a aplicação aos contratos de PPP do art. 23 da Lei 8.987/1995.²¹³

A rigor, o art. 23 afirma apenas que é cláusula essencial do contrato de concessão a relativa aos bens reversíveis, sem apontar qualquer aspecto de seu conteúdo. O art. 18 da Lei 8.987/1995 – aplicável às concessões administrativas e patrocinadas por força do art. 11 da Lei 11.079/2004 – é mais detalhado, e está a exigir que o edital indique os bens reversíveis (inciso X) e disponha sobre suas características e as condições em que serão postos à disposição, nos casos em houver sido extinta a concessão anterior (inciso XI), oferecendo, assim, um conteúdo mínimo sobre o qual deverá versar a cláusula relativa aos bens reversíveis.

Assim, a cláusula relativa aos bens reversíveis deverá conter (diretamente ou por meio de anexo ao edital/contrato), quando possível, lista em que sejam discriminados esses bens, para evitar posteriores pendengas judiciais. Há uma série de conveniências nessa definição. Primeiro, para saber quais bens retornam ao poder concedente depois de extinta a concessão. Segundo porque, na hipótese de assunção do serviço ao longo do cumprimento do contrato – quer pelo poder concedente (intervenção), quer pelo financiador que exerça o direito de entrada –, não poderão ser utilizados bens que não sejam considerados diretamente afetados à concessão, sendo que a indicação expressa dos bens reversíveis reduz sensivelmente o espaço para essa discussão.²¹⁴ Terceiro, pelo fato de que a indenização a que o concessionário eventualmente terá direito, no termo da concessão, é calculada com base no valor

recursos. Como os financiamentos são feitos, na grande maioria das vezes, com recursos gerenciados pelo BNDES, o *trustee* é o banco que, na condição de repassador do BNDES, financia a maior parcela do empreendimento.

²¹¹. Cf. item V.12.3, nota de rodapé 100.

²¹². V., entre outros, os mecanismos previstos no contrato do Aeroporto Local de Kassel-Calden, na Alemanha, ou no Aeroporto Internacional de Varsóvia, na Polônia (cf. European Commission – Directorate-General Regional Policy, *Resource Book on PPP Case Studies*, junho/2004). Trabalho de autoria da ASECAP – Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage, publicado em 13.5.2003 e intitulado *Infrastructure Financing Systems within ASECAP*, na sua p. 6, também nos dá notícia de que concessões de rodovias foram feitas na Croácia com prazo contratual de 28 anos, sendo que, nos primeiros 15 anos, 60% da receita das concessionárias vêm do Poder Público, o restante provém do pedágio. A partir do 15º ano o Governo fica com 70% das receitas e a concessionária com 30%. Entre nós, parece-nos que o contrato da Rodovia MG-050 é o primeiro a prever instrumento dessa ordem. O uso desse tipo de mecanismo pode ser extremamente interessante quando se tratar de projeto *greenfield* ou de características semelhantes, com função de alavancar desenvolvimento em uma determinada região. Nesse caso, o mencionado mecanismo pode ser combinado com algum sistema de mitigação dos riscos de demanda do parceiro privado, aplicável, sobretudo, aos primeiros anos do projeto. A combinação da mitigação do risco de demanda com a obrigação de divisão dos ganhos excedentes a determinado patamar permite que o Poder Público invista no projeto nos primeiros anos e se aproprie de parte do *overhead* (receitas acima do esperado) nos últimos anos do projeto.

²¹³. Além disso, para as concessões administrativas a aplicabilidade do referido art. 23 aos contratos de PPP é dada pelo art. 3º da Lei 11.079/2004. Quanto às concessões patrocinadas, aplica-se-lhes subsidiariamente a Lei 8.987/1995 – e, portanto, inclusive o art. 23.

²¹⁴. A querela se resumiria aos bens não-reversíveis que eventualmente estejam afetados à prestação dos serviços objeto da concessão. Assim, quanto mais completa a indicação dos bens reversíveis, menor a possibilidade de questionamentos.

dos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido (art. 36 da Lei 8.987/1995).

Como se não bastassem essas circunstâncias para justificar a importância de se detalhar o conteúdo da cláusula de bens reversíveis, o inciso X do art. 5º da Lei de PPP, ora sob comento, permite ao parceiro público reter pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas nos bens reversíveis.

Portanto, é evidente, de um lado, a importância de se indicar, quando possível, expressamente os bens reversíveis, justamente para saber sobre quais incidem a vistoria e a retenção de pagamentos de contraprestação pública.

Ao lado disso, importa estabelecer, de forma detalhada, as condições em que os bens reversíveis deverão ser entregues à Administração. Pelo ponto de vista do parceiro privado, trata-se de minimizar o risco de comportamentos arbitrários do parceiro público durante a execução do contrato de PPP. Sob o ângulo do parceiro público, convém esclarecer contratualmente as condições em que deseja receber os bens reversíveis, de maneira que, se for necessária a retenção de pagamentos da contraprestação pública, poderá motivar com maior objetividade sua decisão, e, assim, evitar, quando for o caso, a execução de garantias do Fundo Garantidor de PPP – FGP,²¹⁵ ou, mesmo, fortalecer sua defesa em eventual acionamento judicial ou extrajudicial promovido pelo parceiro privado.

O inciso X, em análise, impõe, ainda, que a retenção dos pagamentos de contraprestação pública não ultrapasse o valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas. Isso significa que será imprescindível a elaboração, pelo parceiro público, de algum tipo de laudo que determine esse valor, sempre previamente ao exercício do direito de retenção. Trata-se de evitar abuso de direito. Se o parceiro público tem o direito de reter pagamentos, deverá fazê-lo com parcimônia, apenas na medida exata para a reparação das irregularidades.

Vale notar também que o dispositivo não exige qualquer notificação prévia por parte do parceiro público sobre a intenção de reter os pagamentos da contraprestação pública, e também não obriga à concessão de prazo para regularização.

Portanto, não cabe exigir a instauração de processo administrativo prévio, com aplicação dos princípios da ampla defesa ou do contraditório, para que, apenas após a conclusão desse processo, se possa dar a retenção do pagamento das contraprestações públicas. Por certo, deverá ser instaurado processo administrativo em algum momento próximo à determinação da retenção, até para que o particular possa se defender. Porém, o que não se pode admitir é que o exercício do direito de retenção tenha que esperar pelo término desse processo administrativo.

Isso porque o tempo decorrido ao longo desse processo poderia prolongar de tal modo a decisão sobre a retenção dos pagamentos que, quando viesse a ocorrer, talvez já não existissem mais contraprestações públicas a serem pagas, ou estas fossem em valor insuficiente para constituir qualquer incentivo ao parceiro privado a cumprir as condições estabelecidas para a reversão dos bens. Assim, é melhor que eventuais abusos do direito de retenção sejam tratados no âmbito da responsabilidade civil, com o escopo de evitar a inutilidade do direito de retenção por parte do Poder Público.²¹⁶ Ao lado disso, importa mencionar que a possibilidade de exercício imediato do direito de retenção, independentemente de processo administrativo prévio, decorre também do princípio da auto-executoriedade dos atos da Administração.

Todavia, para evitar alegações de abuso de direito, convém estipular, no contrato de PPP, a obrigatoriedade da

²¹⁵. O Regulamento do FGP permite, em seu art. 31, a recusa à execução da garantia nos casos em que houver decisão motivada rejeitando o crédito do parceiro privado. O § 5º do art. 18 da Lei de PPP também admite expressamente a possibilidade de rejeição do título supostamente correspondente ao crédito do parceiro privado. A hipótese de retenção de pagamentos, estabelecida pelo inciso X, ora em comento, caracteriza, a nosso ver, uma das possibilidades em que o FGP estará autorizado a não efetuar o pagamento ao parceiro privado.

²¹⁶. Nos casos de retenção tratados no direito civil a regra é a possibilidade de exercício imediato desse direito. Assim, conforme o art. 644 do CC: “O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas”. E, em relação ao mandatário, nos termos do art. 681, se afirma que “tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu”. No que toca ao comissário, o art. 708 reserva-lhe o seguinte direito: “Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão”. Em nenhum desses casos se exige a prévia oitiva do prejudicado para o exercício do direito de retenção. Ora, se assim é, não cabe conceder ao parceiro público tratamento diferenciado, sob pena de enfraquecer sua posição jurídica. Por outro lado, não se desconhece que a retenção do pagamento da contraprestação pública diferencia-se, ao menos num aspecto, dos casos ora descritos a partir do Código Civil. Nas hipóteses narradas o direito de retenção é exercido sobre bem de propriedade alheia. Obviamente, a retenção da contraprestação pública ocorre sobre recurso da própria Administração. Todavia, essa circunstância em nada nos parece modificar o raciocínio ora apresentado. Além disso, é possível ainda justificar a retenção do pagamento em contratos de PPP com base na aplicação da regra *exceptio non adimpleti contractus*. Como o parceiro privado não cumpriu com suas obrigações contratuais, está autorizada a Administração a reter os pagamentos da contraprestação pública. Novamente, o exercício desse tipo de exceção por parte da Administração independe de processo administrativo prévio, com contraditório e ampla defesa. Caso posteriormente se demonstre que o Poder Público agiu incorretamente, com abuso de direito, a questão se resolve em indenização por perdas e danos.

notificação e o prazo para a regularização das condições exigidas em relação aos bens reversíveis, ou, ao menos, estabelecer cláusula genérica que obrigue o parceiro público, no momento da notificação, a conceder prazo ao parceiro privado, compatível com as circunstâncias, para essa regularização.

Convém refletir ainda sobre um aspecto adicional. Em regra, as concessões são modeladas de modo a que, ao seu término, os bens reversíveis tenham sido todos eles amortizados, não sendo necessária, assim, qualquer indenização ao concessionário.

Nessa hipótese, se, ao fim da concessão, o parceiro público notar que os bens reversíveis não atendem às condições pactuadas, terá perdido a oportunidade de reter pagamentos. Por isso, é preciso que se façam vistorias regulares sobre os bens reversíveis, especialmente nos últimos anos da concessão. Essa monitoração permanente é importante para assegurar a possibilidade de retenção de pagamento, pois, ao final, em regra, como não existe indenização, será inviável reter qualquer tipo de recurso financeiro.

Uma alternativa que pode evitar ou reduzir a necessidade de retenção de pagamentos e que assegura, ao mesmo tempo, à Administração, efeito equivalente no que concerne à proteção das condições dos bens reversíveis é a previsão da exigência de aumento do valor do seguro de execução de contrato (*performance bond*) nos últimos anos de sua vigência, com o objetivo de assegurar a adequação dos bens a reverterem para o Poder Público. Utilizar-se-ia, assim, o seguro de execução de contrato como mecanismo para cobrir eventual desconformidade dos bens reversíveis com as condições pactuadas no contrato por ocasião da sua entrega.

Por fim, note-se que a obrigatoriedade de uma cláusula sobre os bens reversíveis não implica a existência, para todo e qualquer contrato, de bens reversíveis. É possível, mesmo no âmbito da prestação de serviços públicos, que a Administração não tenha interesse na reversão dos bens. Isso pode se dar por diversas razões. Em muitos casos o desenvolvimento tecnológico torna os bens inúteis depois de alguns anos, de maneira que a reversão desses bens em nada agregaria o patrimônio do Poder Público. Em outros casos a imobilização de recursos pode não ser conveniente, apresentado-se mais eficiente à Administração a opção de simplesmente utilizar a infra-estrutura durante um período, mantendo-a, ao final, no patrimônio do parceiro privado.²¹⁷

V.11 – A atualização automática dos valores contratuais

O § 1º do art. 5º trata da aplicação automática de fórmulas e índices para reajuste dos valores contratuais. Seu objetivo é evitar prejuízos ao parceiro privado causados pela demora da Administração em homologar o reajuste da contraprestação pública, considerando especialmente a reduzida complexidade do cálculo envolvido na sua aplicação.

A primeira questão sobre esse assunto é saber a que casos se aplica o dispositivo. O modo como ele está redigido não nos parece dar margem a dúvidas: sua utilização só será possível quando todas as variáveis para cálculo do reajuste puderem ser definidas de maneira objetiva e vinculada, isto é, independentemente de dados produzidos pelo concessionário, ou de qualquer juízo seu sobre os montantes e índices. Por exemplo, uma fórmula de reajuste que claramente estabeleça a aplicação da variação do IPCA, publicado pelo IBGE, no período de 12 meses anteriores ao reajuste e que estipule a utilização, como referência para cálculo, da variação do índice no período entre o 14º e o 2º mês que antecedem a data de reajuste (para evitar a aplicação de índices provisórios ou parciais) não deixa qualquer margem de escolha ao concessionário. Sua utilização depende apenas do preenchimento de variáveis que são disponibilizadas ao público por terceiros e da realização de cálculo que qualquer pessoa versada nos rudimentos da Aritmética é capaz de realizar.

Note-se que a razão do dispositivo comentado está em que o silêncio da Administração tem sido utilizado por atores políticos como recurso para atrasar a aplicação da lei e o exercício de direitos do parceiro privado. Dessa perspectiva, visa-se a coibir abusos, dispensando a manifestação da Administração em situação em que ela é desnecessária e eliminando, assim, o espaço para a utilização indevida do silêncio administrativo como instrumento postergatório do exercício de direitos.

A Administração, entretanto, poderá, no prazo de 15 dias, publicar na Imprensa Oficial as razões fundadas na lei ou no contrato para rejeitar o reajuste, se entender que ele é indevido. A publicação das razões pela Administração impedirá o concessionário de cobrar o valor reajustado. Continuará valendo o valor original, anterior ao reajuste.

Questão a exigir reflexão versa sobre o âmbito de aplicação do dispositivo, se é aplicável às tarifas ou apenas à

²¹⁷. A não ser no setor de telecomunicações, especialmente na prestação de serviço móvel pessoal, não encontramos na experiência nacional casos em que não haja reversão ao final, para o Poder Público, dos principais bens necessários à continuidade da prestação do serviço. Na experiência internacional, entretanto, não é incomum os projetos com a estrutura de *BOO – Build, Operate and Own*. V., como exemplo, a rodovia e a ponte pedagiada da Foley Beach Express em http://www.fhwa.dot.gov/ppp/foley_beach.htm.

contraprestação pública. Parece-nos claro que o dispositivo só se aplica ao reajuste de contraprestações públicas. O texto diz, claramente, “até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura”. Ora, só se apresenta fatura à Administração para pagamentos que ela realizará. Inexiste procedimento de apresentação de fatura quando se trata de pagamento de tarifa pelo usuário. Portanto, a Lei de PPP previu o reajuste automático de valores apenas para o caso de reajuste na contraprestação pública.

Uma interpretação alternativa seria imaginar que a parte do dispositivo que enuncia a exceção (“exceto se esta publicar, na Imprensa Oficial, onde houver, até o prazo de 15 dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas na lei ou no contrato para a rejeição da atualização”) permite à Administração evitar apenas o reajuste da contraprestação pública. Ou seja, a interpretação alternativa seria supor que a Administração não tem o condão de afastar o reajuste tarifário – entendimento, esse, que é, evidentemente, descabido, porque supõe inversão da presunção de legitimidade da Administração, que teria, então, que recorrer ao Judiciário cada vez que entendesse indevido o reajuste tarifário realizado pelo concessionário. Isso, em suma, teria o efeito de lhe tirar o controle sobre as tarifas, fazendo prevalecer o interesse do parceiro privado sobre os direitos do usuário e sobre o *munus* da Administração de curar pela interesse público.

A interpretação correta é perceber o § 1º do art. 5º como regra excepcional, que deve, por isso, ser interpretada de forma estrita. Como ela se restringe aos casos em que existe a apresentação da fatura, aplica-se apenas ao reajuste da contraprestação pública.

V.12 – Direito de assunção de controle da sociedade de propósito específico (SPE) pelos financiadores (“*step-in rights*”)

Introduz-se por meio do art. 5º, § 2º, I, instituto desconhecido na tradição do direito administrativo brasileiro: o direito de assunção de controle (*step-in right*) do financiador.²¹⁸ Trata-se, em suma, da possibilidade de assunção do controle de uma sociedade concessionária pelos seus financiadores em caso de inadimplência – já constatada ou iminente – e com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Vale dizer que, em tese, as condições para a transferência de controle já podiam ser contratadas entre o controlador e o financiador da SPE, sobretudo em operações de *project finance*. Isso porque esse tipo de contrato é ligado ao de financiamento, e ambos apresentam natureza eminentemente privada. Assim, concebiam-se estruturas em que o financiador participava do capital da SPE, como sócio, e, por meio de um acordo de acionistas, estipulavam-se condições que implicariam eventualmente a transferência de controle para o sócio financiador.

Todavia, esses acordos de acionistas²¹⁹ podiam ter sua eficácia comprometida quando envolvessem a Administração Pública indiretamente, como é o caso das concessões. Havia sempre o risco de a Administração não autorizar a transferência de controle, conforme exigido pelo art. 27 da Lei 8.987/1995, diante da ausência de base legal expressa para esse tipo de contrato. Além disso, a exigência contida no inciso I do § 1º (antigo parágrafo único) do referido artigo da Lei 8.987/1995 colocava em xeque a possibilidade dessa transferência de controle a instituições financeiras, pelas razões que mais adiante serão abordadas.

Agora, com a Lei de PPP, e também com a reforma produzida na Lei de Concessões, consubstanciada por meio da Lei 11.196/1995, admite-se expressamente esse tipo de avença entre os financiadores e controladores das SPEs que tenham por objeto prestação de serviço em regime de concessão.

Antes de adentrar os detalhes do dispositivo ora em comento, cumpre estabelecer dois esclarecimentos. O primeiro deve-se ao fato de que o direito de assunção de controle cria uma opção ao financiador, e não um dever. Não há extensão ao financiador da noção de poder-dever que pudesse implicar a obrigatoriedade do exercício desse direito para tomar para si a responsabilidade pela prestação do serviço.

O segundo pretende focar a noção de “financiador”. Pode-se tratar economicamente tanto o empréstimo (*debt*) quanto a participação acionária (*equity*) como formas de financiamento.²²⁰ Embora, do ponto de vista técnico-jurídico

²¹⁸. Conforme o art. 5º, § 2º, I, os contratos poderão prever adicionalmente os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da SPE para seus financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995.

²¹⁹. Ou quaisquer outras avenças cujo objeto ou efeito fosse a transferência de controle.

²²⁰. Também assim com as estruturas que economicamente combinam ambos, como os assim chamados *mezzanine loans*.

estrito, “financiadores” sejam apenas as pessoas vinculadas à concessionária como mutuantes ou em condição equivalente,²²¹ há um sentido amplo do termo que deve ser adotado diante do objetivo do dispositivo ora em estudo – qual seja, a nosso ver, o de propiciar melhores condições de financiamento à SPE.

Trata-se de oferecer ao financiador uma garantia, consistente no direito de eventualmente assumir o controle da SPE e, por conseguinte, do negócio, com o intuito de assegurar a continuidade da concessão e o recebimento de seu crédito. Por isso, saber se o financiamento ocorre por meio de endividamento da SPE (*debt*) ou de participação acionária (*equity*) é irrelevante do ponto de vista da possibilidade jurídica de estipulação do direito de assunção de controle.

A lógica econômica por detrás desse dispositivo impõe uma interpretação que admita a possibilidade de estipulação do direito de assunção de controle em benefício de um sócio minoritário qualquer que atue economicamente como financiador. Aliás, na prática de mercado não é raro encontrar financiador em sentido estrito (*debt*) que também detenha participação acionária na SPE (*equity*). Do ponto de vista operacional do direito de assunção de controle, aliás, o fato de o financiador deter participação acionária no capital votante da SPE é bastante conveniente, na medida em que viabiliza a celebração de acordo de acionistas com vistas a regular o exercício do direito em exame.²²²

Em suma – para fechar esse segundo esclarecimento –, o direito de assunção de controle pode ser estabelecido em favor de qualquer tipo de financiador no sentido econômico. Ou seja, se um determinado financiador optar por “participação acionária” ao invés de “empréstimo” (ou, ainda, se vier a financiar a SPE por ambas as formas), isso não o impede de pactuar o direito de assunção de controle. O que não se admite é o desvirtuamento do dispositivo, com vistas a operacionalizar transferências ordinárias de controle.

É preciso ter cuidado, pois, para não transformar esse direito num mecanismo de transferências ordinárias de controle, assim entendidas aquelas realizadas em razão de estratégias empresariais do “antigo” e do “novo” controlador sem que a concessão ou o próprio crédito financiado estejam em risco. Esses casos devem seguir as normas contidas no art. 27, *caput* e § 1º, da Lei 8.987/1995, que tratam das transferências ordinárias de controle.²²³

Realizados esses dois breves esclarecimentos, voltemos à análise do direito de assunção de controle da SPE pelo financiador.

Para vislumbrar a importância do instituto, é necessário compreender como se costuma estruturar o financiamento de uma sociedade concessionária.

Em regra, com o intuito de melhor gerenciar o negócio e segregar riscos, a concessionária se constituirá na forma de uma sociedade de propósito específico – SPE, à qual serão transferidos os instrumentos (bens, tecnologia, capital humano etc.) necessários à adequada prestação do serviço. No caso das PPPs, a constituição na forma de SPE é mesmo obrigatória, em face do art. 9º da Lei 11.079/2004.

Todavia, não se tem por hábito aportar na SPE – mediante integralização de quotas ou ações – todos os recursos financeiros necessários à implementação dos investimentos requeridos pela concessão. A composição desse montante, conforme a proporção de participação acionária (*equity*) e dívida (*debt*), é variável. Porém, a regra é a de que os controladores da concessionária busquem utilizar a menor quantidade possível de capital próprio.

O aumento de *equity* na composição do capital total requerido para implementar os investimentos da concessão depende, sobretudo, da exigência dos financiadores de dívida. É uma forma de esses financiadores verificarem o nível de comprometimento dos controladores com o projeto.

Na prática brasileira, pode-se afirmar que a composição dos recursos financeiros para viabilizar os investimentos

²²¹. Por exemplo, por meio de aquisição de debêntures.

²²². Embora se esteja falando de acordo de acionistas para operacionalizar o direito de assunção de controle, não se pode perder de vista que também há outros mecanismos nesse sentido. Por ora, pode-se imaginar, entre as diversas possibilidades, a atribuição ao financiador, desde o início da vigência do contrato de concessão, da titularidade das ações da SPE suficientes para garantir o controle. Os efetivos controladores da SPE – tomadores do financiamento – seriam, por exemplo, usufrutuários das ações, permitindo-se-lhes exercer o controle. Assim, caso os devedores venham a inadimplir o contrato de financiamento, o financiador, na condição de titular das ações da SPE, poderia facilmente retomar para si todos os direitos a elas inerentes. Outra possibilidade seria deixar a titularidade das ações com os efetivos controladores, oferecendo as ações em garantia. Todavia, nessa última hipótese não poderá simplesmente o financiador tomar para si a propriedade das ações em caso de inadimplência, em razão da proibição do pacto comissório. Além disso, seria possível a própria alienação fiduciária das ações para o financiador. De todas essas possibilidades, no entanto, o acordo de acionistas nos parece a mais simples de ser adotada e produz perfeitamente o efeito pretendido.

²²³. Embora semelhantes, existem algumas diferenças entre as transferências de controle realizadas com base no art. 5º, § 2º, da Lei de PPP e no art. 27 da Lei 8.987/1995. Para uma análise mais detalhada, remetemos o leitor ao item IX.1.

de uma concessão costuma ficar entre 10% e 30% de *equity* e 70% e 90% de *debt*. Em regra, quanto maior o risco do projeto, mais os financiadores exigirão comprometimento dos controladores por meio de aumento de *equity*.

A participação de financiadores dispostos a emprestar recursos à SPE é conveniente para reduzir o custo final ao usuário. Como, na estrutura jurídica das sociedades, os empréstimos (capital de terceiros) têm prioridade de pagamento em relação ao capital próprio, seu custo no mercado costuma ser mais barato. Além disso, as despesas com juros diminuem o lucro para efeito de tributação, assegurando uma taxa de retorno maior para o capital próprio. Por essas razões, o aumento da participação de financiadores no montante total necessário à execução do projeto reduz o custo do serviço para o usuário final.

No início das operações de uma SPE, contudo, não há nela patrimônio suficiente para garantir o financiamento exigido para o projeto, de modo que as garantias são oferecidas com lastro no patrimônio do controlador. Trata-se, portanto, de ofertar garantias corporativas do controlador para financiar a SPE.

Por óbvio, em face dos vultosos recursos usualmente exigidos para a implementação de concessões, as garantias corporativas são rapidamente comprometidas, retirando do controlador a capacidade de obter financiamento adicional e, assim, de iniciar novos projetos.

Para contornar essa restrição, uma alternativa seria a contratação de seguro para o risco de inadimplemento do contrato de financiamento. Nesse caso, no entanto, é provável que o custo do seguro seja tão alto – principalmente pelo fato de o patrimônio do controlador já se encontrar comprometido – que provoque, por si só, a inviabilidade dessa opção.

Outra opção seria buscar uma forma de financiamento em que o risco de inadimplemento do financiamento fosse gerenciado, do ponto de vista do financiador, por meio de análise do projeto e da vinculação das receitas operacionais futuras dele advindas como garantia. *Grosso modo*, é o que se costuma chamar de *project finance*. Essa modalidade de financiamento tem sido largamente utilizada para viabilizar financeiramente a estruturação de grandes projetos, visto que, como se notará, evita o comprometimento do balanço do controlador.

V.12.1 – Financiamento na modalidade de “*project finance*”

Nessa modalidade de financiamento, ao invés de garantias corporativas oferecidas com fulcro no patrimônio do controlador, oferta-se a vinculação das receitas operacionais futuras que serão obtidas com a prestação de serviços.²²⁴

Como se pode facilmente notar, nessa modalidade, a garantia do financiamento depende do sucesso do empreendimento. Por isso, é muito raro que os projetos se estrutrem, desde o início, num modelo de *project finance* puro, isto é, no qual a única garantia seja a vinculação das receitas futuras, sem qualquer exigência de garantias corporativas (garantias com lastro em ativos patrimoniais).

Por conseguinte, no curto prazo, em face dos altos riscos envolvidos na consecução do projeto, não se conseguirá fugir das garantias corporativas do controlador. No entanto, no médio e longo prazos é possível estruturar um financiamento para o projeto que ofereça como garantia unicamente as receitas operacionais futuras. Ao longo do tempo os riscos do projeto se tornam conhecidos, e, na medida em que esteja em operação, é possível verificar sua capacidade de geração de receitas e, assim, de auto-sustentabilidade.

O grande risco para o financiador – numa modalidade de *project finance* – está na fase anterior ao início da prestação do serviço. Até esse momento não há receita operacional, mas tão-somente despesa. Por isso, enquanto não estiver pronta a infra-estrutura, o risco do financiamento é deveras elevado. Nesse sentido, é possível exigir-se até mesmo a compra de seguro de término do projeto (*completion bond*), como forma de diminuir o risco suportado pelo financiador.

Em regra, na modalidade de *project finance*, financiador e financiado indicam uma instituição financeira (uma espécie de *trustee*) para cobrar e receber valores (tarifas) oriundos da prestação do serviço. O depósito desses recursos é realizado em uma conta vinculada. À medida que as parcelas do financiamento vencem, valores depositados na conta vinculada são automaticamente repassados para o financiador.

²²⁴. Cabe notar que nas estruturas de *project finance* há variações quanto aos níveis de garantia corporativa requeridos pelos financiadores. Com efeito, é comum qualificar-se como *project finances* “puros” aqueles que não envolvem garantias corporativas, ou seja, nos quais não há recurso pelo financiador ao patrimônio dos controladores da SPE (em Inglês essas estruturas são referidas como *non-recourse debt*). Por outro lado, existem *project finances* que, a par de envolverem transferência de direitos sobre receitas futuras da SPE, envolvem a outorga aos financiadores de garantias corporativas pelos controladores da SPE. Nessas estruturas, os financiadores podem executar o patrimônio dos controladores da SPE, e, por isso, são chamadas de *recourse debt*. Os *project finances* puros são extremamente raros no Brasil. Somente nos últimos dois anos foi que se teve notícia de o BNDES ter estruturado duas operações de *project finance* puro.

Através desse mecanismo busca-se prover, ao menos, dois efeitos: (i) facilitação do pagamento ao financiador e (ii) garantia de crédito, por meio da vinculação da destinação da receita operacional.

A grande vantagem do *project finance* (mediante vinculação de receita operacional futura) em relação ao *corporate finance* (mediante garantias corporativas) é que no primeiro modelo o controlador da SPE pode excluir do seu balanço o ônus do financiamento.

Ao migrar do *corporate finance* para o *project finance*, o ônus do financiamento sai do balanço do controlador, em face da substituição das garantias corporativas pela garantia de créditos futuros da SPE, liberando seu patrimônio para garantir outros financiamentos e, assim, permitir a estruturação de novos projetos.

Ainda que na prática do mercado brasileiro não seja costumeiro substituir todas as garantias corporativas e que, em certa medida, o controlador continue a comprometer parcela de seu patrimônio como garantia do financiamento, é fato que a estruturação de um *project finance* onera muito menos o controlador que uma tradicional modelagem de financiamento.

V.12.2 – Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do financiador

Considerando que a grande maioria dos projetos de PPP tende a ser financiada na modalidade de *project finance*, a importância do instituto surge quase óbvia. Se o serviço concedido não render as receitas operacionais esperadas, o financiador, ao mesmo tempo em que deixa de receber as parcelas vencidas do financiamento, perde sua garantia.

Em verdade, o direito de assunção de controle assume papel relevante especialmente quando as perspectivas de receita do projeto constituem o lastro principal do investimento. Nesse cenário, o direito em questão funciona como garantia dos financiadores contra o risco de ineficiência ou deficiência da gestão da SPE. Seu exercício se dá, em regra, após configuração da inadimplência da SPE, com o objetivo de evitar a sua falência ou a rescisão do contrato com o Poder Público por inadimplemento.

O direito de assunção de controle representa a última oportunidade conferida aos financiadores para salvamento financeiro do projeto com *performance* aquém dos níveis mínimos originariamente pactuados, mediante substituição do controlador da SPE contratada.

Nesse contexto, percebe-se a grande importância do direito de assunção de controle do financiador, que lhe permitirá tentar reestruturar financeiramente a SPE e, assim, assegurar o adimplemento do contrato de financiamento.

V.12.3 – Importância do direito de assunção de controle da SPE: o ponto de vista do Poder Público

Se para o financiador parece óbvia a utilidade do direito de assunção de controle, o que dizer em relação à Administração Pública? Pode soar estranho, num primeiro momento, que os financiadores de uma SPE – em regra, grandes instituições financeiras – venham a assumir a prestação do serviço e isso possa servir ao interesse público.

Nesse contexto, é preciso esclarecer o porquê de a Administração Pública ter interesse na utilização do instituto. Antes disso, no entanto, cumpre estabelecer duas ressalvas.

A primeira, que o direito de assunção de controle do financiador em nada reduz o direito da Administração de intervir ou retomar – por caducidade ou, mesmo, encampação – a prestação do serviço concedido, seja antes ou depois do momento de exercício do direito de assunção de controle. Se o poder concedente entender que o serviço não vem sendo adequadamente prestado, ou que existe lesão ao interesse público, poderá retomá-lo a qualquer tempo, independentemente de quem seja o controlador da SPE.

A segunda, que a estrutura da SPE – bens, tecnologia, recursos humanos etc. – não se altera com a mudança de controle.²²⁵ Além disso, seus direitos e obrigações permanecem válidos e exigíveis. A única alteração percebida ocorre no controle da SPE, o que implica, provavelmente, a troca de seus administradores. Dessa forma, tanto a pessoa jurídica da concessionária quanto os recursos necessários à prestação do serviço ficam intocados.

Portanto, considerando as ressalvas apontadas, as preocupações quanto à capacidade de desempenhar satisfatoriamente o serviço concedido ficam bastante minimizadas. Ora, se numa concessão o principal interesse do Poder Público é que o serviço seja bem prestado, não há na transferência de controle qualquer lesão à coletividade.

²²⁵. Quando o direito de assunção de controle for acionado em situações nas quais o perfil corporativo da SPE não incorpore ainda a qualificação técnica necessária à operação da atividade concedida, deverá ser requerida subcontratação. O caso será tratado mais adiante, no item sobre capacidade técnica.

Aliás, considerando as dificuldades econômicas da concessionária, ante o pressuposto de que o direito de assunção de controle apenas poderá ser exercido quando for necessária sua reestruturação financeira, é de se esperar melhores condições para a prestação do serviço.

Ademais, o princípio da continuidade do serviço público terá sua eficácia resguardada, ante a possibilidade de que o antigo controlador, em face das dificuldades financeiras, simplesmente desistisse do negócio.

O princípio da economicidade, por sua vez, também seria prestigiado, ao se permitir que o serviço continue a ser prestado adequadamente sem necessidade de nova licitação – o que, diga-se de passagem, não poderia ocorrer no curto prazo.

Cumprе lembrar, ainda, que uma nova licitação – de um serviço que já não deu certo uma vez – traz consigo um grau de incerteza muito maior. Dificilmente seria aceito pelos potenciais licitantes que o fracasso do projeto se deva inteiramente à ineficiência da SPE. Assim, é provável que o prêmio de risco cobrado pelos licitantes fosse bastante superior, o que encareceria a prestação do serviço numa nova licitação.

Daí o interesse da Administração em permitir a utilização do direito de assunção de controle. O risco de prestação inadequada do serviço em nada é ampliado pelo fato de se admitir o direito de assunção de controle do financiador. Ao contrário, pode contribuir para sua minimização, na medida em que incentiva o controlador a desempenhar satisfatoriamente a prestação de serviços, com o escopo de evitar a perda do controle para o financiador.

Ainda, embora seja de difícil mensuração, é possível presumir um ganho para a coletividade, por meio da diminuição dos custos com a prestação dos serviços concedidos. O custo do financiamento é componente do custo total do serviço e, na medida em que a previsão do direito de assunção de controle permita reduzir as taxas exigidas pelo financiador, haverá redução proporcional do custo dos serviços concedidos.²²⁶

Por fim, pode-se afirmar que Poder Público e financiador têm interesses convergentes: o sucesso da SPE.²²⁷ Assim, o financiador, ainda que não seja seu objetivo direto, acaba por trabalhar a favor do interesse público. Daí a grande utilidade, do ponto de vista da Administração, de se atribuir ao financiador o direito de assunção de controle. Apesar disso, não se pode perder de vista que o financiador tem interesse no sucesso financeiro da SPE (com o intuito de recuperar seu investimento e obter a margem de retorno esperada), enquanto o interesse do Poder Público é mais amplo. Assim, o financiador constitui um bom fiscal da saúde financeira da SPE, mas o peso da fiscalização sobre a qualidade e a segurança do serviço prestado continua no âmbito da Administração.

Ademais, na hipótese de efetiva assunção do controle, caberá ao Poder Público fiscalizar a atuação do novo controlador, com vistas a evitar que esse instrumento seja utilizado apenas com o fim de minimizar eventuais perdas do financiador, sem proporcionar uma recuperação financeira da SPE ou do nível dos serviços prestados.²²⁸

²²⁶. Não se desconhece que o repasse ao consumidor de ganhos de eficiência ou de redução de custos depende da presença – ou, ao menos, ameaça – de forte concorrência, especialmente nos casos em que não houver um regulador forte. Todavia, questões concorrenciais e regulatórias extrapolam o foco de análise deste trabalho.

²²⁷. Em verdade, num primeiro momento, enquanto o contrato de PPP não for celebrado, o financiador trabalha a favor do concessionário, eis que seu ganho depende de um contrato que assegure os direitos do concessionário e amplie as chances de a rentabilidade esperada do negócio ser efetivamente atingida. Todavia, depois de celebrado o contrato de PPP e firmado o de financiamento, Poder Público e financiador têm o mesmo interesse: o sucesso da SPE. Essa proposição, aliás, encontra guarida na experiência internacional. James Ballingall, *Head of Legal at Partnerships UK* (instituição mais renomada na montagem de programa de PPP), assim se manifestou em carta a Ruy Moraes, integrante da Unidade de PPP do Ministério do Planejamento, datada de 15.11.2006:

“During the bid phase, the lenders are allied to the bidding Contractor, sitting alongside him in the negotiations and supporting his bid. They, like the Contractor, will want to ensure that the bidder gets the best available contract and does not take on risks which it cannot manage. They are therefore on the ‘other side of the table’ to the Authority.

“When the Contract is signed however, the dynamic changes. Typically the lenders will then finance the construction of the PFI facility. For example if this costs £ 100 million, at the end of the build phase the lenders may have invested up to £ 100 million in the project and the Authority will have invested nothing. The lenders will only get their investment back after acceptance of the facility by the Authority, and through the successful operation of the project and the payment of monthly payments over the next 25 or so years of operation. If the facility is not accepted or the service is not provided, the Authority will not make its payments and the banks will not get their debt repaid. This is because, typically, the recourse of the lenders is largely limited to the payments from the Authority – this therefore is the Authority’s control mechanism.

“In this way the interests of the lenders to ensure that the Contractor performs its obligations are aligned with those of the Authority after contract signature – and the Authority will know that the lender, and its technical advisers, will closely monitor the build (in the same way as formerly the Authority might have done where the Authority was making capital payments) to ensure it is built on time and on specification, and will closely monitor the delivery of services to ensure monthly payments keep flowing. If the project gets into difficulty, there will be incentives on the senior lenders to step in and rescue it. Again, it is in the Authority’s interest to allow this to happen – rather than, as formerly may have happened, taking over the project itself.”

²²⁸. O financiador poderia, por exemplo, deixar de pagar tributos apesar de declará-los, com o intuito de manter os compromissos da SPE em dia, entre eles os de serviço da dívida. Tal hipótese, em princípio, não justifica a desconsideração da personalidade jurídica da SPE com vistas a alcançar o controlador, sob a alegação de que não houve fraude. O não-pagamento teria sido decorrência de mera impossibilidade financeira. Uma

V.12.4 – Possibilidade de inexigibilidade de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para o exercício do direito de entrada do financiador

A previsão legal determinou a inaplicabilidade, em relação ao direito de assunção de controle, do inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995, o qual requer, para a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, o atendimento das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

Em regra, a SPE deve cumprir todos os requisitos necessários à adequada prestação do serviço. Por isso mesmo foi requerida sua constituição. Se esse for o caso, então, é de se presumir que a concessionária atende, por si só, às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, sendo despendida nova verificação.

Na realidade, no âmbito da Lei de Concessões essa exigência faz sentido, na medida em que o art. 27 trata indistintamente a transferência da concessão e a transferência de controle. Contudo, essas hipóteses são absolutamente diversas entre si, e, por conseguinte, deveriam ter recebido tratamento jurídico distinto.

Na transferência da concessão há mudança da contratada; trata-se de outra pessoa – e por isso a necessidade de reavaliar os requisitos de habilitação.²²⁹ Na transferência de controle, contudo, a contratada continua a ser a mesma pessoa, sem alteração de seus atributos.

Nessas circunstâncias, a única hipótese em que se justifica a reavaliação dos requisitos de habilitação é aquela em que a SPE não detém ainda, por qualquer motivo, os atributos necessários à adequada prestação do serviço, especialmente capacidade técnica.

Sendo esse o contexto, para o exercício do direito de assunção de controle bastará que o financiador comprove a contratação de empresa com esses atributos. Não há nisso qualquer ilegalidade. Primeiro porque a presença do financiador-controlador é de natureza temporária, e, portanto, é razoável que se admita a contratação de empresa em caráter passageiro. Segundo porque essa interpretação, na realidade, é mais benéfica ao interesse público, na medida em que, em face do disposto no art. 5º, § 2º, I, da Lei 11.079/2004, não se poderia exigir do financiador a comprovação da capacidade técnica e demais atributos de habilitação. Trata-se de uma alternativa que, ao mesmo tempo, resguarda a eficácia do dispositivo da Lei de PPP e atende ao interesse público manifestado na exigência de adequada prestação do serviço. Terceiro porque o essencial não é o sujeito prestador do serviço, e sim se estão presentes as condições técnicas para o adequado cumprimento do contrato e mantidos os termos da proposta original.²³⁰

A seguir, passamos a explorar de forma mais detalhada as razões que justificam a não-aplicação, para o exercício do direito de assunção de controle, do inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995.

V.12.4.1 – Capacidade técnica

De fato, exigir de instituições financeiras²³¹ a comprovação da capacidade técnica tal qual aquela demandada no

solução seria exigir comprometimento pessoal do novo controlador com o pagamento de tributos. Alternativa provavelmente mais eficaz constitui a exigência de que a SPE apenas retome o regular pagamento do serviço da dívida em favor do controlador-financiador quando tiver sua situação financeira efetivamente saneada, sob pena de infração contratual e responsabilização pessoal do controlador (que, na prática, significa a desconsideração da personalidade jurídica). A concordância do financiador com essas exigências pode constituir condição para o Poder Público autorizar o exercício do direito de assunção de controle. De qualquer forma, não se pode perder de vista que, diante da realidade brasileira, é provável que o financiador interessado em assumir o controle seja o BNDES, que costuma ser o grande financiador dos projetos de infra-estrutura mais importantes do país. Nesse caso, por se tratar de banco público, presume-se com mais razão que o interesse público será resguardado.

²²⁹. Isso deixando-se, por ora, ao largo a discussão sobre a viabilidade jurídica da transferência de concessão.

²³⁰. Nesse sentido, ao comentar a alegada natureza personalíssima do contrato administrativo, vale notar a lição de Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., 2005.

²³¹. Não se ignora o fato de que as SPEs possam ser financiadas por entidades que não sejam instituições financeiras. Todavia, embora seja possível juridicamente, é improvável que financiamentos desse porte não sejam entabulados com uma instituição financeira, até em razão do limite à cobrança de juros imposto pela Lei de Usura. A possibilidade se reduziria às operações equivalentes economicamente aos contratos de mútuo, como certos tipos de emissão de debêntures, nas quais outras entidades que não instituições financeiras poderiam investir seus recursos lucrativamente.

edital de licitação significaria, na prática, inviabilizar o exercício do direito de assunção de controle. Como é cediço, o negócio principal dos bancos é a intermediação financeira; e, portanto, nenhum deles cumpre, por si só, os requisitos exigidos no edital a título de capacitação técnica.

Assim, a exigência de comprovação de capacidade técnica pelo novo controlador acabaria por impor sempre ao financiador a obrigação de se consorciar ou subcontratar alguma empresa que detivesse esses requisitos técnicos, para só então exercer o direito de assunção de controle.

Todavia, não se justifica a inexigibilidade do requisito de capacitação técnica sob o argumento de que inviabiliza o exercício do direito de assunção de controle. Se houvesse risco de que o serviço delegado viesse a ser prestado de forma inadequada pelo simples fato da transferência de controle para o financiador, então, impor-se-ia a rejeição, de plano, do direito de assunção de controle.

Não é esse o caso. Numa situação típica, não há qualquer ampliação do risco de prestação inadequada do serviço em razão do exercício do direito de assunção de controle, pois, uma vez constituída a SPE,²³² a capacidade técnica é, em essência, da concessionária – que continua em operação após o exercício do direito de assunção de controle –, e não do controlador.

Ponto relevante, como já destacado, é saber como disciplinar o problema quando o direito de assunção de controle for acionado em situações em que o perfil corporativo da SPE não incorpore ainda a qualificação técnica necessária à operação da atividade concedida. Nestes casos, será necessário exigir como condição de exercício do direito de assunção de controle a contratação, pelos financiadores, de empresa com qualificação técnica equivalente à vencedora da licitação para co-gestionar a SPE durante o período de reestruturação financeira.

A lógica do direito de assunção de controle é que o conhecimento, a tecnologia, enfim o *know-how* necessário ao desempenho do contrato estará aportado na SPE ou, excepcionalmente, será subcontratado, de maneira que a assunção de controle da concessionária pelos seus financiadores, por si, não modifica a qualificação técnica para executar o contrato.

Assim, a assunção de controle pelo financiador em nada prejudica a capacidade de prestação do serviço. Ao contrário, pode até mesmo melhorá-la, na medida em que um novo controlador consiga imputar maior eficiência à administração da SPE.

V.12.4.2 – *Idoneidade financeira*

Também não há razões para requerer de um financiador idoneidade financeira idêntica àquela de uma SPE de prestação de serviços em concessão.

Deve-se destacar que as instituições financeiras, por natureza, operam com índices elevados de endividamento, em razão de alavancagem. Caso fosse exigido o mesmo índice eventualmente requerido de empresas para a participação de uma licitação de PPP, jamais um financiador conseguiria assumir o controle de uma concessionária.

Contudo, não é porque se pretende viabilizar a assunção de controle pelo financiador que se deve optar por não exigir a comprovação de idoneidade financeira.

O objetivo de se verificar a idoneidade financeira é, *grosso modo*, assegurar que o prestador de serviço terá condições de cumprir suas obrigações satisfatoriamente. Trata-se de evitar a prestação inadequada – ou até mesmo a ausência de prestação – do serviço por insuficiência de recursos financeiros.²³³

Novamente, numa situação típica, não há qualquer ampliação do risco de prestação inadequada do serviço em razão do exercício do direito de assunção de controle, pois, uma vez constituída a SPE, há que se presumir que os recursos financeiros necessários à consecução do projeto se encontram à disposição da concessionária.

O exercício do direito de assunção de controle não autoriza a descapitalização da SPE pelos seus sócios. Ao lado disso, é provável que os recursos oriundos de linhas de financiamento já tenham sido repassados à SPE; e, se não foram, não há razões para que os contratos de financiamento da SPE sejam rescindidos ou descumpridos, visto que os financiadores que exercem o direito de assunção de controle são os mesmos que assumirão o prejuízo se o projeto não

²³². A obrigação de constituir uma SPE implica transferir-lhe todos os recursos – bens, tecnologia, recursos humanos e financeiros etc. – necessários à adequada prestação do serviço.

²³³. A preocupação justifica-se em especial pelo grande porte econômico dos projetos de concessão, os quais, em regra, exigem vultosos investimentos do concessionário. Essa verificação é ainda de maior importância em uma concessão do tipo PPP, pois o parceiro privado apenas receberá qualquer receita pela prestação dos serviços depois que os investimentos já tiverem sido realizados, conforme o art. 7º da Lei 11.079/2004.

lograr êxito econômico (considerando que o financiamento tenha sido realizado na modalidade de *project finance*²³⁴).

Por derradeiro, é preciso lembrar que as instituições financeiras já são fiscalizadas pelo Banco Central, presumindo-se, assim, sua idoneidade financeira.²³⁵

V.12.4.3 – Regularidade fiscal e jurídica

Ao que nos parece, seria viável exigir apenas regularidade fiscal e jurídica, por não comprometerem a lógica econômico-jurídica que justifica a introdução do direito de assunção de controle do financiador no Direito brasileiro.

Vale ressaltar que a exigência de regularidade fiscal e jurídica, assim como de idoneidade financeira e capacidade técnica, não é vedada inteiramente pela Lei 11.079/2004.

Antes de afastar a aplicabilidade do inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995, o art. 5º, § 2º, da Lei 11.079/2004 determinou que as condições em que o Poder Público autorizará o exercício do direito de assunção de controle do financiador estarão previstas no contrato de PPP. Logo, poderá o poder concedente, por via contratual, exigir as condições que lhe forem convenientes, inclusive exigindo regularidade jurídica e fiscal e, eventualmente, condições específicas relativas à capacitação técnica ou à idoneidade financeira.

Em favor da posição ora defendida, vale destacar que a Lei 11.196/2005, ao reformar a Lei de Concessões, estabeleceu, no art. 27, § 3º, que, para efeito de autorização da assunção de controle, o poder concedente exigirá dos financiadores o atendimento das exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira.

V.12.5 – A transferência para terceiro do controle assumido pelo financiador

Segundo a tradição inglesa, o direito de assunção de controle implica conceder aos financiadores o direito de obter o controle da SPE em caso de inadimplência (*step-in*), reestruturá-la e transmitir (*step-out* ou *way out*) o controle para um ente que opere no setor objeto da SPE.

Todavia, a Lei 11.079/2004 não regulou essa segunda transferência (*way out*), de maneira que se aplica ao caso o art. 27 da Lei 8.987/1995, em sua integralidade.

Por isso, enquanto no *step-in* não se aplica o inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27, no *way out* não há qualquer exceção. Portanto, no momento do *way out* será necessariamente requerida a comprovação de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal.

Novamente deverá ser ponderado se a SPE atende, por si só, aos requisitos necessários à adequada prestação do serviço. Como já observado, esse costuma ser o motivo pelo qual se exige a constituição de uma SPE.

Quando essa situação não se configurar, no caso do *step-in*, bastará que o financiador comprove a contratação de empresa com esses atributos, como acima justificado.

Para o *way out*, no entanto, como se aplica integralmente o parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27²³⁶ e a transferência ocorre em caráter definitivo, a comprovação dos atributos de habilitação deverá ser feita sem a possibilidade de contratação de empresa que permita ao pretendente atender às exigências do inciso I, salvo se houver sido admitida por ocasião da licitação, pois, nesse caso, não se poderia levantar qualquer acusação de burla ao procedimento licitatório.

V.12.6 – Sucessão nas obrigações do controlador

²³⁴. Se o financiamento for estruturado na modalidade de *corporate finance*, é provável que o interesse pelo direito de assunção de controle seja menor, pois, se houver inadimplência da SPE, os financiadores tratarão de executar imediatamente as garantias patrimoniais ou os seguros de que dispuserem.

²³⁵. A mera dúvida sobre a idoneidade de uma instituição financeira pode pôr em risco sua sobrevivência (como consequência da corrida por saques) e, em última análise, de todo o sistema financeiro (cf. John Kenneth Galbraith, *Moeda: de Onde Veio, para Onde Foi*, 2ª ed., 1997).

²³⁶. Lembre-se que, no caso do *step-in*, a Lei 11.079/2004 expressamente excluiu a aplicabilidade do inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27, que requeria o atendimento das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal.

Os controladores estão sujeitos, naturalmente, aos deveres impostos pelo direito societário. Como se sabe, esse ramo do Direito estabelece um tratamento jurídico específico, especialmente voltado a evitar o abuso do poder de controle.

Nesse sentido, a Lei 6.404/1976, especialmente mediante seus arts. 116 e 117, impõe deveres comportamentais e responsabilidades pelo abuso do poder de controle. Esses dispositivos aplicam-se a qualquer controlador, seja novo ou antigo, de uma sociedade prestadora de serviço público ou não.

Todavia, cumpre analisar se existem deveres e obrigações estipulados no contrato de concessão a que estarão vinculados os novos controladores em razão da transferência de controle. Com esse escopo, importa distinguir, no contrato de concessão, as obrigações da SPE e do controlador.

As obrigações da SPE seguem-na, por óbvio. A rigor, a contratada é a SPE – e, portanto, a maior parte das obrigações, se não a totalidade, em uma concessão é da SPE. Por isso, em regra, a questão da sucessão nas obrigações do controlador não se apresentará.

Todavia, nem sempre um contrato de concessão cria obrigações apenas para a SPE. É possível que existam obrigações específicas a que esteja obrigado o controlador, ainda que solidariamente.²³⁷

Como exemplos, nos contratos de concessão celebrados com a Ferrovia Novoeste S/A e a FERROBAN – Ferrovias Bandeirantes S/A,²³⁸ os controladores – que, inclusive, assinaram como intervenientes nos contratos – assumiram obrigações em nome próprio. No contrato com a FERROBAN²³⁹ os controladores obrigaram-se, inclusive, “a prover todos os recursos financeiros indispensáveis para que a empresa realize os investimentos necessários à manutenção e ao aperfeiçoamento deste serviço, sempre visando o atendimento adequado aos usuários” (*sic*), conforme estabelece a Cláusula 9ª, item 9.3, I.

Cabe perguntar, portanto, como ficam essas obrigações nos casos em que houver transferência de controle, seja temporária, pelo exercício do direito de assunção de controle, seja definitiva (*way out*), depois de reestruturada a SPE.

O art. 27 da Lei 8.987/1995, no inciso II do seu parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005), impõe o comprometimento do novo controlador em cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Como não houve regulamentação específica do *way out*, é indubitável que o art. 27 se aplica inteiramente à transferência de controle depois da reestruturação da SPE – e, portanto, inclusive o aludido inciso II.

Em relação ao exercício do direito de assunção de controle do financiador, negou-se aplicabilidade apenas ao inciso I do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27. Ora, caso se desejasse também a não-aplicação do inciso II, então, o legislador deveria ter se referido ao conteúdo integral do então parágrafo único, e não a um inciso específico, como o fez.

Portanto, o inciso II do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei 11.196/2005) do art. 27 aplica-se indistintamente a qualquer tipo de transferência de controle.

Na hipótese em que o contrato de concessão preveja apenas obrigações para a SPE, sem qualquer menção aos controladores, então, como não há obrigações específicas do controlador, será inviável falar em sucessão de obrigações do controlador.

Assim, nesse caso, o inciso II do parágrafo único (renumerado para § 1º, nos termos da redação dada pela Lei

²³⁷. Assim, pode-se conjecturar que, em uma concessão cujo critério de julgamento da licitação tenha sido o maior valor de outorga, o montante devido pela outorga constitua obrigação solidária do controlador.

²³⁸. Os referidos contratos podem ser obtidos no sítio eletrônico da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, cujo endereço é www.antt.gov.br.

²³⁹. Conforme a Cláusula 9ª, item 9.3, do contrato:

“Os INTERVENIENTES declaram que estão de acordo com as cláusulas e condições estabelecidas neste contrato, que se obrigam a cumprir e fazer cumprir, bem como as normas legais e regulamentares pertinentes à prestação do serviço público de transporte ferroviário concedido, obrigando-se também a prover todos os recursos financeiros indispensáveis para que a empresa realize os investimentos necessários à manutenção e ao aperfeiçoamento deste serviço, sempre visando o atendimento adequado aos usuários.

“Os INTERVENIENTES se obrigam a celebrar acordo de acionistas, nos termos da lei, vedando a transferência, a cessão ou a alienação por qualquer forma ou título, direta ou indireta, gratuita ou onerosa, total ou parcial, das suas ações vinculadas à composição do controle acionário da CONCESSIONÁRIA e/ou direitos de subscrição e/ou bonificação distribuída a qualquer título, sem a prévia e expressa concordância da CONCEDENTE.

“Na hipótese de transferência de ação integrante do controle acionário da CONCESSIONÁRIA, o novo titular da ação firmará, no ato de assinatura do Termo de Transferência, declaração, em duas vias, de que conhece e se obriga a cumprir e fazer cumprir todas as cláusulas e condições deste contrato, ficando uma via com a CONCEDENTE e a outra com a CONCESSIONÁRIA, que a averbará no Livro de Registro de Ações Nominativas, à margem do respectivo registro.”

11.196/2005) do art. 27 implica apenas o dever de o controlador envidar esforços para fazer cumprir o contrato de concessão. Nesse sentido, no entanto, não há propriamente diferença em relação ao dever de todo e qualquer controlador. Como é cediço, o controlador deve agir no interesse da sociedade, e não em seu próprio interesse, se este for divergente daquele, sob pena de caracterizar abuso de poder de controle. Como o objeto da SPE é justamente a prestação de serviço, nos termos do contrato de concessão, então, o controlador deverá agir com o intuito de promover o adequado cumprimento contratual.

Por outro lado, nos casos em que o contrato de concessão preveja obrigações para o controlador, então, o novo controlador deverá assumi-las, como condição para a transferência do controle,²⁴⁰ salvo disposição contratual em contrário. Isso porque, como o contrato impõe obrigações específicas para o controlador, não se pode lobrigar a possibilidade de o novo controlador comprometer-se a cumpri-lo sem nelas suceder.

Porém, o fato de o novo controlador suceder nas obrigações contratuais do antigo não significa que responderá por condutas e inadimplementos contratuais do antigo controlador. A responsabilidade do novo controlador existe apenas em relação aos atos por ele realizados depois de ter assumido o controle, e durante o período em que mantiver essa condição.

Assim, por exemplo, o novo controlador não sucederá o antigo em (i) multas aplicadas por fatos ocorridos antes de assumir o controle da SPE ou (ii) parcelas vencidas e não pagas do montante devido em razão da outorga que, eventualmente, por disposição do contrato de concessão, constituam encargo do controlador. Essas dívidas são de responsabilidade integral do antigo controlador. De outra forma haverá um enorme incentivo econômico contrário à assunção do controle pelos financiadores.

Portanto, repita-se: o novo controlador responderá tão-somente por condutas e inadimplementos ocorridos após ter assumido o controle e durante o período que se mantiver nessa condição, como costuma acontecer em qualquer transferência de controle societário.

Por derradeiro, para evitar incertezas, sugere-se que esse entendimento esteja expressamente disposto no contrato de concessão.

V.12.7 – *Compatibilidade do direito de entrada do financiador com o Direito brasileiro*

Em uma análise superficial, a adoção no Brasil do direito de assunção de controle do financiador poderia ser questionada sob a alegação de que afronta o princípio da exigência de prévia licitação (art. 37, XXI, e art. 175 da CF), o princípio da igualdade entre licitantes e a natureza pessoal do contrato administrativo,²⁴¹ eis que permitiria à Administração entregar o controle de SPE a um terceiro diverso daquele que participou da licitação, ou, pelo menos, a ente cuja qualificação técnica, econômica e de regularidade fiscal para tanto não foi avaliada durante o procedimento licitatório.²⁴²

Além disso, é interessante notar que apesar de, em artigos elaborados durante a discussão do projeto de lei, alguns advogados terem defendido a criação do direito de assunção de controle do financiador ou assinalado sua eventual omissão como ponto fraco da lei,²⁴³ nenhum doutrinador de escol na área de direito administrativo se pronunciou pela sua inclusão ou utilização.

E mesmo na Europa, onde o exemplo do *PFI – Private Finance Initiative*²⁴⁴ inglês tem arrebanhado seguidores de

²⁴⁰. Recomenda-se, para evitar posteriores questionamentos, que o poder concedente exija do novo controlador, como condição para autorizar a assunção de controle, a concordância expressa com a sucessão nessas obrigações.

²⁴¹. Apesar de haver, hoje, discussão na doutrina sobre a correção do enquadramento do contrato administrativo como *intuitu personae*, ou personalíssimo. Atendidos os atributos de qualificação para a adequada prestação do serviço e mantidos os termos da proposta, não há que se negar a transferência de controle ou, até mesmo, a transferência da concessão. Nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., 2005.

²⁴². Junte-se a isso a possibilidade de se alegar, ainda, a violação do princípio da moralidade e impessoalidade da Administração (art. 37, *caput*, da CF).

²⁴³. José Emílio Nunes Pinto, “As parcerias entre o setor público e o setor privado”, publicado no *site* <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>; Jorge Antônio Bozoti Pasin e Luiz Ferreira Xavier Borges, “A nova definição de parceria público-privada”, *Revista do BNDES*, vol. 10, n. 20, pp. 173-196.

²⁴⁴. Em explicação sucinta, o PFI é a versão britânica da nossa PPP, e tem sido considerado como modelo para programas do gênero em todo mundo (cf. “Introdução”, item I.2).

lado a outro do espectro ideológico, existe ainda no âmbito da Comunidade Européia a percepção de que o uso do direito de assunção de controle do financiador requer uma atenção especial, pois possibilita a assunção da prestação do serviço sem prévia licitação.²⁴⁵

Essas notas sobre as dificuldades e desconfiças que cercam o direito de assunção de controle do financiador vêm a propósito de afirmar que implementá-la no sistema pátrio requer desbordar dos limites em que se move a tradição jurídica do direito administrativo de matriz continental, o que achega possibilidade de ruído na aplicação do instituto, incluindo, mesmo, a perspectiva de sua invalidação por inconstitucionalidade.²⁴⁶

Como acima aludido, o direito de assunção de controle implica conceder aos financiadores o direito de obter o controle da SPE em caso de inadimplência (*step-in*), reestruturá-la e transmitir (*way out*) o controle para um ente que opere no setor objeto da SPE.

É provável que a utilização do direito de assunção de controle do financiador enfrente forte debate quanto à sua constitucionalidade, especialmente no que toca à *way out*, eis que envolve transmissão de controle da SPE para ente alheio à relação contratual original.

Como anteriormente mencionado, a Lei 11.079/2004 não regulou essa transferência (*way out*), de maneira que se aplica ao caso o poder discricionário da Administração, nos moldes previstos no art. 27 da Lei 8.987/1995.

Assim, importa aproveitar – em aplicação subsidiária e analógica – tendência existente no direito das concessões de admitir a transferência de controle da concessionária (quando inexistente lesão ao interesse público)²⁴⁷ e usar a *ratio* por trás dessa admissão para justificar a alienação do controle da SPE pelo financiador que tenha assumido seu controle.

Se for possível, à luz da Constituição, transferir controle de concessionária de serviço público, sem afronta aos princípios da exigência prévia de licitação, da igualdade entre licitantes e da natureza pessoal do contrato administrativo, não há por que negar a possibilidade de transferir controle de SPE em PPP,²⁴⁸ quando esta transferência se dá, em primeiro plano (*step-in*), para fins de consecução do interesse público de reorganização financeira da SPE e, em segundo plano (*way out*), com o objetivo de devolver a operação da SPE a entidade especializada na sua atividade-fim.

V.12.7.1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.946

Na ADI 2.946,²⁴⁹ em tramitação perante o STF, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 8.987/1995, por não exigir licitação.

O elo entre essa ação direta de inconstitucionalidade e o direito de assunção de controle do financiador é patente: o efeito de se exigir prévia licitação para qualquer tipo de transferência de controle implica, em análise perfunctória,

²⁴⁵. A Comissão das Comunidades Européias pronunciou-se nos seguintes termos sobre o assunto: “48. Em certas operações, as instituições financeiras reservam-se o direito de se substituírem ao gestor do projecto, ou de designarem um novo gestor, quando os fluxos financeiros gerados pelo projecto descem abaixo de determinado nível. A aplicação destas cláusulas, que pertencem à categoria das cláusulas ditas ‘de *step-in*’, pode implicar a mudança do parceiro privado do organismo adjudicante sem lançamento de concurso. Tais operações merecem especial atenção para asseverar a respectiva compatibilidade com o direito comunitário dos contratos públicos e das concessões” (Comissão das Comunidades Européias, *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, 30.4.2004, disponível em http://europa.eu.int/eur-lex/pr/pt/dpi/gpr/doc/2004/com2004_0327pt01.doc).

²⁴⁶. Isso é tanto mais preocupante se considerarmos que a relevância da doutrina no direito administrativo era tal até recentemente que, na aurora da LGT – Lei Geral das Telecomunicações, alguns segmentos da doutrina classificaram de inconstitucional a natureza das permissões e autorizações de serviço público nela previstas, por desbordarem dos quadros doutrinários tradicionais.

²⁴⁷. V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 4ª ed., p. 111; Marçal Justen Filho, *Concessões de Serviços Públicos*, pp. 283-290, e *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*, pp. 531-547; Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, “Concessão de estradas de rodagem – Criação de companhia de propósito específico – Oferecimento de ações em garantia – Instituição estrangeira como garantidora – Parecer sintético”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, vol. 6, n. 24, pp. 201-209.

²⁴⁸. Note-se que nem sempre a SPE em PPP será prestadora de serviços públicos. Haverá casos em que a SPE será exercente de atividade econômica em sentido estrito, de maneira a facilitar a fundamentação da possibilidade de transferência do seu controle.

²⁴⁹. Essa ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Sr. Cláudio Fontelles, e, atualmente, os autos estão conclusos ao Relator, exmo. Min. Sepúlveda Pertence, desde o dia 16.2.2004.

inutilizar o direito de assunção de controle do financiador, pois obrigaria a vencer a licitação como condição para o exercício de seu direito.

Segundo se argumenta na ação direta de inconstitucionalidade, o art. 175 da CF²⁵⁰ impediria a transferência da concessão sem licitação. Além disso, se alega que, se é exigível licitação para a subconcessão, regulada pelo art. 26, então, com mais razão seria necessária para a hipótese de transferência.²⁵¹ Por esses motivos, pretende o Procurador-Geral da República a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 8.987/1995.

Não se pretende discutir neste trabalho a exigibilidade da licitação para transferência da concessão, por fugir do seu foco. Porém, é preciso analisar a hipótese de transferência de controle, visto que o direito de assunção de controle do financiador se enquadra nessa situação.

O art. 27 da Lei 8.987/1995 refere-se indistintamente a dois casos absolutamente diversos. A transferência da concessão implica a assunção do serviço por outra pessoa; há alteração jurídica no pólo contratual. Na transferência de controle, contudo, a mesma concessionária que venceu a licitação continua em operação; juridicamente, não há qualquer alteração na relação entre o poder concedente e a concessionária.

Se no caso de transferência da concessão a exigibilidade de licitação constitui questão controversa, no caso de transferência de controle não se pode cogitar de qualquer burla à exigência de licitação, pois não há modificação da pessoa do concessionário.

Mesmo entre os autores que defendem a exigibilidade de licitação para a transferência da concessão costuma-se reconhecer que a transferência de controle constitui situação absolutamente diversa, para a qual não se pode exigir a licitação.

A corroborar esse entendimento, vale citar texto de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’; ora, sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória.

“Diferente é a hipótese de transferência do controle societário da concessionária, pois, nesse caso, não existe alteração na pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade.

“Em princípio, não há impedimento à transferência do controle acionário, devendo ser observada a norma do art. 27, parágrafo único [hoje § 1º], da Lei 8.987, que exige anuência do poder concedente; (...).”²⁵²

Eventual fraude ou lesão ao interesse público poderá ser combatida por ocasião da análise sobre a conveniência de se autorizar a transferência de controle. O art. 27 afirma que a transferência sem a prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. É o suficiente.

Portanto, reconhecida a constitucionalidade do art. 27 – ao menos no que toca à hipótese de transferência de controle – e, dessa maneira, declarada sua conformidade aos princípios da exigibilidade de prévia licitação, da igualdade entre os licitantes e da natureza pessoal do contrato administrativo, não deve restar qualquer dúvida quanto à

²⁵⁰. A redação do *caput* do dispositivo é a seguinte: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

²⁵¹. Parece-nos, todavia, que o erro está em exigir licitação para a subconcessão. Melhor seria que se exigisse apenas autorização. Lembre-se que a subconcessão, a rigor, é uma relação de direito privado – e, portanto, não deveria exigir licitação (nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho, *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*, pp. 522-527). A subconcessão do art. 26, por seu lado, tem natureza imprópria, na medida em que, ao prever a licitação, cria uma relação direta do subconcessionário com o poder concedente. Nos termos do § 2º do art. 26, haverá sub-rogação em todos os direitos e obrigações do subconcedente. Nas palavras do professor Marçal, “o subconcessionário será titular de direitos em nome próprio em face do poder concedente, podendo atuar tal como se fosse concessionário. Isso significa que o concessionário deixará de ser titular dos direitos e dos deveres inerentes ao âmbito de atuação em se promover a sub-rogação do subconcessionário” (p. 527). Assim, ao requerer licitação na modalidade de concorrência, os efeitos do que se está a fazer, na verdade, são os de uma nova concessão, com a única peculiaridade de que os direitos e obrigações são idênticos aos do subconcedente, em razão da sub-rogação. Apenas nesse sentido – de nova concessão – se pode compreender a exigência de licitação. O art. 27, entretanto, não sugere nova concessão, e sim transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Por não ter natureza de nova concessão, não podem ser alterados direitos e obrigações, e as condições da prestação do serviço são idênticas às da proposta original.

²⁵². Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 4ª ed., p. 111.

compatibilidade do direito de assunção de controle do financiador com o direito administrativo brasileiro.

V.12.8 – *Considerações finais sobre o direito de assunção de controle da SPE pelos financiadores*

Com o escopo de reduzir as possibilidades de questionamento da autorização para assunção de controle da SPE, é conveniente que esse direito seja previsto no edital da licitação. Possível é, ademais, no ato da assinatura dos contratos de PPP, os financiadores da SPE e o Poder Público assinarem contrato – que preveja, nos moldes dos existentes no Reino Unido, entre outras disposições, as condições para exercício do direito de assunção de controle e as obrigações e responsabilidades dos investidores quando do eventual exercício do controle da SPE. Se for esse o caso, a minuta desse contrato deverá integrar os atos convocatórios da licitação.

Assim, a existência de direito de assunção de controle ficará condicionada à sua previsão no edital, à assinatura pelo financiador dos compromissos com Poder Público necessários à garantia da continuidade e qualidade dos serviços e à assunção de responsabilidade pelos atos praticados durante o período em que gerir a SPE.

A autorização para obtenção do controle pelo financiador deverá requerer a apresentação, ao menos, de prova da inadimplência – real ou iminente – da SPE, plano de reestruturação e, quando cabível, prova de contratação de empresa detentora de comprovada qualificação técnica e idoneidade para gestão da SPE.

Observe-se que a transferência de controle e a reestruturação são realizadas sem prejuízo da possibilidade, a qualquer tempo, de intervenção do Poder Público e do término do contrato por inadimplência da SPE. Isso configura modificação nodal na estrutura do direito de assunção de controle do financiador tal qual concebido no sistema inglês. Lá existe disciplina paralela para o direito de assunção de controle do Poder Público (intervenção) e dos financiadores. Onde existe o direito de assunção de controle do financiador, em regra o Poder Público tem que respeitá-lo. O delineamento dos limites do direito de assunção de controle do Poder Público (intervenção) e dos financiadores é realizada por meio de tipificação contratual dos eventos que dão surgimento ao direito de cada uma das partes de intervir na SPE.²⁵³

No Brasil o direito de assunção de controle do financiador na SPE poderá sempre ser ofuscado ou bloqueado pelo poder do ente público. Assim, o financiador, a rigor, não terá um direito subjetivo à assunção do controle, mas uma possibilidade contratual, que poderá ser a qualquer momento afastada pelo Poder Público,²⁵⁴ por meio da realização da intervenção.

Resta saber como os financiadores e a iniciativa privada em geral avaliarão o “direito de assunção de controle possível” no Brasil.

Como, no caso brasileiro, existe uma especificidade manifestada no fato de o grande financiador de *project finance* ser uma instituição pública, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, é provável que esse ponto – “do direito de assunção de controle possível” – não levante grandes objeções.

Na prática, enquanto o BNDES continuar a ser o grande financiador de *project finance*, a intervenção será sempre do Poder Público, seja diretamente, como intervenção típica do poder concedente nos termos dos arts. 32 a 34 da Lei 8.987/1995, seja indiretamente, por meio do BNDES.

V.13 – *A emissão do empenho em nome dos financiadores*

Consoante o art. 58 da Lei 4.320/1964, “o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Do ponto de vista operacional, nos termos do art. 61 da Lei 4.320/1964, “para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’ que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria”. Numa situação tradicional, há duas relações jurídicas absolutamente distintas. Uma, entre os parceiros público e privado, decorrente do contrato de concessão. Outra, entre o parceiro privado e o

²⁵³. No futuro pretendemos realizar estudo mais detido sobre esse tema, eis que talvez seja possível realizar semelhante especificação em relação ao Direito brasileiro, estabelecendo, por exemplo, os tipos de inadimplência da SPE que, apesar de demonstrarem dificuldades financeiras, não afetam imediatamente ou diretamente o cumprimento das suas obrigações com os usuários do serviço e com o Poder Público.

²⁵⁴. O fato de a Lei 11.079/2004 utilizar a expressão “os requisitos e condições em que o parceiro público *autorizará [grifo nosso]* a transferência de controle”, ainda que possa indicar a natureza de ato vinculado, não retira da Administração o poder de intervir na concessão ou retomar o serviço concedido, se for necessário ao atendimento do interesse público. Bastará que o ato seja motivado.

financiador, em razão do contrato de financiamento. Destarte, não há qualquer relação direta entre o financiador e o parceiro público.

A emissão do empenho em nome do financiador cria uma relação jurídica direta entre ele e o parceiro público. Por um lado, passa a ser possível o acionamento direto do parceiro público pelo financiador na hipótese de ausência de pagamento da contraprestação pública. Por outro, elimina-se o risco de o parceiro privado receber os pagamentos e não pagar as parcelas do financiamento.

Novamente, como uma boa parte dos dispositivos da Lei de PPP, a importância desse instrumento – emissão do empenho em nome do financiador – ganha relevo quando se considera a estruturação do financiamento na modalidade *project finance*.

Como a principal garantia, nessa modalidade de financiamento, decorre do direcionamento das receitas para uma conta vinculada (*scrow account*), é importante assegurar a diminuição do risco de que esses recursos sejam desviados e não cheguem a essa conta.

Com a emissão do empenho em nome de um financiador, ao invés da SPE, é o próprio financiador quem ficará responsável pela transferência dos recursos para a conta vinculada. Permite-se, assim, o recebimento da contraprestação/parcela do financiamento sem intermediários, exceto, é claro, o *trustee*, por ser provável que os recursos recebidos pelo financiador sejam direcionados para uma conta vinculada.²⁵⁵

Na ocorrência da emissão do empenho em nome dos financiadores, o parceiro público não poderá jamais pagar a contraprestação ao parceiro privado, sob pena de pagar a quem não é devido. Se o fizer, não se terá liberado da obrigação, e poderá ser acionado a qualquer momento pelos financiadores, independentemente da sua boa-fé na realização do pagamento.

Nesse sentido, vale destacar que os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964 exigem que, antes de se realizar o pagamento, sejam apurados: “I – a origem e o objeto do que se deve pagar; II – a importância exata a pagar; e III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação” (grifos nossos). O contrato de PPP ou outro contrato acessório, de que o Poder Público esteja ciente, constitui instrumento apto a pactuar a emissão do empenho em nome do financiador e, assim, definir a quem se deve pagar a importância para efeito de extinguir a obrigação.

Por derradeiro, vale destacar que, embora a lei admita o empenho em nome de múltiplos financiadores, por ter utilizado a forma do plural, parece-nos mais razoável que o ato determine o pagamento a um financiador específico, provavelmente àquele que houver suportado a maior parcela do financiamento, o qual também poderá ser o *trustee*. Esse procedimento facilitaria em muito a operacionalização da emissão de empenhos.

V.14 – Legitimidade dos financiadores para receber indenizações por extinção antecipada do contrato e dos pagamentos a serem realizados pelos garantidores

Assim como o inciso II, o inciso III do § 2º do art. 5º da Lei de PPP permite aos financiadores o recebimento de valores sem intermediação do parceiro privado. Esse inciso descreve duas hipóteses distintas: (a) a indenização devida em razão da extinção antecipada do contrato de concessão ou (b) os valores provenientes da execução das garantias oferecidas pelos fundos e empresas estatais garantidores.

Não há, aqui, propriamente, uma inovação da Lei de PPP. Isto porque seria possível interpretar o art. 28 da Lei 8.987/1995²⁵⁶ de modo a fazer caber nele as hipóteses ora examinadas. Ao dizer que as concessionárias poderão oferecer os direitos emergentes da concessão, o referido dispositivo permite estabelecer contratualmente que a indenização devida em razão da extinção antecipada do contrato bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de PPPs serão recebidos diretamente pelo financiador, uma vez que constituem direitos emergentes da concessão.

Não há nada que implique interpretar restritivamente os direitos emergentes da concessão. Assim, todo e qualquer direito da concessionária poderá ser oferecido em garantia, desde que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

²⁵⁵. Note-se que, apesar de a conta vinculada ser gerenciada pelo *trustee*, sua titularidade é geralmente do concessionário.

²⁵⁶. Aplicável às PPPs por força do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 11.079/2004. Conforme o art. 28 da Lei 8.987/1995, “nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço”.

O dispositivo, portanto, não inova. Trata apenas de expressar dois direitos emergentes da concessão que poderão ser, inquestionavelmente, transferidos aos financiadores. Seu mérito, pois, resume-se a oferecer maior segurança jurídica aos financiadores.

Art. 6º. A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

- I – ordem bancária;**
- II – cessão de créditos não-tributários;**
- III – outorga de direitos em face da Administração Pública;**
- IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;**
- V – outros meios admitidos em lei.**

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

VI – O conceito jurídico de “contraprestação pública”: VI.1 – Ordem bancária. VI.2 – Cessão de créditos não-tributários. VI.3 – Outorga de direitos em face da Administração. VI.4 – Outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. VI.5 – Outros meios admitidos em lei. VI.6 – Remuneração vinculada ao desempenho.

VI – O conceito jurídico de “contraprestação pública”²⁵⁷

Trata o presente dispositivo das formas de realização da contraprestação pública. Em primeiro lugar, cumpre notar que, do ponto de vista econômico, a contraprestação pública é um subsídio pago pela Administração ao parceiro privado, eis que utiliza recursos oriundos de todos os contribuintes para custear serviço que será usufruído por parcela deles.

Mas, como já fizemos notar no item II.1.1 acima, inexistente na contabilidade pública brasileira o conceito de “subsídio”. Além disso, as normas de direito financeiro e, portanto, também as regras sobre contabilidade pública constantes da Lei 4.320/1964 foram recebidas pela Constituição de 1988 como lei complementar, em virtude do disposto no seu art. 163, I, o que impediria a modificação de tais normas pela Lei de PPP.

Nessas circunstâncias, ficaram ao legislador brasileiro, quando da tramitação da Lei de PPP, duas opções na caracterização dos pagamentos públicos em PPP.

A primeira opção seria enquadrar os pagamentos em PPP como subvenções econômicas, nos moldes do previsto no art. 12 da Lei 4.320/1964.

A outra opção seria enquadrá-los como pagamentos por serviços prestados pelo parceiro privado.

Ao utilizar o termo “contraprestação”, o legislador escolheu, claramente, caracterizar os pagamentos da Administração em PPP como contrapartida à aquisição de serviços. E isso tem pelo menos duas razões bem específicas.

A primeira é uma razão de cunho jurídico. Fossem os pagamentos das PPPs caracterizados como subvenção econômica, e se poderia entender necessária a prévia autorização do Poder Legislativo para realizar projetos de PPP, à parte as autorizações já previstas no art. 175 da CF, na Lei de PPP e/ou nas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995.

A subvenção econômica, do ponto de vista contábil, é uma categoria de transferência corrente, que, por sua vez, é, ao lado das despesas de custeio, espécie de despesa corrente.

As transferências correntes são, por definição, dotações para despesas que não encontram correspondente contraprestação direta em bens ou serviços (art. 12, § 2º, da Lei 4.320/1964). Ou seja, as transferências correntes não são pagamentos pela aquisição de serviços, mas instrumento para custeio de serviços. As transferências correntes não se referem, pois, a relações de compra, de aquisição de serviços – relações, essas, que são extremamente disciplinadas no nosso sistema quando envolvem entes da Administração, e sobre as quais incidem, entre outras, exigência de realizar licitação e uma série de regras sobre contratação, recebimento de serviços, pagamento, fiscalização etc.

Cuida-se, ao contrário, de relação em que o Poder Público assume os custos de prestação de serviços que entende de interesse público, geralmente serviços prestados por entes que integram a Administração Pública, da mesma esfera de governo ou de outra. Paga o seu custeio, o custo de prestação do serviço, mas, em tese, não o lucro (cf. art. 12, § 3º,

²⁵⁷. Cf. item VII para diferenciação mais detida entre contraprestação e outorga de direitos pela Administração, que são condição para a viabilização da implantação e prestação do serviço.

da Lei 4.320/1964). Daí por que, em regra, as transferências correntes são feitas para entes sem fins lucrativos, integrantes ou não da Administração.

Também por essa razão, o art. 19 da Lei 4.320/1964 exige autorização expressa por lei especial para a realização de subvenções para empresas com fins lucrativos. E foi esse o problema fundamental que impediu a caracterização dos pagamentos públicos em PPPs como subvenções.

O art. 19 da Lei 4.320/1964, em textual, enuncia que: “Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial”.

Exige tal dispositivo que as subvenções a empresas de fins lucrativos sejam expressamente autorizadas em lei especial. Ora, os parceiros privados são, em regra, entes com fins lucrativos. Essa circunstância faria emergir discussão sobre o conceito de “lei especial”, para o efeito de autorização da realização de pagamentos pela Administração a parceiros privados em PPPs. Seria a Lei de PPP considerada lei especial, para esse efeito? Seria a referência na Lei de PPP aos pagamentos públicos considerada autorização expressa para a realização das subvenções aos parceiros privados? Ou, ao contrário, se entenderia necessária previsão em lei específica para cada setor ou autorização expressa para cada conjunto de projetos para a realização da subvenção, inclusive com as condições e limites para cada subvenção?

O risco de se caracterizar os pagamentos públicos em PPPs como subvenção econômica estava exatamente na dificuldade de se definir *a priori*, de maneira segura, o entendimento do que seria a autorização expressa em lei especial para a realização da subvenção.²⁵⁸

A segunda razão por que os pagamentos públicos em PPPs foram caracterizados como contraprestação foi a discussão em torno da história das parcerias celebradas pelo Estado brasileiro para a construção de ferrovias no final do século XIX e princípio do século XX. O arranjo realizado para a construção de tais ferrovias previa que o parceiro privado seria remunerado por um percentual dos seus custos²⁵⁹ – ou seja, a Administração ficava responsável por cobrir os custos das obras e pagar ao parceiro privado, além disso, um percentual sobre esses custos, que lhe daria o retorno sobre o capital investido.

Tais contratos garantiam também aos parceiros privados o monopólio da operação do serviço de transportes por diversos anos após sua implantação – monopólio, esse, que, em regra, não sofria regulação ou fiscalização forte a impedir exploração indevida de usuários e do Poder Público.²⁶⁰

Não foi incomum ao longo do processo de tramitação da Lei de PPP trazer-se ao debate público informações sobre tais parcerias sempre descontextualizadas do ponto de vista histórico e com um viés pejorativo, não raro com intuito de associar aquelas parcerias às previstas na Lei de PPP. Tudo, evidentemente, com intenções políticas e sem maiores preocupações com a acuidade técnica da comparação. Sem dúvida, o contexto técnico e a estrutura institucional nos quais se inserem as parcerias previstas na Lei de PPP são completamente diferentes daqueles do final do século XIX e do princípio do século XX. Daí por que a comparação é completamente inadequada.

Mas é certo que essa discussão influenciou o Legislativo a exigir que os pagamentos públicos fossem vinculados à disponibilização ou prestação de serviços, o que foi feito, por um lado, pela classificação dos pagamentos públicos como contraprestação por serviços e, por outro lado, pela redação do art. 7º, que condiciona o pagamento público à disponibilização de serviços ou à sua efetiva prestação.

Portanto, foram, de um lado, a disciplina legal das subvenções e os riscos jurídicos em torno da exigência de autorização legislativa para a realização de subvenções econômicas e, doutro bordo, a experiência ruim do Brasil com as parcerias para a construção das ferrovias no século XIX que levaram à caracterização dos pagamentos da Administração em PPPs como contraprestação por serviços.

Antes de passar de logo aos comentários relativos às formas de contraprestação pública, é preciso assinalar que, qualquer que seja a forma eleita para a realização da contraprestação, ela deve ser prevista no edital de licitação e no contrato. Em primeiro lugar porque o inciso IV do art. 5º requer que as formas de remuneração do parceiro privado

²⁵⁸. Note-se que, do ponto de vista tributário, a caracterização dos pagamentos públicos como “subvenção” reduziria de maneira relevante a carga tributária incidente sobre tais recursos. Doutro lado, a caracterização como “contraprestação” faz incidir sobre tais montantes todos os tributos aplicáveis às receitas de empresas privadas.

²⁵⁹. Conta-se que é essa a explicação para a sinuosidade horizontal das ferrovias construídas nessa época.

²⁶⁰. Cf. José Roberto Walker, “Entre o Litoral e o Planalto, 150 anos de ferrovia no Brasil”, in Antônio de Pádua Gurgel, Guilherme Narciso Lacerda e José Roberto Walker (orgs.), *Ferrovia – Um Projeto para o Brasil*, 2005.

constem do edital e do contrato.

Ainda que se trabalhe com um conceito estrito de “remuneração” na interpretação do inciso IV do art. 5º, é forçoso admitir a necessidade de que a forma de contraprestação seja prevista claramente e da forma mais detalhada possível no edital. E isso por duas razões.

A primeira porque a realização da contraprestação pode implicar outorga de direitos sobre patrimônio público em regime de exclusividade.

Além disso, é preciso não esquecer que a forma da contraprestação constitui um dos elementos fundamentais para definição do perfil do projeto e do exato esquema de distribuição de riscos entre as partes. Por essa razão, ela afeta de maneira sensível os preços a serem cobrados pelo parceiro privado do usuário e do Poder Público.

Uma outra nota que nos parece necessário fazer é que, apesar de o conceito de “contraprestação” utilizado pela Lei de PPP ser extremamente amplo, existem diversas formas de organização do contrato que podem resultar na transferência, por exemplo, de direitos de titularidade da Administração para o parceiro privado sem que tais transferências caracterizem contraprestação. Por exemplo, a transferência do direito de uso de um dado bem de propriedade da Administração para a realização de empreendimento pelo parceiro privado, evidentemente, não se caracteriza como contraprestação. A utilização de terreno da Administração para a consecução de empreendimento pode até ser considerado, do ponto de vista econômico, um subsídio, mas sem dúvida não pode ser caracterizado como contraprestação, eis que não se faz como pagamento pelo serviço, mas como transferência temporária de um direito que viabiliza a implantação de infra-estrutura para prestação do serviço. Aliás, entender o contrário resultaria em inviabilizar o empreendimento, porque entendida a transferência do direito de uso como contraprestação, e ela só poderia ser feita após a prestação ou disponibilização do serviço, conforme o art. 7º da Lei de PPP.

Por fim, é importante mencionar que, apesar de os incisos do art. 6º contemplarem diversas formas para a realização da contraprestação pública, o teor do inciso V torna a enumeração das formas de contraprestação pública *numerus abertus* – ou, em vernáculo, meramente exemplificativa –, o que quer dizer que outras formas de contraprestação pública admitidas em lei são passíveis de adoção nas modelagens de PPPs.

Essa idéia, em conjunto com a regra geral do art. 425 do CC,²⁶¹ que é aplicável à Administração, dá a abertura necessária para que não se criem em torno da Lei de PPP interpretações e empecilhos formalistas que inviabilizem a realização de operações que se mostrarem de óbvio interesse público.

VI.1 – Ordem bancária

A ordem bancária é a forma ordinária de pagamento quando a contraprestação pública for em numerário, e abrange tanto o pagamento realizado por estatal ou autarquia quanto aquele realizado pela Administração direta. Tais pagamentos são realizados mediante depósito em conta aberta pelo parceiro privado na instituição financeira na qual os órgãos da Administração contratante realizam seus pagamentos.

VI.2 – Cessão de créditos não-tributários

A cessão de créditos não-tributários pode se tornar um recurso extremamente útil para modelagem de PPPs.

Note-se, em primeiro lugar, que, em regra, não há na legislação dos entes federativos requisitos especiais para a realização de cessão de créditos não-tributários. Feita independentemente de PPP, a cessão é contrato oneroso; na prática, uma venda de créditos, de recebíveis, que pode ser objeto de operação estruturada de securitização. Por essa razão, quando feita independentemente de PPP, a cessão de créditos, em regra, requer licitação para sua celebração.

No caso, entretanto, das PPPs a cessão deve estar prevista já no edital de licitação. Sua operacionalização envolve riscos diversos daqueles do pagamento em numerário. O parceiro privado deve, por isso, ter oportunidade, por ocasião da realização da sua proposta, de sopesar o risco envolvido na cessão.

A depender da situação financeira e orçamentária do ente contratante da Administração, muitas vezes a realização do pagamento por meio de cessão envolve melhoria para o parceiro privado do risco de crédito do pagador. Imagine-se, por exemplo, que a Administração contratante tem, por qualquer motivo, créditos não-tributários contra uma empresa *investment grade*, vencíveis em datas compatíveis com as datas de pagamento da contraprestação pública, e pretende pagar pela PPP com a cessão de tais créditos. Ora, dependendo de como esta cessão seja viabilizada, ela reduz notavelmente o risco do parceiro privado de não receber ou de receber com atraso os pagamentos pactuados. O risco de crédito de uma empresa *investment grade* (especialmente se suas receitas forem auferidas fora do Brasil) pode ser

²⁶¹. “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

menor que atualmente, por exemplo, o risco nacional, e, por isso, provavelmente melhor que o risco de crédito de qualquer Estado ou Município.

Parece-nos admissível, para esse efeito, a realização, por exemplo, de cessão condicional de créditos. Transferem-se sob condição suspensiva, no ato da contratação das PPPs, os créditos futuros para o parceiro privado. A condição suspensiva seria a prestação do serviço com determinadas características. Se o parceiro privado não prestar o serviço com as características pactuadas no contrato, suspende-se a transferência dos créditos para o parceiro privado até o cumprimento das suas obrigações contratuais.

O uso desse tipo de mecanismo é conveniente, especialmente quando reduz o risco de crédito transferido para o parceiro privado. Obviamente, como o Poder Público brasileiro ainda não tem reputação de bom pagador, ao contratar com a Administração, os parceiros privados cobram pelo risco de crédito assumido, especialmente pelo risco de atraso de pagamento, que é amiúde embutido no preço do serviço. Ao fazer uma cessão condicional de créditos para pagamento de PPP contra empresa com *rating* de crédito alto, o risco de atraso nos pagamentos ao parceiro privado em PPP reduz-se notavelmente, o que deve reduzir o preço cobrado pelos parceiros privados (isso supondo, evidentemente, uma licitação competitiva).

Outro caso extremamente conveniente para a realização de cessão de crédito é o de projetos de melhoria de uma dada infra-estrutura com vistas à prestação de serviço por empresa pública concessionária.

Por exemplo, os projetos para construção e operação de emissários submarinos. O custo de construção de emissários é geralmente de difícil repasse para seus usuários diretos, especialmente quando grande parcela do esgoto é produzida por usuários domésticos. A amortização do investimento para sua implementação deve ser realizada mediante repasse para a universalidade de usuários do serviço de saneamento. Daí por que é difícil repassar para o parceiro privado a possibilidade de cobrança de tarifas. Em casos tais pode ser conveniente a realização, pela empresa pública concessionária do saneamento, de cessão dos recebíveis (ou seja, dos créditos futuros) relativos a cobranças de tarifas para o parceiro privado interessado em construir e operar o emissário submarino.²⁶²

Essa estrutura pode ser sofisticada por meio da criação de uma conta vinculada, administrada por um terceiro – por exemplo, uma instituição financeira – que, na posição de *trustee* (e, portanto, com obrigações fiduciárias e contratuais de gerir adequadamente tal conta), transferiria para o parceiro privado, nas datas pactuadas, os valores de pagamento da contraprestação pública.

Esse tipo de estrutura contratual reduz o risco do parceiro privado de atraso no recebimento dos pagamentos públicos, o que deve impactar positivamente no preço a ser cobrado do usuário e do Poder Público pela construção e operação do emissário.

Quanto à estrutura jurídica da cessão de crédito, ela é disciplinada nos arts. 286 e ss. do CC. Cumpre notar que, em qualquer cessão de crédito, o cedente garante a existência do crédito. É responsável pela constituição e existência do crédito que cede – o que é, aliás, natural, pois quem transfere direitos fica, em regra, responsável pela existência daquilo que transfere.²⁶³

Além disso, o cedente do crédito também pode se responsabilizar pela solvabilidade dos créditos – caso em que a cessão será entendida como cessão *pro solvendo*, ou seja, a obrigação do cedente (nesse caso, o ente da Administração Pública contratante) para com o cessionário (o parceiro privado ou o seu financiador, que receberá os créditos) só se dará por cumprida quando do efetivo pagamento pelo cedido (devedor da relação creditícia objeto da cessão). Em outras palavras, o cedente ficará responsável perante o cessionário até o efetivo cumprimento da obrigação pelo cedido.

A cessão de créditos pode também ser realizada sem garantia de solvabilidade (*pro soluto*) – caso em que a transferência dos créditos, em si, será considerada o cumprimento da obrigação da Administração. Nesse caso, o cessionário – ou seja, o parceiro privado ou seu financiador – arcará com o risco de crédito do cedido. Se o cedido não pagar, o parceiro privado, ou seu financiador, não terá recurso contra a Administração contratante.

²⁶². Emerge nesse caso o problema da validade da cessão de créditos ainda não constituídos. Como se trata de recebíveis sobre serviços ainda não prestados pelo concessionário, tais recebíveis, a rigor, não configuram “crédito”, do ponto de vista jurídico. Daí por que é questionável sua cessão. Imagine-se, por exemplo, que a empresa cedente dos créditos venha a falir. Como, do ponto de vista jurídico, os créditos não existem ainda, seus credores poderiam levantar a invalidade da cessão dos recebíveis, pois realizada sobre créditos ainda inexistentes (e que, portanto, constituem mera expectativa de direito), e postular que tal cessão não pode produzir seus efeitos contra o princípio da universalidade da massa falida. A questão ainda não foi apreciada no Judiciário em face da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial, e tem importância fundamental para a definição da viabilidade jurídica da realização de financiamento de investimentos de longo prazo sob a modalidade de *project finance*, na qual a principal garantia do financiador são os recebíveis decorrentes da cobrança de tarifas pelos usuários do serviço.

²⁶³. V., nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro, “Venda de créditos de titularidade de autarquia e conceito de operação de crédito na Lei de Responsabilidade Fiscal. Legalidade do desconto do valor de face dos créditos a serem alienados”, *RTDP*, vol. 32, p. 148.

VI.3 – Outorga de direitos em face da Administração

O dispositivo sobre esse assunto tem redação extremamente ampla. Abarca quaisquer direitos que possam ser outorgados em face da Administração e, por isso, cria abertura para viabilizar a realização de formas de contraprestação em projetos cuja estrutura de implementação fuja ao usual.

Apenas como exemplo, imagine-se projeto em que seja conveniente a outorga ao parceiro privado, em pagamento pela prestação dos serviços, de opções de compra de ações de sociedade na qual a Administração detenha participação. O inciso sob comento permitiria a viabilização da realização de contraprestação pública com essa estrutura.

Obviamente que o processo de outorga de direitos em face da Administração deve obedecer, na sua tramitação interna, às aprovações necessárias à sua viabilização. No exemplo citado acima, nos Estados em que há programa de desestatização, muitas vezes será necessária a submissão à análise dos órgãos competentes – por exemplo, o respectivo Conselho Estadual de Desestatização, se houver – para a aprovação da desestatização, por meio da outorga de opção de compra de ações como contraprestação em PPP.

VI.4 – Outorga de direitos sobre bens públicos dominicais

O inciso IV do art. 6^o – assim como seu inciso III – tem redação extremamente abrangente. Trata dos diversos direitos reais ou pessoais que podem ser constituídos sobre bens públicos.

Imagine-se, por exemplo, uma PPP para construir e operar um terminal integrado rodoviário e de Metrô de um grande Município. Suponha-se que a implantação de tal terminal revitalizará área urbana na qual ele está instalado e que os terrenos adjacentes ao terminal – todos, bens dominicais de propriedade do Município – poderão ser utilizados, por exemplo, para a montagem de um *shopping center*, com todos os seus apanágios, estrutura para estacionamento, espaços externos para publicidade etc. Em contexto desse tipo, seria perfeitamente viável, por exemplo, realizar parcela ou o total do pagamento ao parceiro privado pela construção do terminal rodoviário e de Metrô por meio da outorga de direito real sobre os imóveis adjacentes.

VI.5 – Outros meios admitidos em lei

Como já mencionamos no item VI, acima, esse dispositivo deixa clara a natureza meramente exemplificativa dos incisos do art. 6^o. Portanto, é perfeitamente lícito o uso de outras formas de contraprestação pública não previstas nos incisos do art. 6^o, desde que tais formas não sejam contrárias à lei.

Note-se que uma leitura descuidada desse dispositivo poderia levar à impressão de que ele subverte, em relação à forma de contraprestação pública, o princípio de que a Administração só pode agir *secundum legis, sub legis* – ou seja, de acordo com o previsto na lei.

Em relação a esse ponto, é necessário notar que a compreensão do princípio da legalidade na sua aplicação à Administração modificou-se de maneira drástica nos últimos 50 anos, sobretudo no âmbito do direito administrativo econômico – tema, aliás, que ainda está carente, entre nós, de um tratamento adequado, especialmente quando se tomam em consideração a atuação recente das Agências Reguladoras e a evolução da idéia de legislação principiológica. Lamentavelmente, não poderemos tratar desse tema, adequadamente, nestes comentários.

Para os nossos objetivos, importa notar, apenas, que, especificamente em relação aos contratos administrativos, o rigor do princípio da legalidade na sua configuração oitocentista já encontrava limites que decorriam da possibilidade de celebração de contratos atípicos pela Administração Pública. Aliás, é importante lembrar que, do ponto de vista histórico, o surgimento de regras específicas para os contratos administrativos, que, de pouco em pouco, os separaram do regime dos contratos privados, como regra geral, não prescindiu da possibilidade de celebração pela Administração de contratos atípicos.²⁶⁴

Ora, isso quer dizer que, malgrado os rigores do princípio da legalidade, a possibilidade de uso pela Administração de formas contratuais não previstas expressamente na legislação nunca esteve em jogo em países – apenas para citar alguns exemplos – como a França, a Itália e o Brasil.

No caso do Brasil, a Lei 8.666/1993 permite a celebração de contratos atípicos. A menção a tipos de contrato na lei nem é *numerus clausus*, nem proíbe a combinação entre tipos de contratos nela previstos. Além disso, em relação a

²⁶⁴ Para uma visão da influência da tipificação de contratos na possibilidade e capacidade de inovação contratual em sistema de matriz romano-germânica, cf. Mariana Pargendler, “On contract drafting and innovation: the role of contract types in the civil law tradition”, Yale Law School, 24.2.2006 (inédito).

algumas atividades sequer a lei cogita de tipos de contrato, apenas se estabelecem regras extremamente genéricas para sua realização. Por exemplo, as alienações.²⁶⁵

Por isso, poder-se-ia inferir, com base na possibilidade de realização de contratos atípicos pela Administração, que, permitida a contraprestação pública em contratos com a estrutura econômica prevista na Lei de PPP, ficaria à Administração definir qual a exata forma da contraprestação. Contudo, para evitar questionamentos que poderiam provir de uma visão diversa do princípio da legalidade ou de uma incompreensão da sua configuração em relação aos contratos celebrados pela Administração, enunciou-se expressamente que a contraprestação pública poderá ser realizada por outras formas admitidas em lei.

Reforça esse entendimento o fato de que o Código Civil de 2002 – que, como regra geral sobre contratos, por óbvio, é legislação subsidiária aplicável aos contratos da Administração – explicitou no seu art. 425 a possibilidade de se fazer contratos atípicos no Direito brasileiro.

VI.6 – Remuneração vinculada ao desempenho

O parágrafo único do art. 6º é, sem dúvida, um daqueles dispositivos da Lei de PPP que melhor simboliza o aprofundamento da cultura de contratação de parceiros privados desenvolvida no Brasil, sobretudo a partir do advento da Lei de Concessões, Lei 8.987/1995.

Melhor compreensão desse assunto requer breve resgate da experiência brasileira em torno de contratos de concessão.

Como já se fez notar na “Introdução”, item I.4.1, acima, pode-se dividir a história dos contratos de concessão de serviço público, numa primeira aproximação, em três fases. A primeira que vai de meados do século XIX até a década de 30. A segunda dos anos 30 aos 90. E a terceira dos anos 90 até o presente.

Caracteriza a primeira fase serem os contratos de concessão, ao mesmo tempo, garantia (i) de uma remuneração mensurada como percentual do custo de construção do empreendimento e (ii) de monopólio na exploração do empreendimento por períodos longos (às vezes, até 90 anos). A mais perfeita tradução desse momento histórico são os contratos para a construção e exploração de ferrovias realizados na segunda metade do século XIX; contratos, esses, que garantiram ao investidor uma taxa de retorno sobre o custo de construção da ferrovia, atribuíram-lhes a exclusividade do mercado e o direito de exploração das terras em uma extensa faixa de terra lindeira à ferrovia (nos primeiros contratos, 5 léguas, ou seja aproximadamente 30 quilômetros).²⁶⁶

Já a segunda fase dos contratos de concessão ocorre entre os anos 30 e 90. Nessa fase ocorre o surgimento das grandes estatais brasileiras, criadas durante e após a era Vargas pela mobilização de capitais públicos para o desenvolvimento, sobretudo, do setor de infra-estrutura e de empreendimentos com estrutura de capital intensivo, especialmente a indústria de base do país. Nesse período os contratos de concessão perdem sua relevância, posto que ajustam termos entre a Administração e entes sob seu controle. Não há a contraposição de interesses que demanda a especificação das obrigações recíprocas das partes.

A última fase é iniciada nos anos 90, especialmente com a aprovação da Lei 8.987/1995. Caracteriza essa fase uma crescente especificação das características do serviço a ser adquirido pelo Poder Público, de forma a permitir, ao mesmo tempo, a ocorrência de efetiva competição *pelo* direito de explorar os serviços e, quando possível, também a competição *no* mercado de prestação serviços. Além disso, procura-se adotar mecanismos de incentivo à eficiência e à transferência da eficiência do parceiro privado para o Poder Público e para o usuário, que são fundamentais especialmente quando é inviável a concorrência *no* mercado do serviço.

Decerto que a Lei 8.987/1995 encontra-se, por assim dizer, em um ponto de inflexão entre a fase anterior e essa nova realidade. Contudo, alguns mecanismos nela previstos praticamente moldam essa nova fase de concessão. Parecem central, nesse sentido, a modificação realizada pelos seus arts. 9º e 10 em relação à tradição. O primeiro porque adota como critério de definição do preço da tarifa o valor estabelecido na proposta vencedora da licitação, permitindo, portanto, dissociação entre o custo do serviço e o valor da tarifa. O segundo porque permite a adoção pelo contrato de mecanismos de equilíbrio econômico-financeiro, independentemente de previsão legal específica de tais

²⁶⁵. Todavia, a definição das modalidades de licitação estabelecidas na Lei 8.666/1993 é *numerus clausus*, conforme o § 8º do art. 22 da Lei 8.666/1993.

²⁶⁶. Cf. Antônio de Pádua Gurgel, Guilherme Narciso Lacerda e José Roberto Walker (orgs.), *Ferrovia – Um Projeto para o Brasil*, 2005.

mecanismos.²⁶⁷

Esses dispositivos, em conjunto com a exigência de eficiência na prestação do serviço, constante do § 1º do art. 6º,²⁶⁸ vão abrir espaço para a adoção, no plano contratual, de meios para a transferência de ganhos de eficiência do concessionário para o usuário do serviço – como, por exemplo, o sistema de *price cap*. Isso requer, rigorosamente, a separação, no plano contratual, dos custos não-controláveis e dos controláveis pelo concessionário, para que se exija a redução paulatina dos últimos.

Malgrado os avanços da Lei 8.987/1995, ela deixa a dever em diversos aspectos, que são contemplados pela Lei de PPP. Nesse sentido, a Lei de PPP representa, no plano do marco legal geral, um aprofundamento da experiência brasileira de contratação de entes privados para a prestação de serviços.

O dispositivo ora em comento é, sem dúvida, um dos pontos claros de aperfeiçoamento da experiência brasileira de prestação de serviços à Administração. Cuida-se de vincular a *performance* do parceiro privado às obrigações da Administração Pública, de modo a sofisticar o sinalagma, o elo entre as obrigações contrapostas das partes.

Pretende-se, dessa forma, aumentar os incentivos econômicos para que o parceiro privado disponibilize o serviço conforme pactuado no contrato, sobretudo quanto aos níveis desejáveis de qualidade.

Note-se que não constitui novidade – sendo, mesmo, da essência das concessões comuns – a vinculação da possibilidade de cobrança de tarifas pelo concessionário ao cumprimento de níveis mínimos de disponibilidade (por exemplo, cumprimento de metas mínimas de obrigação de universalização do acesso à rede para a prestação do serviço) e de qualidade do serviço (por exemplo, nos serviços de telecomunicações e energia, a demonstração de nível máximo de interrupção do serviço ao longo de período de aferição; ou, no caso, por exemplo, do serviço de provimento de infra-estrutura rodoviária, o cumprimento de um dado nível de qualidade do pavimento). Além disso, o descumprimento dos níveis de disponibilidade e de qualidade previstos no contrato é, em regra, apenado com multas ou outras punições.

A novidade trazida pela Lei de PPP está, em primeiro lugar, na previsão legal da variação do valor do pagamento de acordo com a *performance* do parceiro privado – o que torna o incentivo econômico para o cumprimento das metas contratuais de disponibilização e *performance* mais sensível. Ao contrário do procedimento de aplicação de multas, a redução do valor do pagamento se reflete na receita do concessionário, e não na criação de custos, como a aplicação de multas. E isso é uma diferença fundamental do ponto de vista econômico, pois inviabiliza quaisquer estratégias procrastinatórias da solução da questão, como ocorre muitas vezes em relação à aplicação de multas.

Além disso, eventual redução do pagamento por realização de *performance* e disponibilidade subótimas não caracteriza aplicação de sanção no sentido jurídico; e, por isso, não precisa obedecer aos rigores aplicáveis aos processos administrativos punitivos incidentes sobre os concessionários. Ao realizar dedução no pagamento por consequência de descumprimento, a Administração estará apenas pagando de acordo com a qualidade/quantidade do serviço prestado, e não aplicando punição. Evidentemente que o concessionário terá amplo direito de defesa em caso de controvérsia sobre o cumprimento da *performance*. Contudo, nesse caso a Administração só pagará ao concessionário por ocasião da solução do conflito.

Art. 7º. A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

VII – Vinculação do pagamento à disponibilização do serviço: VII.1 – O pagamento por parcela fruível do serviço.

VII – Vinculação do pagamento à disponibilização do serviço

O dispositivo vincula o pagamento da Administração à disponibilização do serviço objeto do contrato.

Como já mencionamos nos comentários ao *caput* do art. 6º, a razão da inserção do dispositivo ora em análise foi

²⁶⁷ Cf. a parte final do item I.4.1 da “Introdução” e os itens IV.6 e V.3 destes “Comentários”, onde comentamos o tema da distribuição de riscos e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

²⁶⁸ Esse dispositivo já falava em eficiência na prestação dos serviços antes mesmo de a Emenda Constitucional 19/1998 adotar o *princípio da eficiência* entre aqueles que devem reger a atuação da Administração Pública (cf. art. 37, *caput*, da CF).

evitar a realização de parcerias com a estrutura das celebradas no Brasil ao final do século XIX para a construção dos primeiros projetos ferroviários.

Do ponto de vista estritamente técnico, contudo, sua redação revela opção por um modelo de PPP em detrimento de outros. Ao exigir que a contraprestação só se faça após a disponibilização dos serviços, a Lei de PPP afastou a possibilidade de se fazer projetos de PPPs que prevejam subsídio ao investimento na infra-estrutura.²⁶⁹

Encorajou, doutro lado, a utilização do modelo de garantia de demanda mínima, no qual a Administração Pública figura como mera compradora da parcela dos serviços necessária para tornar o negócio viável.

Esse modelo, quando utilizado em conjunto com mecanismos que permitam ao Poder Público reduzir sua contraprestação pública, na medida em que a demanda real supere as expectativas iniciais, e até mesmo se apropriar de parcela das receitas do parceiro privado, quando a demanda alcançar determinados níveis, é extremamente interessante. Compensa-se, assim, com o compartilhamento das possíveis receitas futuras do parceiro privado, o subsídio pago nos primeiros anos de operação do contrato, mediante arranjo que confere ao parceiro privado garantia de demanda mínima.

Chame-se a atenção para o fato de que o art. 7^a exige a disponibilização do serviço como condição para a realização da contraprestação. Não há necessidade da prestação do serviço para tanto. Apenas sua disponibilização.

Além disso, é importante não olvidar que existem obrigações da Administração em contratos de PPP cujo cumprimento não se caracteriza como “contraprestação pública”; obrigações, essas, que precisam muitas vezes ser cumpridas até mesmo como condição para viabilização da realização pelo parceiro privado, por exemplo, da infra-estrutura que será utilizada para a prestação dos serviços.

Já mencionamos nos comentários ao *caput* do art. 6^a a necessidade, por exemplo, de a Administração transferir para o parceiro privado direitos sobre o imóvel no qual será construído empreendimento por meio de contrato de PPP.

Como o conceito de “contraprestação pública” adotado pela Lei de PPP foi extremamente amplo, e como a lei condicionou a contraprestação à disponibilização do serviço, uma interpretação formalista, superficial e segmentada da noção de “contraprestação” poderia inviabilizar a realização de qualquer modelagem que venha a prever o uso de bem público ou direitos da Administração como insumo para a viabilização de dado projeto de PPP.

Pelo fato de o conceito de “contraprestação” abranger a transferência de direitos de titularidade da Administração, poder-se-ia, em grave equívoco, sustentar que qualquer transferência de direitos da Administração para o parceiro privado, inclusive aqueles que são usados como insumo para implementação de projeto, caracterizaria “contraprestação” e, por isso, só poderia ser feita após a disponibilização do serviço.

O extremo oposto dessa posição também não nos parece tolerável. Se qualquer direito puder ser transferido para o parceiro privado antes da disponibilização do serviço, então, estar-se-á a fazer letra morta do art. 7^a da Lei de PPP.

Para resolver essa questão, para encontrar o caminho do meio entre essas duas preocupações, nossa sugestão é que se use a *finalidade da transferência* como critério para definição de quais direitos, bens etc. podem ser carreados ao parceiro privado antes da disponibilização do serviço.

Se a finalidade da transferência consistir em viabilizar tecnicamente a própria prestação do serviço, então, não constitui contraprestação pública – e pode, portanto, ocorrer antes da disponibilização do serviço. Por exemplo, numa concessão rodoviária não se admite a possibilidade técnica de prestação de serviço sem que a concessionária tenha a gestão sobre o trecho rodoviário concedido; o que significa repassar à SPE um direito (de uso do bem público) antes mesmo do início da prestação dos serviços.

Caso, por outro lado, a prestação do serviço seja possível tecnicamente sem a transferência do bem ou do direito ao parceiro privado, servindo o bem ou direito *per se* como fonte de geração de receita para a SPE, então, deverá ser essa transferência considerada uma forma de contraprestação, pois sua finalidade direta e imediata é remunerar a SPE. Como exemplo desse tipo de transferência tem-se a possibilidade de oferecer à SPE direitos sobre terrenos lindeiros à concessão, que poderão ser imediatamente utilizados para negociação no mercado e correspondente geração de

²⁶⁹. O projeto de expansão do assim chamado “Las Vegas Monorail” – 6,4km de monotrilho duplo (em dois sentidos) que liga diversos hotéis e cassinos em Las Vegas, a ser integrado com 1,6km de motrilho já existente – é um exemplo de projeto que envolveu subsídio público ao investimento. A operação para viabilizar o projeto foi complexa, pois envolveu a criação de uma empresa sem propósito de lucro (LVMC – *Las Vegas Monorail Co.*) controlada por cassinos para adquirir os direitos de exploração sobre o monotrilho existente e para viabilizar a expansão. Não descendermos aos detalhes dessa operação. Para os nossos objetivos, basta notar que o NDBI – *Nevada Department of Business and Industry* emitiu várias séries de títulos para financiar a expansão do sistema e cedeu os recursos obtidos para a LVMC. As receitas advindas do projeto são transferidas para um *trustee* que é responsável pelo pagamento do serviço da dívida advindo da emissão dos títulos pelo NDBI. Um modelo desse tipo só seria viável juridicamente entre nós se a transferência dos recursos para a empresa fosse feita contra a disponibilização de parcelas fruíveis do serviço (cf. http://www.fhwa.dot.gov/ppp/las_vegas.htm).

receitas.

Em regra, os bens e direitos reversíveis da concessão são justamente os que têm por finalidade viabilizar tecnicamente a prestação dos serviços e que, portanto, podem ser transferidos *a priori*, por não caracterizarem contraprestação. A remuneração da SPE, nesse caso, não advém do bem ou direito em si, mas da prestação de serviços que se tenha realizado a partir desses bens.

Apesar disso, é possível imaginar casos em que bens e direitos tenham sido transferidos à SPE com a finalidade de lhe gerar receitas adicionais²⁷⁰ (como o exemplo dos terrenos lindeiros, acima citado), com o encargo de reversão ao patrimônio público no término do contrato de concessão. Isso porque, embora reversíveis, sua utilização durante um certo período de tempo tem valor econômico, que pode ser utilizado como pagamento de contraprestação. A rigor, nessas hipóteses, embora possam ser considerados bens ou direitos reversíveis,²⁷¹ não estão afetados à prestação do serviço objeto da concessão²⁷² e têm por finalidade direta e imediata a geração de receitas. A reversibilidade reflete, aí, meramente um interesse negocial da Administração, que poderia perfeitamente transferir os bens ou direitos sem reversão e sem prejudicar, com isso, a prestação dos serviços.

É preciso ter claro que, nos termos do art. 6º da Lei de PPP, há contraprestações pecuniárias (ordem bancária e cessão de créditos não-tributários) e não-pecuniárias (direitos em face da Administração e sobre bens públicos dominicais). As contraprestações não-pecuniárias implicam muitas vezes a transferência de bens ou direitos por tempo determinado, o que, por conseguinte, exige, logicamente, sua reversão ao patrimônio público ao final desse período. Por certo, nesses casos, a característica da reversão não descaracteriza a natureza de contraprestação.

Assim, o critério da reversibilidade dos bens e direitos não constitui presunção absoluta de que a transferência ocorreu sem caráter de contraprestação pública. Cada caso deverá ser analisado em concreto, para verificar se essa presunção se mantém verdadeira, ou não. Trata-se, pois, de presunção relativa, que comporta exceção. Para que não configure pagamento de contraprestação pública é preciso que a transferência (*i*) tenha por objeto bens e direitos afetados à prestação do serviço, reversíveis ao final da concessão, ou (*ii*) que sejam incapazes de gerar, por si (ou seja, de forma dissociada da prestação dos serviços), receitas adicionais para a concessionária.

Nesse ponto surge uma interessante questão de relacionamento com a Lei de Concessões. Nos termos do art. 11 da Lei 8.987/1995, pode-se prever em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. Pergunta-se se essas receitas constituem, ou não, formas de contraprestação, eis que em muito se assemelham às modalidades de contraprestação não-pecuniária previstas no art. 6º da Lei de PPP.

Trata-se de questão de difícil solução; porém, de importância técnica extremamente relevante, eis que, conforme a classificação, permitirá ou não a transferência do bem ou do direito antes da disponibilização do serviço. Se for contraprestação, não pode; se não for, pode.

Pensamos que não se pode solucionar a questão senão pelo prisma econômico. Trata-se de verificar qual a proporção da receita considerada (ou sua expectativa) em relação ao total das receitas esperadas da concessionária. Se a receita considerada for marginal, a ponto de não interferir decisivamente na distribuição de incentivos do contrato,²⁷³ então, trata-se de receita adicional, de maneira que os bens ou direitos que lhe permitem a geração podem ser transferidos à SPE desde o início do contrato de concessão.

²⁷⁰. O volume das receitas adicionais vinculadas a um dado contrato de concessão varia bastante de setor para setor. No caso, por exemplo, das concessões rodoviárias no Brasil, segundo dados da ANTT, as receitas adicionais em média não alcançam 5% do total de receitas anuais dos concessionários. A experiência internacional sobre o assunto é semelhante. No caso de Portugal a estimativa é que, em concessões rodoviárias, elas representam 2% do total de receitas. Na Itália elas representam entre 4,5 a 5%. E na Espanha em torno de 3%. Na Áustria, 4%. Na França, 2% (cf. ASECAP – Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage, *Infrastructure Financing Systems within ASECAP*, 13.5.2003).

²⁷¹. Pelo simples fato de reverterem ao patrimônio público no final do contrato.

²⁷². Lembre-se que, nesse caso, o serviço pode ser prestado independentemente dos bens ou direitos atribuídos ao parceiro privado. Sua transferência ao patrimônio da SPE apenas tem por objetivo gerar receitas, e não propriamente viabilizar, do ponto de vista técnico (como insumo necessário), a prestação do serviço contratado.

²⁷³. É preciso assegurar que o parceiro privado tenha o incentivo necessário à realização do investimento na qualidade contratada. Uma forma de se fazer isso é modelar a concessão de maneira a que os pagamentos só sejam possíveis depois de realizado o investimento. Por isso a proibição da Lei de PPP de que a contraprestação pública seja paga antes de disponibilizado o serviço. Trata-se de evitar que o parceiro privado receba sem ter cumprido com suas obrigações. Esse equilíbrio de incentivos econômicos dispostos no contrato deve ser mantido sempre.

Caso, por outro lado, a receita considerada constituía parcela substancial do total das receitas esperadas da SPE, não se deve permitir a transferência desses bens e direitos, capazes de gerar receitas relevantes por si sós, antes da disponibilização do serviço. Doutra modo a concessionária poderia lucrar satisfatoriamente antes mesmo de disponibilizar o serviço ou de realizar o investimento, desequilibrando os incentivos econômicos do contrato. Para evitar essa situação, sempre que constituir parcela relevante no total de receitas da SPE, a receita não-pecuniária deverá ser tida por contraprestação pública.

Apesar disso, ainda que constitua parcela relevante do total de receitas esperadas da SPE, uma determinada receita deverá ser considerada adicional, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/1995 (e, portanto, não contraprestação pública), sempre que não interferir nos incentivos econômicos. Isso acontece sempre quando os bens e direitos possam gerar receitas relevantes apenas depois de realizado o investimento ou disponibilizado o serviço. Aqui, a receita é relevante, mas sua realização depende da consecução do investimento contratado junto ao parceiro privado e da manutenção da qualidade dos serviços prestados.

Nesses casos, o efeito da caracterização como contraprestação pública – qual seja, o de impedir a percepção de receita relevante antes da disponibilização do serviço – está atendido desde logo por uma característica econômica do projeto. Sua transferência ao parceiro privado no início da concessão em nada interfere na lógica econômica do contrato, pois a SPE apenas obterá efetivamente a receita adicional se disponibilizar o serviço na qualidade contratada. Isso porque, até esse momento, o bem ou direito transferido não tem valor relevante.

O direito de uso sobre terras irrigáveis, por exemplo, apenas tem valor na medida em que a irrigação esteja disponível para essas terras. Até lá é mera expectativa, que pode até movimentar o mercado, mas apenas para os especuladores, que assumem o risco da não-concretização da expectativa. Se a obra (que permite a irrigação) não vier a se concretizar, logo os especuladores se vão, e os preços retornam ao seu patamar normal. Por isso, nesses casos, o fato de o direito de uso ser transferido à SPE logo no início da concessão em nada interfere no incentivo econômico do parceiro privado em realizar o investimento e prestar o serviço na qualidade contratada. Ao contrário, o valor econômico do direito de uso depende da prestação adequada do serviço objeto da concessão. São o investimento na infra-estrutura de irrigação e a prestação do serviço de fornecimento de água de forma adequada e consistente que imputam valor ao direito de uso da terra irrigável. Em casos tais, o tratamento do montante obtido a partir da negociação desse direito deve ser de receita adicional, pois prescinde do efeito de caracterização como contraprestação pública.

Em suma, pois, são as distribuições de incentivos econômicos que devem determinar o tratamento de uma receita não-pecuniária como “receita adicional” ou como “contraprestação pública”. O que se pretende ao evitar o pagamento antes da disponibilização do serviço é assegurar a realização do investimento a que o parceiro privado se obrigou, na qualidade contratada. Sempre que esse equilíbrio de incentivos estiver mantido, as receitas não-pecuniárias devem ser tidas por “adicionais”, e não como “contraprestação pública”.

Não se quer, com isso, dizer que na relação entre o parceiro privado haverá a eterna dúvida sobre se o caso é de receitas adicionais ou de contraprestações públicas. O edital e o contrato deverão indicar a natureza da receita, até para que se lhe possam aplicar as regras pertinentes. Eventualmente, e como ocorre com qualquer outro ponto do edital ou do contrato, essa classificação poderá ser impugnada pelos órgãos de controle, judiciais ou administrativos. Na relação entre o parceiro privado e o Poder Público, no entanto, sua natureza está fixada pelo edital e/ou contrato.

Algumas últimas notas devem ainda ser mencionadas sobre esse assunto. A rigor, se a concessão tiver por objeto serviço público e a concessionária puder ser remunerada suficientemente e exclusivamente por meio de receitas adicionais, ainda que não se cobre tarifa, estamos diante de concessão comum de serviço público, regida inteiramente pela Lei 8.987/1995.²⁷⁴

Como as concessões que tenham por objeto a prestação de serviços considerados atividades econômicas em sentido estrito serão sempre consideradas da modalidade “administrativa”, conforme explicitado nos comentários ao

²⁷⁴. Nesse sentido, vale citar o ensinamento do professor Carlos Ari Sundfeld:

“O art. 6º da Lei das PPPs prevê diversas modalidades possíveis para o oferecimento de contraprestação pela Administração: há *contraprestações pecuniárias* (por meio de ‘ordem bancária’ ou ‘cessão de crédito não-tributário’) e *contraprestações não-pecuniárias* (direitos sobre bens públicos dominicais e outros direitos em face da Administração).”

“Isso propõe a dúvida sobre a categorização, ou não, como concessão administrativa de um contrato em que, embora a contraprestação seja inteiramente suportada pela Administração, sua natureza não seja pecuniária.”

“A resposta é que, se o contrato envolver a prestação de serviços públicos aos administrados, ele será uma concessão comum, cuja remuneração se faz exclusivamente com receitas alternativas (Lei de Concessões, art. 11). Já, se o contrato for de prestação de serviços à Administração, estando preenchidos os demais requisitos do art. 2º, § 4º (especialmente o investimento privado de ao menos R\$ 20 milhões e o prazo mínimo de prestação de 5 anos), deverá ser havido como concessão administrativa” (“Guia jurídico das parcerias público-privadas”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, p. 32).

art. 2^ª, acima, todas as transferências de bens e direitos a partir do patrimônio do Poder Público deverão ser consideradas necessariamente “contraprestações públicas”, pelo fato de o art. 11 da Lei 8.987/1995 não se lhes aplicar.²⁷⁵ Também pelo mesmo motivo – não-aplicação do indigitado art. 11 –, nas concessões administrativas que tenham por objeto a prestação de serviço público, todas as transferências de bens e direitos a partir do patrimônio do Poder Público deverão ser consideradas necessariamente “contraprestações públicas”.

Em verdade, pensamos que o art. 11 da Lei 8.987/1995 deveria se aplicar às concessões administrativas, eis que, do ponto de vista econômico, faz sentido, mesmo nessas concessões, separar as receitas adicionais, nos termos acima sugeridos, das obtidas com contraprestações públicas. Todavia, tal conclusão é de difícil admissibilidade em face do art. 3^ª da Lei de PPP, que estabelece quais os artigos da Lei de Concessões passíveis de aplicação às concessões administrativas.

Diante desse quadro, ao analisar os arts. 6^ª e 7^ª da Lei de PPP, e diante das considerações acima lançadas, podemos inferir as seguintes conclusões:

(a) As contraprestações pecuniárias, em qualquer caso, apenas podem ser pagas depois de disponibilizados os serviços.

(b) A transferência de bens e direitos à SPE pode configurar três hipóteses distintas:

(b.1) bens ou direitos afetados à prestação do serviço, assim entendidos os bens e direitos tecnicamente necessários à própria prestação dos serviços, e sem os quais o cumprimento das obrigações da SPE seria impossível. Esses bens e direitos devem ser atribuídos imediatamente à SPE, com vistas à viabilização da prestação dos serviços, sob pena de isentar o concessionário do cumprimento pontual de suas obrigações;

(b.2) bens ou direitos transferidos a título de contraprestação pública, assim entendidos os bens e direito capazes de, *per se*, gerar receita para a concessionária, de forma dissociada da prestação de serviço objeto da concessão. Sua finalidade é remunerar a concessionária pelos serviços prestados. Por lhes ser atribuída no edital ou no contrato a natureza de contraprestação, apenas podem ser pagos depois de disponibilizado o serviço;

(b.3) bens ou direitos transferidos como mecanismo de geração de receitas adicionais; a diferença em relação ao item anterior fica por conta da possibilidade de serem transferidos ao parceiro privado antes da disponibilização do serviço.

(c) A opção manifestada pelo Poder Público, no edital e/ou no contrato, de transferir os bens ou direitos “a título de contraprestação pública” ou “como mecanismo de geração de receitas adicionais” é motivada pelas características econômicas de cada projeto e dos bens ou direitos em discussão no caso concreto. É preciso assegurar a manutenção de incentivos econômicos para que a SPE realize o investimento e preste o serviço adequadamente. Isso, em regra, se atinge pelo tratamento como contraprestação pública, pois, assim, a SPE terá acesso a esses bens ou direitos apenas depois de realizado o investimento e conforme a aferição da qualidade dos serviços prestados. Todavia, a opção em cada caso pode ser distinta, com vistas a assegurar o sucesso do projeto. O importante, nesse ponto, é assegurar a flexibilidade necessária para a modelagem dos projetos. Não se deve adotar uma interpretação do dispositivo que leve o Poder Público a adotar soluções econômicas prejudiciais ao sucesso do projeto apenas para atender a interpretações conservadoras da lei. Em muitos casos a espera pela transferência de bens e direitos leva a um encarecimento do serviço, sem criar qualquer incentivo adicional ao cumprimento das obrigações do concessionário – o que é prejudicial ao interesse público.

A fim de ilustrar o que ora se propõe, imagine-se o caso em que o Poder Público dispõe de terras num projeto de irrigação que se pretende implementar por meio de uma PPP. A SPE a ser contratada para prestar o serviço de irrigação terá por clientes os agricultores, que utilizarão o serviço de fornecimento de água. É conveniente, do ponto de vista do Poder Público, oferecer à SPE o poder de negociar direitos sobre essas terras, pois isso permitira à concessionária escolher seus clientes e, assim, reduzir o risco do seu negócio (por exemplo, o risco de inadimplência) e o montante de contraprestação exigido.²⁷⁶ Além disso, evita que o Poder Público tenha que assumir direta ou indiretamente qualquer risco de insucesso na distribuição das terras perante o concessionário da irrigação.

Como esses direitos sobre as terras têm valor econômico, podem ser utilizados para remunerar a SPE. A questão que se coloca é sobre qual a melhor opção para entregar o direito de negociar as terras e, assim, obter receitas para a

²⁷⁵. Conforme determina o art. 3^ª, *caput*, da Lei de PPP.

²⁷⁶. Não se pode olvidar jamais que o montante de contraprestação demandado pelo parceiro privado reflete, além dos custos ordinários com a prestação do serviço, os riscos por ele assumidos. Aliás, é sobretudo o sistema de distribuição de riscos do contrato que determina a taxa de retorno necessária para atrair a participação privada.

SPE: como contraprestação pública ou como mecanismo de geração de receitas adicionais?²⁷⁷ Se a resposta for como *contraprestação pública*, o Poder Público e a concessionária terão que esperar pela efetiva disponibilização do serviço de fornecimento de água, em virtude da regra do art. 7^a, *caput*, da Lei de PPP. Como leva alguns meses para que os canais de irrigação sejam construídos, até lá não poderia haver a transferência de qualquer bem ou direito à SPE. Todavia, a atividade agrícola não é implementada “do dia pra noite”. Alguns culturas levam anos para se tornarem produtivas. Por isso, quanto mais tempo se espera para negociar as terras, mais tempo levará para a atividade agrícola começar a gerar receitas. Esse acréscimo de tempo na implementação do projeto, pelo fato de se atrasar a transferência dos direitos sobre as terras, impactará o modelo econômico-financeiro da concessionária, fazendo com que o investimento tenha que ser amortizado num período menor e postergando bastante as primeiras receitas da SPE (o que, em valor presente, reduz o interesse pelo negócio ou exige uma contraprestação maior por parte do Poder Público, a título de compensação pela espera).²⁷⁸

O fato de a transferência do direito sobre as terras ocorrer depois de disponibilizado o serviço, por sua vez, não traz qualquer incentivo relevante para a realização do investimento da infra-estrutura de irrigação, eis que a maior parte do retorno da SPE é assegurada pela contraprestação pecuniária. Nesse caso, as receitas oriundas das negociações com as terras são marginais em relação ao total de receitas da concessionária. Além disso, se não concretizar o investimento, ou se não prestar o serviço adequadamente, os agricultores provavelmente não pagarão a SPE.

Nesse exemplo, interessa ao Poder Público permitir a transferência dos direitos sobre as terras antes mesmo da disponibilização do serviço, a fim de acelerar o cronograma de implementação do projeto e, assim, economizar na contraprestação pecuniária. Num caso como esse, pensamos ser recomendável tratar a transferência do direito sobre as terras como um mecanismo de geração de receitas adicionais, permitindo sua transferência logo no início da concessão. O tratamento como contraprestação pública apenas prejudicará o setor público e, por consequência, a coletividade.

Espera-se ter demonstrado, com esse simples exemplo, que a opção por classificar a transferência do bem como contraprestação ou como mecanismo de geração de receitas adicionais depende das características de cada projeto, e não de uma concepção jurídica que se possa adotar *a priori*, sem considerar os impactos econômicos de cada opção no caso concreto.

VII.1 – O pagamento por parcela fruível do serviço

O objetivo desse dispositivo é permitir a realização de contraprestação pública parcial, quando parcela fruível do serviço for disponibilizada.

Por exemplo, imagine-se uma PPP para construir uma rodovia de 400km. Imagine-se, além disso, que o contrato preveja que, no sexto mês de vigência, os 100 primeiros quilômetros da rodovia estejam prontos, e que tal trecho da rodovia ligue duas cidades relevantes da região, configurando, portanto, autonomamente, uma utilidade para os usuários, independentemente do restante da rodovia.

Pois bem, o dispositivo comentado tem por objetivo viabilizar que, em uma situação desse tipo, a Administração possa iniciar o pagamento da sua contraprestação após a disponibilização do mencionado trecho da rodovia.

É preciso apenas observar que a parcela do serviço deve ser efetivamente fruível (ou seja, que, de fato, traga uma utilidade econômica ao usuário), e não potencialmente fruível. Para nos mantermos no mesmo exemplo acima, se o trecho da rodovia disponibilizada ligasse dois pontos no deserto e a viagem entre esses dois pontos, por si, não pudesse trazer qualquer utilidade para os usuários, então, não seria possível iniciar o pagamento da contraprestação pública.

Capítulo III

Das Garantias

²⁷⁷. Também se pode compreender as terras como afetadas ao serviço público de irrigação, de maneira que sua transferência ao parceiro privado se daria como bens da concessão, e não como contraprestação pública ou mecanismo de receitas adicionais. Esse entendimento poderia ser eventualmente inferido a partir da leitura da Lei 6.662/1979, que trata do aproveitamento tanto de águas quanto dos solos em projetos públicos de irrigação. Para o efeito do exemplo ora sugerido, todavia, estamos a desconsiderar essa alternativa.

²⁷⁸. A fim de evitar esse acréscimo de custo, poder-se-ia cogitar de primeiro transferir as terras, para apenas depois contratar a SPE para realizar os investimentos em infra-estrutura e operar os canais de irrigação. Todavia, os custos das empresas agrícolas são bastante elevados para se instalarem numa área; e, além disso, seu negócio depende largamente da atuação do operador agrícola. Se faltar água, toda a produção fica em risco, e pode prejudicar a rentabilidade da atividade agrícola. Por isso, antes de investir, o agricultor deseja saber quem será o operador do canal. A melhor solução, nesse caso, é permitir que agricultores e o operador do canal já venham para a licitação organizados. Assim, um modelo integrado, em que a SPE responsável pela operação dos canais pode escolher os agricultores, resolve o risco da incerteza sobre quem será o parceiro na relação entre agricultor e operador do canal. Essa redução de risco pode ser fundamental para assegurar competitividade na licitação e o sucesso do projeto.

Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

VIII – As garantias em contratos de PPP: VIII.1 – A questão da constitucionalidade do art. 8º. VIII.2 – Função didático-explicativa do art. 8º. VIII.3 – Formas de outorga de garantia: VIII.3.1 – A vinculação de receitas. VIII.3.2 – Capacidade de minimização de risco político com a utilização do mecanismo de vinculação de receitas. VIII.3.3 – A utilização de fundos especiais previstos em lei. VIII.3.4 – Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras. VIII.3.5 – Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras. VIII.3.6 – Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal. VIII.3.7 – Outros mecanismos admitidos em lei para outorga de garantias.

VIII – As garantias em contratos de PPP

Em contratos de PPP as garantias têm fundamental importância. Em face das instabilidades políticas que grassaram na história recente do país, não é razoável crer que os parceiros privados estariam dispostos a assumir obrigações de longo prazo sem que as obrigações pecuniárias da Administração estivessem garantidas (ao menos parte delas). A garantia será tanto mais importante quanto for relevante a contraprestação pública no montante total da remuneração do concessionário. Ou seja, em uma concessão administrativa, a garantia da contraprestação pública será vital para o sucesso da contratação, pois o que está em jogo é o total da remuneração do concessionário. De outro lado, numa concessão patrocinada em que a contraprestação pública pecuniária represente uma pequena percentagem do total da remuneração, é certo que a garantia terá sua importância minimizada.

Obviamente, não fosse a tradição de mal-pagador do Governo brasileiro, seriam desnecessárias as garantias do parceiro público. Como se não bastasse, é imperioso lembrar que, numa situação em que as garantias estejam ausentes, os credores, ainda que não se tenha qualquer dúvida sobre a certeza e a liquidez do crédito, terão que enfrentar o procedimento dos precatórios se não houver o regular pagamento da obrigação pecuniária da Administração.

No atual cenário, a submissão dos créditos oriundos de contratos de PPP ao regime dos precatórios desestimula – se não, mesmo, inviabiliza – a assunção de obrigações de longo prazo por parte dos parceiros privados respaldados em pagamentos futuros a serem realizados pela Administração. Isso se torna ainda mais evidente quando se contextualiza o projeto numa lógica de *project finance*, na qual o regular fluxo de pagamentos é fundamental para o sucesso do empreendimento. A depender do tipo de garantia escolhida, esse problema também poderá ser contornado.

Ao garantir as obrigações pecuniárias do parceiro público, procura-se oferecer segurança aos parceiros privados. O objetivo é evitar que eventuais mudanças de orientação política afetem os fluxos financeiros dos projetos, por meio da ausência de pagamento das contraprestações pecuniárias. Espera-se, como contrapartida, que essa diminuição de risco reflita melhores propostas para o Poder Público. Todavia, o repasse à coletividade dos benefícios dessa redução, como não se pode jamais olvidar, depende, sobretudo, da existência de um ambiente concorrencial. Noutro cenário o parceiro privado incorporará esse benefício sem qualquer retribuição, eis que não haverá incentivo para seu repasse ou, mesmo, compartilhamento.

Melhores propostas seriam possíveis, assim, em tese, em face da redução do risco político, como usualmente se costuma tratar a possibilidade de não-pagamento da contraprestação pública. Todavia, vista sob essa generalidade, parece-nos que a definição de “risco político” esconde diversas facetas, que precisam ser analisadas em mais detalhe. Isso porque, sem considerar as hipóteses de inadimplemento do parceiro privado, o pagamento das contraprestações públicas pode não ocorrer por diversos outros motivos.

O mais óbvio deles, por exemplo, embora não o tenhamos visto comumente citado, é o de não-previsão na LOA – Lei Orçamentária Anual das despesas com contraprestações públicas em contratos de PPP. Como é cediço, o simples fato de existir um contrato em vigor não implica a obrigação – do ponto de vista estritamente orçamentário – de previsão na LOA das despesas públicas derivadas do contrato para o ano correspondente. Assim, seria possível que,

simplesmente, não existisse na LOA previsão das despesas com contraprestações públicas em contratos de PPP.²⁷⁹ Tal bastaria para que o órgão contratante restasse impedido de realizar os pagamentos das contraprestações públicas devidas contratualmente. Há que se acrescentar que esse risco existe para cada exercício financeiro, em face da anualidade do orçamento.²⁸⁰ Ao longo da vigência do contrato, será renovado a cada ano.

Porém, não basta haver a previsão orçamentária para que os parceiros privados estejam seguros quanto ao recebimento das contraprestações públicas ao longo do exercício financeiro correspondente. Será necessário, ainda, proceder ao empenho da despesa, à sua liquidação e, enfim, ao efetivo pagamento. Nesse caminho poderão haver contingenciamentos ou vedações ao pagamento em face do limite financeiro de gastos. Expliquemos melhor.

Consoante o disposto no art. 8º da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal, em até 30 dias após a publicação dos orçamentos, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Esse decreto poderá reduzir os limites de empenho contidos na LOA (e, por isso, costuma receber o nome de “decreto de contingenciamento”) e, ainda, estabelecerá limites financeiros de pagamentos das despesas.

Trata-se, do ponto de vista fazendário, de evitar o descasamento entre receitas e despesas ao longo da execução orçamentária, com o escopo de assegurar a responsabilidade fiscal. Por isso – e, aparentemente, também para realizar superávits primários –, acaba-se por adotar uma postura conservadora quanto à expectativa de receita, levando a uma previsão, em regra, menor que a indicada na LOA. A consequência lógica, para evitar o descasamento com as despesas, é reduzir o limite de empenho e movimentação dos órgãos executantes.

Ao longo do ano, serão acompanhados os fluxos de receitas e despesas, e, na medida em que as receitas previstas se concretizem, poder-se-á realizar a operação inversa ao contingenciamento, aumentando o limite de empenho dos órgãos públicos.

Além do controle sobre o limite de empenho, estabelece-se também o limite de pagamento (chamado ainda de “limite financeiro”), que inclui as dotações constantes do orçamento para o ano respectivo e os “Restos a Pagar” do ano anterior. É interessante notar que, quando há um montante muito alto de “Restos a Pagar” do ano anterior, uma boa parte das despesas do ano em curso é imediatamente contingenciada, pois o limite de pagamento não se apresenta suficiente para pagar os restos e, ainda, as despesas previstas na LOA. Assim, embora o órgão realize diversos pagamentos, muitos deles satisfazem despesas do ano anterior, gerando distorções contábeis relevantes.²⁸¹

Não é, pois, o empenho suficiente para assegurar o pagamento da contraprestação. Mesmo após a liquidação, o pagamento apenas será possível se o montante devido não ultrapassar o limite financeiro do órgão contratante para o ano corrente. Caso contrário o crédito será contabilizado para pagamento no exercício financeiro seguinte como “Restos a Pagar”. E, ainda que o limite financeiro estabelecido não constitua óbice ao pagamento, se as despesas liquidadas não forem pagas até o encerramento do ano, os valores devidos também entrarão no orçamento seguinte como “Restos a Pagar”.

Por derradeiro, uma vez inscritas as despesas em “Restos a Pagar”, não se pode ter por certo seu pagamento nos anos seguintes. Conforme o art. 68 do Decreto 93.872/1986, a inscrição de despesas como “Restos a Pagar” terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente. Se não houver o pagamento, a inscrição será cancelada, podendo ocorrer nos anos seguintes à conta de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores (art. 69). Porém, não há como obrigar o pagamento dos “Restos a Pagar”, nem a previsão orçamentária de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores e, tampouco, conforme a prática orçamentária atual, existe possibilidade de se evitar, quanto a essas despesas pendentes, a sujeição ao limite financeiro de pagamentos estabelecido anualmente.

Essa complexidade orçamentária permite dividir o chamado “risco político” em ao menos 10 sub-riscos: (i) risco

²⁷⁹. Em realidade, esse risco poderia ser dividido em outros sub-riscos, a saber, ao menos, quanto aos seguintes: (i) risco de não-previsão no projeto de LOA encaminhado ao Congresso Nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara Municipal, conforme a unidade da Federação; (ii) risco de veto à emenda parlamentar que tenha incluído na LOA a previsão do pagamento das contraprestações públicas, sem que se consiga maioria suficiente para rejeitá-lo; (iii) risco de emenda parlamentar no projeto da LOA para excluir a previsão do pagamento das contraprestações públicas e, no caso de veto, de haver maioria para sua rejeição; (iv) risco de não-votação do projeto de lei orçamentária em tempo hábil; e (v) risco de rejeição integral do projeto de lei orçamentária.

²⁸⁰. Tem-se discutido a possibilidade de realização de orçamentos plurianuais de investimento, que supririam a necessidade de disposições anuais sobre despesas com investimento na LOA. Todavia, essa proposta é ainda embrionária, e enfrenta questionamentos do ponto de vista legal.

²⁸¹. Há casos, por exemplo, em que os pagamentos realizados a título de Restos a Pagar (que muitas vezes constituem, com o perdão do neologismo, “restos a fazer”, eis que em grande parte são despesas que não puderam ser liquidadas pela própria ausência da execução dos serviços, compras de bens etc.) superam em muito os pagamentos de despesas do exercício em curso. Assim, quando se verifica o montante de execução do orçamento do ano, contabilmente, é apresentado um número bastante inferior ao que foi efetivamente realizado. Vale esclarecer que, do ponto de vista da despesa, adotamos o regime de contabilidade por competência, de maneira que as despesas são consideradas como do ano em que se realizou o empenho. Nesse sentido, ver as lições de James Giacomoni, *Orçamento Público*, 12ª ed., pp. 276-278.

de não haver previsão orçamentária para o pagamento das contraprestações públicas; (ii) risco de o órgão contratante, apesar da previsão orçamentária, não realizar o empenho em face do decreto de contingenciamento; (iii) risco de o órgão contratante, por vontade própria, simplesmente não empenhar o montante destinado ao pagamento das contraprestações públicas, a despeito do adimplemento das obrigações do parceiro privado e da ausência de contingenciamento; (iv) risco de que, uma vez empenhada, o órgão contratante não proceda à liquidação da despesa; (v) risco de, mesmo empenhada e liquidada, a despesa não ser efetivamente paga, por ultrapassar o limite financeiro anual para pagamentos, sendo contabilizada como “Restos a Pagar” para o ano seguinte; (vi) risco de o órgão contratante, por vontade própria, simplesmente não realizar o pagamento, embora lhe seja possível em face do limite financeiro estabelecido, com a conseqüente contabilização em “Restos a Pagar” para o exercício seguinte; (vii) risco de se encerrar o exercício financeiro sem o efetivo pagamento, por ausência de tempo hábil para as providências necessárias, sendo contabilizada também como “Restos a Pagar”; (viii) risco de não-pagamento de despesas contabilizadas em “Restos a Pagar” até 31 de dezembro do ano subsequente, com o conseqüente cancelamento da inscrição; (ix) risco de, em caso de cancelamento da inscrição em “Restos a Pagar”, não-previsão de dotação orçamentária destinada a despesas de exercícios anteriores; e, por fim, (x) mesmo havendo a previsão por último referida, risco de impossibilidade de pagamento em face de sujeição ao limite financeiro de pagamentos.

A utilização de fundos garantidores ou empresas estatais com a mesma finalidade assim como a contratação de garantias com seguradoras, instituições financeiras e órgãos multilaterais, a depender dos termos da garantia, serão capazes de eliminar todos os sub-riscos apontados.

O mesmo não se passa com os fundos especiais e a garantia de vinculação de receitas. Nesses casos, conforme a prática orçamentária atual, haverá sujeição aos decretos de contingenciamento e aos limites financeiros de pagamento, o que impede eliminar, desde logo, diversos dos riscos acima apontados.

Além disso, sempre que houver a inscrição em “Restos a Pagar” poderá haver grave prejuízo para o recebimento das contraprestações do ano seguinte. Isso porque, no exercício subsequente, além das despesas do ano, deverão ser pagos os restos do exercício anterior. Se assim ocorresse, o prejuízo do credor se resumiria ao atraso no pagamento das contraprestações deixadas como restos do ano anterior. Todavia, a depender do montante de “Restos a Pagar”, o limite financeiro de pagamentos poderá não ser suficiente para cobrir as obrigações atrasadas e as do ano corrente – o que, aliás, usualmente acontece. Assim, boa parte das despesas do ano em curso acaba por se tornar novos “Restos a Pagar” para o exercício subsequente, e assim sucessivamente. Por conseqüente, o atraso se mantém ao longo de todo o contrato – o que, por óbvio, na estrutura de um contrato de PPP, pode causar elevados prejuízos, ainda mais se estiver estruturado sob a rigidez de um *project finance*.²⁸²

Vale notar que a prática de se manter, sempre, uma parcela das despesas como “Restos a Pagar” – sendo que, muitas vezes, os serviços (ou compras) não foram sequer prestados (ou realizadas) no exercício em que se deu o empenho – é facilitada por não haver qualquer regra que obrigue o pagamento integral dos restos do exercício anterior no seguinte.²⁸³ Assim, no momento de elaboração da LOA, podem ser casadas receitas e despesas do ano correspondente sem que se contem, entre as despesas, os “Restos a Pagar” do ano anterior. O montante devido como “Restos a Pagar” não só não diminui, como pode até crescer, agravando o risco de não-pagamento ou, ao menos, retardando o pagamento exageradamente, e sem perspectivas de regularização.

É possível, no entanto, mitigar, por meio da utilização de fundos especiais ou de vinculação de receitas diretamente a contratos específicos, os riscos relativos à previsão orçamentária e a eventuais comportamentos estratégicos do órgão contratante, no sentido de não empenhar, liquidar ou pagar as despesas em contratos de PPP, como se analisará em mais detalhe adiante, por ocasião dos comentários aos incisos I e II deste art. 8º.

A seguir, apresentamos tabela que relaciona, num esforço de sistematização que reconhecemos, desde logo, polêmico, os sub-riscos políticos com a capacidade de seu gerenciamento, conforme o meio escolhido para prestar a garantia.

SUB-RISCOS POLÍTICOS	CAPACIDADE DE GERENCIAMENTO	
	Por meio de garantias prestadas por fundos	Por meio de vinculação de

²⁸². Referimo-nos às diversas exigências do financiador para realizar um *project finance*, mas especialmente ao atendimento dos índices de cobertura da dívida.

²⁸³. Conforme aludido anteriormente, simplesmente, se não forem pagas as despesas inscritas em “Restos a Pagar” até 31 de dezembro, a inscrição será cancelada, podendo as despesas ser eventualmente atendidas à conta de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores.

		garantidores, empresas estatais, seguradoras, instituições financeiras e organismos multilaterais	receitas a contratos específicos e fundos especiais
(i)	Ausência de previsão orçamentária para pagamento das contraprestações públicas	ÓTIMA*1	BOA
(ii)	Ausência de empenho em face do decreto de contingenciamento	ÓTIMA*1	RUIM*2
(iii)	Ausência de empenho, por vontade do órgão executor da despesa, a despeito da prestação dos serviços e da ausência de contingenciamento	ÓTIMA*1	BOA
(iv)	Ausência de liquidação da despesa	ÓTIMA*1	BOA
(v)	Ausência de pagamento por ultrapassar o limite financeiro de pagamentos do exercício, com inscrição em "Restos a Pagar"	ÓTIMA*1	RUIM*3
(vi)	Ausência de pagamento, por vontade do órgão executor Da despesa, a despeito de não ultrapassar o limite financeiro	ÓTIMA*1	BOA
(vii)	Ausência de pagamento por não haver sido possível processá-lo antes do encerramento do exercício financeiro, apesar de a despesa ter sido liquidada e não ultrapassar o limite financeiro, com inscrição em "Restos a Pagar"	ÓTIMA*1	RUIM
(viii)	Risco de não-pagamento de despesas contabilizadas em "Restos a Pagar" até 31 de dezembro do ano subsequente, com o consequente cancelamento da inscrição	ÓTIMA*1	RUIM
(ix)	Risco de, em caso de cancelamento da inscrição em "Restos a Pagar", não-previsão de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores	ÓTIMA*1	BOA
(x)	Risco de, mesmo havendo a previsão por último referida, impossibilidade de pagamento em face de sujeição ao limite financeiro de pagamentos	ÓTIMA*1	RUIM

Legenda

ÓTIMA = risco pode ser completamente contornado por meio de contrato de garantia

BOA = risco mitigado em face da ausência de incentivos para comportamento estratégico, em prejuízo do parceiro privado, das autoridades públicas envolvidas

RUIM = grande dificuldade de mitigar o risco em face da praxe orçamentária

*1 A depender das condições do contrato de garantia estabelecido entre as partes.

*2 Em face da presente prática orçamentária, embora existam fortes argumentos para impedir o contingenciamento de receitas vinculadas.

*3 Em face da presente prática orçamentária, embora existam fortes argumentos para tratar as despesas que tenham receitas vinculadas correspondentes como sujeitas tão-somente à verificação da realização da receita.

Como se pode facilmente inferir da tabela acima apresentada, as garantias prestadas por meio de vinculação de receita ou de fundos especiais são mais fracas, frente à legislação vigente e à praxe orçamentária.²⁸⁴ Além disso, a vinculação de receitas ou a utilização de fundos especiais não evitam a submissão ao regime de pagamentos por meio de precatórios, o que as coloca em posição ainda menos vantajosa em relação às demais garantias.

VIII.1 – A questão da constitucionalidade do art. 8º

²⁸⁴. As características de cada uma dessas garantias serão analisadas em mais detalhe nos comentários aos incisos do art. 8º.

Antes, porém, de adentrar a análise de seus incisos, cumpre verificar a constitucionalidade do art. 8º da Lei de PPP. Trata-se de analisá-lo em cotejo com o disposto no art. 163, III, da CF. Como esse dispositivo prevê a edição de lei complementar que disporá sobre concessão de garantias pelas entidades públicas, poder-se-ia perguntar se o art. 8º da Lei de PPP não seria formalmente inconstitucional, por ter sido veiculado por lei ordinária.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que o conceito de “entidade pública” não é unívoco. Assim, caberia discutir, por exemplo, se as empresas públicas e sociedades de economia, pelo fato de serem pessoas jurídicas de direito privado, deveriam ser consideradas “entidades públicas” para fins de aplicação do mandamento constitucional. Em princípio, as pessoas jurídicas de direito privado não podem constituir entidades públicas, sob pena de se lhes imputar o mesmo regime jurídico atinente à Administração diretas e às autarquias. Todavia, com vistas a analisar em mais detalhes a referida alegação de inconstitucionalidade, imagine-se que essas entidades possam ser consideradas, por ora, públicas.

Por seu turno, as companhias seguradoras e as instituições financeiras não controladas pelo Poder Público assim como os organismos internacionais não podem, por óbvio, ser considerados entidades públicas. Assim, cumpre resumir a discussão sobre constitucionalidade, no máximo, à parcela do art. 8º que trata de empresas estatais, fundos e vinculação de receitas de entes federativos, pois não faz sentido considerar como entidades públicas organismos multilaterais e seguradoras ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público.

Não nos parece adequada, porém, a alegação de inconstitucionalidade até mesmo dessa parte do art. 8º. Apenas uma leitura açodada e descontextualizada poderia levar a tal equívoco. O inciso III do art. 163 da CF é uma norma de finanças públicas, e, nesse sentido, está voltada a impor limites à concessão de garantias, sobretudo porque poderá ter forte impacto sobre a higidez das contas públicas. No momento em que uma obrigação garantida pelo Poder Público é inadimplida, automaticamente surge uma despesa adicional. Daí a necessidade de sua previsão e controle, sob pena de se instaurar um potencial desequilíbrio das contas públicas.

Se assim é, apenas precisam ser veiculadas por meio de lei complementar normas que, além de tratarem de concessão de garantias, tenham por finalidade assegurar a responsabilidade fiscal. As demais regras sobre concessão de garantias poderão ser implementadas por meio de legislação ordinária.

As normas que tratam de concessão de garantia relacionadas ao controle das finanças públicas foram emanadas no âmbito da Lei Complementar 101/2000, popularmente conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal”. Nesse diploma legal, em seu art. 40,²⁸⁵ estabelece-se que “os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal”.

Como se vê, os dispositivos da Lei Complementar 101/2000 estão direcionados à concessão de garantias em operações de crédito. Não trataram do procedimento para prestação de garantias, das modalidades admitidas, do procedimento de seu acionamento e execução ou de quaisquer outros detalhes relacionados à concessão de garantias, eis que esses temas fogem ao escopo de uma lei de finanças públicas. Voltaram-se apenas, conforme a exigência do art. 163, III, da CF, para o impacto que a concessão de garantias por entidades públicas pode ter sobre as finanças públicas.

²⁸⁵ “Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

“§ 1º. A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte: I – não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente; II – a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

“§ 2º. No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1º, às exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

“§ 3º. (Vetado).

“§ 4º. (Vetado).

“§ 5º. É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal.

“§ 6º. É vedado às entidades da Administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

“§ 7º. O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por: I – empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições; II – instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

“§ 8º. Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada: I – por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente; II – pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

“§ 9º. Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

“§ 10. O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.”

Pretender que toda e qualquer norma que trate do tema de concessão de garantia por entidade pública seja veiculada por lei complementar significaria impor declarações de inconstitucionalidade a diversos outros dispositivos, ou até mesmo a diplomas legais inteiros. Veja-se, por exemplo, o parágrafo único do art. 121 da Lei 8.666/1993, no qual se estabelece que a concessão de garantia do Tesouro Nacional continua regida pela legislação pertinente, aplicando-se a Lei de Licitações no que couber. Ora, se toda regra sobre concessão de garantia tivesse que ser estabelecida por lei complementar, então, não se poderia aplicar em nada o disposto na Lei de Licitações, sendo absolutamente desnecessária a ressalva do parágrafo único do art. 121.

Um exemplo ainda mais marcante é a criação do FGE – Fundo de Garantia à Exportação pela Lei 9.818/1999, cujo patrimônio inicial foi constituído, sobretudo, mediante transferência de ações do Banco do Brasil S/A e da TELEBRÁS – Telecomunicações Brasileiras S/A. O FGE, fundo de natureza contábil vinculado ao Ministério da Fazenda, tem por objetivo dar “cobertura de garantias prestadas pela União em operações de seguro de crédito à exportação: I – contra risco político e extraordinário, pelo prazo total da operação; II – contra risco comercial, desde que o prazo total da operação seja superior a 2 (dois) anos” (art. 4º). Traz, além dessa, uma série de outras regras sobre a cobertura pelo FGE de garantias prestadas pela União.

Se a interpretação do art. 163, III, da CF for no sentido de que toda e qualquer norma que trata de concessão de garantia por entidade pública deverá ser veiculada por lei complementar, então, o FGE seria inconstitucional, assim como o FGP da Lei 11.079/2004 e os fundos e empresas estatais garantidores criados pelas leis estaduais de PPP, eis que nenhum deles foi veiculado por lei complementar.

Pensamos que todos esses fundos são constitucionalmente válidos, pois as normas referidas não guardam qualquer relação com o tema das finanças públicas, estando voltadas tão-somente a instrumentalizar e tornar efetivas as garantias prestadas.

Além disso, é preciso lembrar que a legislação a respeito da concessão de garantia do Tesouro Nacional não tem natureza de lei complementar²⁸⁶ – o que, pelo raciocínio canhestro que ora se critica, implicaria também a sua declaração de inconstitucionalidade.

Conforme informações publicadas no endereço eletrônico do Tesouro Nacional,²⁸⁷ “em 2004, a União concedeu garantias em operações externas no montante de cerca de US\$ 882,2 milhões, sendo 72,29% desse valor relativo a Estados e entidades controladas e 27,71% a Municípios. Registre-se que 51,92% das garantias em operações de crédito externo foram direcionadas a programas e projetos financiados com recursos de organismos multilaterais e 48,08% custeados por agências governamentais estrangeiras”. Nessa nota do Tesouro destacam-se, ainda, “as seguintes fianças prestadas, que representaram 68,26% do volume garantido pela União em 2004:

“– Governo do Estado de São Paulo (Programa Integrado de Transportes Urbanos – Projeto 4ª Linha do Metrô), no montante de US\$ 209 milhões;

“– SABESP (Projeto de Recuperação Ambiental da Região Metropolitana da Baixada Santista), no valor de US\$ 192,79 milhões;

“– Prefeitura de São Paulo (Programa de Reabilitação da Área Central do Município de São Paulo – PROCENTRO), no valor de US\$ 100,4 milhões; e

“– Governo do Estado do Ceará (Programa de Infra-estrutura Básica e Saneamento do Estado do Ceará – SANEAR II), no valor de US\$ 100 milhões.”

É preciso ter claro que essas garantias estão em pleno vigor e efetividade, ou seja, têm produzido seus regulares efeitos, quando acionadas. Assim, em outra nota do Tesouro²⁸⁸ é apontado que, “em 2004, a União honrou garantias referentes a dívidas da Administração Estadual no valor total de US\$ 34,71 milhões, sendo US\$ 27,70 milhões relativos a compromissos honrados junto a empresa estatal do setor elétrico. Observou-se, em 2004, o mesmo comportamento dos últimos anos, de uma inadimplência extremamente reduzida frente aos compromissos garantidos. Tal fato reflete a atual disciplina fiscal vigente no país, a análise prévia de capacidade de pagamento, vinculação de contragarantias e o fato de que as operações garantidas são, em sua maioria, junto a organismos internacionais”.

²⁸⁶. Sobretudo o Decreto-lei 1.312, de 15.2.1974 – a menos que se pretenda dizer que esse decreto-lei tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988 na condição de lei complementar. Vale notar, também, que a Lei 6.704/1979, que trata do seguro de crédito à exportação, recentemente alterada pela Lei 11.281/2006 (todas elas leis ordinárias, note-se), permite à União conceder garantia da cobertura dos riscos comerciais e dos riscos políticos e extraordinários assumidos em virtude do SCE – Seguro de Crédito à Exportação.

²⁸⁷. http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/conces_garantia.pdf.

²⁸⁸. http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/garantia_honra.pdf.

Seguem, abaixo, algumas tabelas dessa mesma nota, apenas para se ter a noção de que a União tem prestado e honrado garantias regularmente, com base em legislação ordinária, sem que se tenham levantado questionamentos constitucionais a respeito.

TABELA: GARANTIAS HONRADAS PELA UNIÃO – 2001 A 2004

Mutuário	Garantias honradas pela União (US\$ milhões)				Variação Anual (%)		
	2001	2002	2003	2004	2002/2001	2003/2002	2004/2003
Administração Estadual	–	6,48	44,32	34,71	–	583,4	(21,7)
– Adm. Est. Direta	–	6,48	4,49	7,01	–	(30,8)	56,2
– Adm. Est. Indireta	–	–	39,83	27,70	–	–	(30,4)
Administração Federal Indireta	–	–	–	–	–	–	–
Empresas Privatizadas	–	–	–	–	–	–	–
Dívida em Proc. de Assunção	0,99	–	–	–	–	–	–
Total	0,99	6,48	44,32	34,71	557,6	583,4	(21,7)

GRÁFICO: GARANTIAS HONRADAS PELA UNIÃO – 1995 A 2004

Resta, pois, claro que a União tem prestado e honrado garantias regularmente com fundamento em legislação sem natureza de lei complementar, exceto pelo art. 40 da LRF, sem que se tenha, ao menos até o momento, levantado questionamento sobre a constitucionalidade dessas operações. Faz-se necessário, pois, para compreender o ordenamento jurídico vigente, evitar qualquer tipo de interpretação extensiva do art. 163, III, da CF, deixando-o limitado – como, de fato, parece ter sido a intenção do constituinte ao inseri-lo no capítulo de finanças públicas – à finalidade de assegurar a responsabilidade na gestão das finanças públicas. Isso já foi plenamente atendido pelo art. 40 da LRF.

VIII.2 – Função didático-explicativa do art. 8º

Há, ainda, que se ressaltar a função, sobretudo, didático-explicativa do art. 8º. A rigor, o art. 8º não se presta a autorizar as entidades públicas a prestar garantias. Imagine-se que não houvesse o art. 8º. Seria sem sentido defender que a União e os demais entes federativos não poderiam ter suas contraprestações garantidas por organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público. Por óbvio, a resposta é negativa, pois essas entidades não dependem de autorização legal para exercer atividade securitária.

Os fundos garantidores e as empresas estatais com a mesma finalidade necessitam, como condição para sua criação, de lei específica, de maneira que o art. 8º em nada contribui para a validade de sua criação. Além disso, a permissão para vinculação de receitas e criação de fundo especial também deve ter respaldo em lei específica, novamente tornando o art. 8º irrelevante do ponto de vista da validade da utilização dessas garantias.

Se os defensores da inconstitucionalidade do art. 8º estivessem corretos, então, em realidade, a criação dos fundos, de empresas estatais garantidoras e a vinculação de receitas teriam que ser realizadas, obrigatoriamente, por meio de lei complementar.²⁸⁹ Portanto, mesmo que o art. 8º tivesse natureza de lei complementar, não cumpriria a função de norma permissiva para obtenção de garantias em contratos de PPP, pois seria necessária ainda uma lei específica de natureza complementar com essa finalidade, salvo nos casos de garantias prestadas por organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, por não depender a atividade securitária de entidades

²⁸⁹. Quem prega a inconstitucionalidade do art. 8º, por coerência lógica, teria que defender a exigência de lei complementar também para a criação de fundos e empresas estatais que tenham como função garantir créditos, em contratos de PPP ou em quaisquer outros, até porque são as leis específicas que efetivamente criam o mecanismo e autorizam a prestação de garantias.

privadas de prévia autorização legal.

O art. 8º cumpre, em verdade, a função de sistematizar e exemplificar diferentes meios pelos quais poderão ser prestadas garantias, sem prescindir da lei específica para a criação de fundos, empresas estatais garantidoras ou para vinculação de receitas. A corroborar a tese ora defendida, vale destacar o último inciso do art. 8º, que menciona “outros mecanismos admitidos em lei”. Por conseguinte, cumpre notar que o próprio art. 8º reconhece a possibilidade de outros mecanismos de prestação de garantia que não tenham sido por ele previstos, eis que a sistematização por ele proposta não é exaustiva.

A necessidade de lei permissiva, em realidade, não se deve à prestação de garantia em contrato de PPP. Será necessário lei apenas quando o mecanismo de garantia pretendido assim exigir. Outros casos, ainda que não admitidos expressamente em lei, poderão existir validamente. Pense-se, por exemplo, na situação em que um determinado país estrangeiro, como estímulo à exportação de serviços, fornecesse ao parceiro privado de sua nacionalidade garantia a contraprestações públicas de Governos brasileiros. Por certo, não seria necessário expressa admissão legal dessa estrutura de garantia para que pudesse ser utilizada em contratos de PPP. De igual modo, se não houvesse as previsões dos incisos III e IV, em nada seriam inválidas as garantias prestadas por organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público.

Ora, se, de um lado, organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público podem prestar garantias independentemente de lei autorizadoras, eis que se trata de atividade eminentemente privada, e, de outro, a criação de fundos, garantidores ou especiais, de empresas estatais e a própria vinculação de receitas dependem de lei específica,²⁹⁰ claro está que a função do art. 8º não é autorizar a prestação de garantias, mas tão-somente apontar, de forma expressa, a presunção de que os contratos de PPP justificam, do ponto de vista do interesse público, a utilização de mecanismos de garantia. Não é uma norma que cria direito e lhe impõe qualquer limite. Tem natureza declaratória, para resguardar de dúvida a legalidade da utilização de garantias em contratos de PPP, e é apenas exemplificativa.

A eventual invalidação do art. 8º, portanto, em nada feriria a validade das garantias prestadas em contratos de PPP por meio dos mecanismos nele previstos, embora pudesse causar alguma cizânia entre os juristas.

VIII.3 – Formas de outorga de garantia

VIII.3.1 – A vinculação de receitas²⁹¹

Conforme se pode aferir a partir de uma breve leitura do art. 167, IV, da CF,²⁹² não poderão ser dadas em garantias nos contratos de PPP as receitas oriundas de impostos, pois não se inserem no âmbito de quaisquer das exceções listadas nesse dispositivo. *A contrario sensu*, pode-se afirmar que todas as demais receitas poderão ser

²⁹⁰ A criação de fundos ou de empresas estatais apenas poder ser realizada por meio de lei específica, conforme disposições expressas da Constituição Federal. Quanto à vinculação de receitas, contudo, não há disposição expressa nesse sentido. Todavia, não nos parece viável sua implementação por ato normativo inferior à lei ordinária, pois não seria razoável que esse tipo de norma (um decreto, por exemplo) pudesse vincular a atuação do Poder Legislativo no momento de análise do projeto da LOA, para definição dos destinos das receitas arrecadadas. A concordância, ou não, com esse argumento, porém, em nada enfraquece a afirmação quanto à natureza puramente declaratória e não exaustiva do art. 8º.

²⁹¹ Neste item estamos a considerar apenas a possibilidade de vinculação de receitas de entes federativos. Evidentemente, a vinculação de receitas de empresas estatais também é possível. Porém, não está submetida ao mesmo regime dos entes federativos, a elas não se aplicando em nada o disposto no art. 167, IV, da CF. Isso porque têm personalidade jurídica distinta da do ente federativo responsável pela sua criação. Trata-se de personalidade de direito privado, e, por conseguinte, essas empresas submetem-se ao regime jurídico correspondente. No caso de receitas de empresas estatais serem vinculadas em garantia de um dado contrato de PPP, estaremos frente à hipótese do inciso V do art. 8º. A vinculação dessas receitas, por certo, apenas será possível se não afrontar o ato constitutivo da empresa estatal. Além disso, é possível que o ente federativo aporte créditos na empresa estatal ou fundo garantidor. Neste caso, a utilização do crédito para garantia do contrato de PPP também não significará vinculação de receita, mas garantia dada por fundo garantidor ou empresa estatal com essa finalidade, com base no inciso V do art. 8º. A discussão, neste último caso, ficará por conta de saber se a natureza do crédito admite seu aporte como capitalização do fundo ou da empresa estatal. Por certo, não se poderá aportar créditos de receitas de impostos, porque isso significaria sua vinculação, o que não se admite em face do art. 167, IV, da CF. Créditos de outra natureza, todavia, podem eventualmente ser aportados, tais como, a nosso ver, os decorrentes do pagamento pela outorga de concessões de serviço público (devidos pelos vencedores das licitações respectivas) ou da alienação de bens e direitos da Administração.

²⁹² Nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003, ao art. 167, IV, da CF, é vedada “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da Administração Tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

oferecidas em garantia, exceto aquelas que já tenham uma destinação legal específica, como, em regra, taxas e contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico.

A despeito de essa ser a interpretação mais plausível do art. 167, IV, da CF, importa destacar que alguns doutrinadores²⁹³ têm resistido à possibilidade de vinculação de receitas, destacando que no Brasil vige o princípio da não-afetação de receitas, com as únicas exceções trazidas no próprio corpo da Constituição.

Não podemos deixar de discordar desse entendimento. Se no Brasil vige o princípio da não-afetação das receitas, com o escopo de oferecer a liberdade necessária ao administrador para atender às despesas conforme as necessidades, também é verdade que o princípio trata das receitas oriundas de impostos, e não de toda e qualquer receita. As taxas, por exemplo, devem ter suas receitas naturalmente vinculadas à execução de determinadas despesas, para cobrir os custos necessários à prestação de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Da mesma forma, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, em regra, têm suas receitas vinculadas a uma determinada destinação.

Portanto, não se admite vincular – salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição – tão-somente as receitas oriundas de impostos. O mesmo não se aplica às demais receitas, para as quais não há qualquer restrição constitucional. Pode-se cogitar, por exemplo, da vinculação das receitas oriundas de arrendamentos ou de *royalties*. Aliás, em PPPs no setor ferroviário constitui uma opção interessante a vinculação dos pagamentos pela outorga ou pelo arrendamento da malha previstos nos contratos de concessão comum em curso para garantia de pagamentos em contratos futuros de PPP.

É preciso notar, contudo, que o art. 8º trata de mecanismos de garantia de pagamento da contraprestação pública indistintamente. Isso poderia levar ao equívoco de que todas essas garantias apresentam a mesma natureza. Nada mais enganador. Alguns casos – como nas hipóteses de fundos garantidores e empresas estatais com a mesma finalidade, companhias seguradoras, instituições financeiras e órgãos multilaterais – referem-se, sobretudo, à prestação de garantias reais e pessoais, tratadas classicamente no direito civil, como a fiança, o aval, o penhor, a hipoteca, a caução etc. Em outros – como as garantias por meio de fundos especiais ou vinculação de receitas – o que se obtém, na realidade, é apenas uma garantia orçamentária de que as receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP.

No sentido estritamente técnico-jurídico, a garantia é um contrato ou obrigação acessória, de maneira que, caso seja inadimplida a obrigação principal, a garantia será exercida como forma de obter o crédito devido. O mesmo não se passa com a garantia orçamentária da vinculação de receita. Neste caso, o adimplemento se dá pela própria receita vinculada arrecadada. Se não houver esse pagamento, não há uma garantia – no sentido civilista – a ser acionada. Não terá o credor qualquer bem disponível para penhora, e tampouco poderá iniciar qualquer procedimento de execução. Deverá, antes, buscar uma sentença judicial ou laudo arbitral que possa ser executado.

Além disso, deve restar clara a inviabilidade da prestação de garantia real²⁹⁴ por entes da Federação. Por serem inalienáveis (salvo os dominicais) e impenhoráveis os bens públicos, as rendas públicas dos entes federativos também não podem ser objeto de garantia real, a menos que se entenda não comporem as “rendas públicas” o gênero “bens públicos” – o que não cogitamos. Já as garantias pessoais, como aval e fiança, não padecem dessa objeção, eis que não incidem sobre bens específicos.

²⁹³. Entre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Kiyoshi Harada. O primeiro destaca:

“119. Há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo a qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por *vinculação de receitas*. Conforme foi flagrado pelo professor Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição *só pode ser excepcionada nos casos que especifica*, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo). Além disto, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no direito privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas ‘preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada’, para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios para com a União.

“Em suma: receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade” (*Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., pp. 747-748).

O professor Harada, por sua vez, em parecer elaborado para a Comissão Especial de Assuntos Relativos aos Precatórios Judiciais da Seccional de São Paulo da OAB, datado de 18.1.2005, afirma que “evidente que não se pode invocar a regra excepcional do art. 167, IV, da CF para concluir que demais receitas públicas não estão abrangidas pela proibição. A regra geral, que decorre do sistema constitucional, é a não-vinculação das receitas públicas para garantia dessas ou daquelas obrigações contraídas pelo Poder Público. A exceção contida no inciso IV do art. 167 da CF não tem o sentido emprestado pelo legislador infraconstitucional, que, por meio de uma interpretação literal e isolada, ignora em bloco os rígidos princípios de direito público. Aliás, o referido inciso, ao excepcionar a vinculação para um fim específico, *ipso facto*, afastou a vinculação para fim outro”.

²⁹⁴. O termo está em oposição a “garantias pessoais” e se refere, sobretudo, ao penhor, à hipoteca e à anticrese.

De todo modo, não seria possível penhorar a receita pública, ainda que se tenha oferecido fiança ou aval em paralelo à vinculação de receita. Assim, na garantia por meio de vinculação de receitas, inevitavelmente, sujeitar-se-á o parceiro privado ao pagamento por meio de precatório, se tiver que executar seu crédito.

O parceiro privado que obtiver uma garantia de vinculação de receita deve estar ciente, pois, de que seu direito se restringe tão-somente a exigir que uma determinada receita, se realizada, não poderá ser utilizada para pagar obrigação que não as contraprestações públicas do contrato de PPP, nos termos da lei que instituir a vinculação.

Em resumo, a vinculação de receitas não é propriamente uma garantia do direito civil, tal qual penhor, caução, fiança ou algo do gênero. O sentido desse tipo de garantia é, sobretudo, orçamentário, ao impedir que os montantes arrecadados como receita vinculada sejam utilizados para despesas outras que não as previstas no ato de vinculação.

Se o pagamento simplesmente não ocorrer, não há garantia a ser acionada, eis que, embora a garantia vincule a receita, não obriga a realização da despesa. Aliás, há inúmeros casos de receitas vinculadas e até mesmo de despesas constitucionais e legais obrigatórias que não obrigam o efetivo gasto público.

O produto da arrecadação com a CIDE/Combustível – contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível –, por exemplo, será destinado ao: I – pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; II – financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e III – financiamento de programas de infra-estrutura de transportes (art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.336/2001). Todavia, como se sabe, uma boa parte da arrecadação obtida com a CIDE/Combustível encontra-se entesourada e não está disponível para gasto dos órgãos setoriais de transporte.

O mesmo se passa com recursos de diversos fundos que também dispõem de receitas vinculadas. O FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, por exemplo, tem por finalidade²⁹⁵ proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei 9.472, de 16.7.1997. Ao lado disso, importa mencionar que o FUST tem receitas próprias, nos termos do art. 6º da Lei 9.998/2000.²⁹⁶ Contudo, a despeito da vinculação das receitas a determinados tipos de despesa, nos termos da Lei 9.998/2000, atualmente o FUST dispõe de alguns bilhões, sem que se tenha notícia da efetiva realização de qualquer despesa orçamentária com essas receitas vinculadas.²⁹⁷

²⁹⁵. Para uma melhor compreensão da destinação dos recursos do FUST, vale mencionar o art. 5º da Lei 9.998/2000:

“Os recursos do FUST serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos: I – atendimento a localidades com menos de 100 (cem) habitantes; II – (*vetado*); III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo; IV – implantação de acessos individuais para prestação do serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde; V – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da Internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde; VI – implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da Internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários; VII – redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da Internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos frequentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo; VIII – instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas; IX – atendimento a áreas remotas e de fronteira de interesse estratégico; X – implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública; XI – implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional; XII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes; XIII – fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes; XIV – implantação da telefonia rural.

“§ 1º. Em cada exercício, pelo menos 30% (trinta por cento) dos recursos do FUST serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado – STFC nas áreas abrangidas pela SUDAM e SUDENE.

“§ 2º. Do total dos recursos do FUST, 18% (dezoito por cento), no mínimo, serão aplicados em educação, para os estabelecimentos públicos de ensino.”

²⁹⁶. “Art. 6º. Constituem receitas do Fundo: I – dotações designadas na Lei Orçamentária Anual da União e seus créditos adicionais; II – 50% (cinquenta por cento) dos recursos a que se referem as alíneas ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘j’ do art. 2º da Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de Reais); III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela concessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência; IV – contribuição de 1% (um por cento) sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a contribuição para o financiamento da Seguridade Social – COFINS; V – doações; VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.”

²⁹⁷. Conforme notícia veiculada no jornal *Folha de S. Paulo*, na edição de 1.2.2006, no caderno “Dinheiro”, “o Ministro das Comunicações,

E, como já se adiantou, também as despesas obrigatórias não têm asseguradas sua efetiva execução. Além da possibilidade de não-execução por incapacidade²⁹⁸ do órgão executor, poderão não ser executadas em face dos limites impostos pelo decreto previsto no art. 8º da LRF, a ser editado em até 30 dias depois da publicação do orçamento, que deverá dispor sobre a programação orçamentária e financeira e estabelecer o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício, vulgarmente conhecido como “decreto de contingenciamento”. Pode surpreender o leitor atento a afirmação que ora se faz, eis que, em face do art. 9º, § 2º, da LRF, as despesas obrigatórias constitucionais e legais não estariam sujeitas à limitação. Todavia, a prática tem sido outra, sobretudo, ao que nos parece, pelo esforço na obtenção de superávits primários.

Embora não exista competência expressa para que a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias disponha sobre quais sejam as obrigações constitucionais ou legais, tem sido a praxe, ano após ano, discriminá-las nesse diploma legal.²⁹⁹ Assim, por exemplo, a Lei 10.934/2004 – LDO de 2004 para a elaboração da LOA de 2005 – prevê, em seu art. 72, § 2º, que “a base contingenciável corresponde ao total das dotações classificadas como despesas primárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2005, excluídas: I – as despesas que constituem obrigação constitucional ou legal da União integrantes do Anexo V desta Lei; II – as demais despesas ressalvadas da limitação de empenho, conforme o art. 9º, § 2º, da Lei Complementar n. 101, de 2000, integrantes do Anexo V desta Lei; III – as dotações referentes às atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União constantes da proposta orçamentária”. Portanto, costuma haver nas LDOs um anexo específico que discrimina quais são as despesas obrigatórias e que, portanto, não deveriam estar sujeitas a contingenciamento.

A despeito disso, o primeiro decreto de contingenciamento de 2005 – Decreto 5.379/2005 – determina, em seu art. 1º, § 2º, que determinadas despesas constitucionais e legais da União, identificadas no Anexo VIII desse decreto, sujeitam-se aos limites de movimentação e empenho fixados. Vale notar, ainda, que esse dispositivo gerou a seguinte determinação do TCU, no âmbito do acórdão 1.574/2005-Plenário-TCU, de 5.10.2005: “9.2 Determinar aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão que, em prol da transparência na gestão das finanças públicas e com base no art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000, não incluam despesas obrigatórias nos limites de movimentação e empenho, nas próximas minutas de decretos que versarem sobre a matéria; (...)”.

Como se vê, não há qualquer meio de assegurar a execução da despesa, a qual, conforme a praxe atual, sujeitar-se-á, inclusive, a eventual contingenciamento, independentemente de sua natureza (se obrigatória ou não). Em face da impossibilidade de se obrigar a execução da despesa, a receita vinculada correspondente apenas evitará que o montante arrecado seja utilizado em outra destinação. Cria, assim, um incentivo, e não uma obrigação de execução da despesa.

Se a receita não pode ser gasta em outra despesa, a princípio, pode-se imaginar faltar lógica na recusa ao gasto. Porém, essa seria uma afirmativa pouco perspicaz. Há, aí, ao menos duas observações a serem feitas.

A primeira, de que é preciso controlar a qualidade do gasto público. Não basta gastar; é preciso gastar bem. Deve o agente público, se não existirem projetos bem-elaborados e que atendam ao interesse público, recusar a despesa, ainda que a receita vinculada não possa ser utilizada em outra destinação. Da mesma forma, se os serviços não tiverem sido adequadamente prestados, está obrigado o órgão público contratante a recusar o pagamento.

A segunda, que o esforço pela obtenção de superávits primários tem provocado elevados contingenciamentos. Assim, do ponto de vista estritamente fiscalista, o incentivo da receita vinculada não se apresenta eficaz. No caso do Governo Federal, basta notar que grande parcela dos recursos disponíveis em caixa – e que, portanto, produzem

Hélio Costa, disse que o Governo pretende gastar R\$ 650 milhões do FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações) neste ano. Os recursos fazem parte de uma emenda da Comissão de Ciência e Tecnologia ao Orçamento. Segundo Costa, o Ministério encaminhou ao TCU (Tribunal de Contas da União) documento detalhando a forma como os recursos serão utilizados. O FUST é composto de 1% da receita bruta das empresas de telecomunicação e, apesar do saldo de aproximadamente R\$ 3,8 bilhões, nunca foi usado. Segundo o Ministro, entre os projetos que podem ser financiados pelo Fundo estão a implantação de telefones em escolas rurais e subsídio para redução da conta mensal, para o acesso à Internet”.

²⁹⁸. Não há, aqui, qualquer conotação pejorativa. Pretendemos nos referir a todos os casos em que o órgão executor não conseguiu executar a despesa, embora houvesse disponibilidade para empenho e pagamento. Não há, assim, qualquer juízo de valor sobre eventual incapacidade técnica do órgão executante.

²⁹⁹. Não há na Lei de Responsabilidade Fiscal previsão sobre a eventual regulamentação de seus dispositivos. Por isso, afirma-se não haver a competência expressa para que a LDO possa definir conceitos trazidos pela LRF. A nosso ver, contudo, é adequada a utilização da LDO para essa finalidade, eis que trata das diretrizes para a elaboração da LOA e também para a execução orçamentária, atividades que não poderiam ser bem desempenhadas sem que houvesse definição sobre diversos aspectos da LRF. Assim, por exemplo, além de trazer um rol das despesas constitucionais e legais obrigatórias, a LDO tem definido, especialmente nos anos anteriores à eleição presidencial, o conceito de “contrair obrigação”, para efeito de aplicação do art. 42 da LRF.

superávit primário, uma vez que o regime atualmente aplicável é o de caixa, e não o de competência³⁰⁰ – deriva de receitas vinculadas que têm sido sistematicamente entesouradas.

VIII.3.2 – Capacidade de minimização de risco político com a utilização do mecanismo de vinculação de receitas

Essas linhas, porém, não devem servir para menosprezar a utilização da vinculação de receitas. Se é verdade que, por um lado, não evita o pagamento por meio de precatórios em caso de execução do crédito e também dificilmente impedirá o contingenciamento, pela razões acima aventadas, por outro, reforça a inclusão na LOA das previsões orçamentárias para pagamento das contraprestações públicas, um dos sub-riscos políticos acima mencionados.

Isso porque nem o Poder Executivo nem o Legislativo poderiam dar outra destinação a essa receita sem revogar a norma que estabelece sua vinculação, o que poderia provocar, no limite, reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O ônus dessa revogação, portanto, funciona como um incentivo para utilizar a receita na destinação prevista. Esse incentivo não é desprezível, especialmente quando consideramos que o debate sobre a aprovação do projeto de lei do orçamento costuma envolver interesses divergentes e conseqüentes disputas acirradas por inclusão de créditos orçamentários. Evita-se, assim, por meio da vinculação de receitas, a disputa política sobre sua destinação.

Além disso, o mecanismo de vinculação de receita retira o incentivo que o órgão contratante pudesse ter em não empenhar ou não liquidar a despesa, outro dos sub-riscos políticos anteriormente apontados. Numa situação em que não houvesse vinculação de receita, o órgão contratante poderia escolher qual despesa empenhar e liquidar.³⁰¹ Ou seja, há uma opção, em tese, de “gastar com A” ou “gastar com B”. Já na presença de receita vinculada a opção do órgão é “gastar” ou “não gastar”. Se não empenhar nem liquidar a despesa, nenhum benefício poderá ser obtido pelo órgão contratante. Portanto, não há incentivos para que deixe de gastar. Só evitará o gasto se o serviço não tiver sido adequadamente prestado, eis que, nesse caso, como é o responsável pelo acompanhamento do contrato, poderá sofrer questionamentos (e até mesmo punições) ulteriores a partir dos órgãos de controle.³⁰²

O mesmo não se passa com os órgãos fazendários. Para eles, a opção entre “gastar” ou “não gastar” faz todo sentido, especialmente quando há necessidade de realizar superávit primário. Zelam pelas contas públicas. Defendem a responsabilidade fiscal. Assim, é natural – e mais que isso, é, mesmo, um dever – que as autoridades fazendárias lutem por contingenciamentos de despesa para evitar ampliação do endividamento público de forma irresponsável.

Como se viu, a prática orçamentária vigente aponta para a possibilidade de limitação do empenho e de submissão ao limite financeiro de gastos, o que tem ocorrido com alguma frequência. Portanto, a garantia de vinculação de receitas não elimina os sub-riscos políticos relacionados à ausência de satisfação do crédito do parceiro privado por ultrapassar os limites para empenho ou para pagamentos estabelecidos pelo decreto que dispõe sobre a programação financeira e estabelece o cronograma de execução mensal de desembolsos.

A rigor, é antijurídico o ato de limitação de despesas obrigatórias de natureza legal, em face do art. 9º, § 2º, da LRF. Tanto isso é verdade, que ensejou a decisão do TCU acima mencionada, que determinada não sejam incluídos mais no rol de despesas contingenciadas as despesas obrigatórias legais e constitucionais. Porém, em tese, há ainda um risco adicional. Isso porque as despesas legais obrigatórias são discriminadas em anexo da LDO. Assim, se não houver sua previsão em cada LDO – o que deve ocorrer anualmente –, poder-se-ia questionar sua natureza de despesa legal obrigatória. Com isso não concordamos, eis que em nenhum momento entregou-se à LDO a competência exclusiva para determinar quais são as despesas obrigatórias. Assim, se a lei que instituir a vinculação de receitas conferir expressamente à despesa correspondente a natureza de obrigatória, para efeito de aplicação do art. 9º, § 2º, da LRF, então, o projeto de LOA e o decreto de programação financeira deverão respeitar a imposição legal.

³⁰⁰. Na apuração do superávit primário pelo regime de caixa, verifica-se apenas o saldo ao final do exercício, considerado como a diferença entre as receitas primárias e as despesas primárias efetivamente pagas no exercício financeiro. Conforme consta no relatório do acórdão 1.574/2005-Plenário-TCU, já citado, as receitas primárias correspondem à arrecadação decorrente da atividade tributária e da prestação de serviços efetuados pelo Estado, com exclusão de restituições, incentivos fiscais e receitas financeiras. As despesas primárias, por sua vez, correspondem basicamente ao total de cheques emitidos (ordem bancária – OB) pelos órgãos do Governo Federal para realização de suas despesas, excluídas as referentes a pagamento de juros, empréstimos e aplicações financeiras. Assim, as despesas que tenham sido empenhadas e liquidadas, ao entrarem na rubrica “Restos a Pagar”, não causam qualquer impacto no superávit primário, pois não afetam o caixa no mesmo ano.

³⁰¹. Como a obrigação apenas se torna líquida e certa após o empenho e a liquidação, não nos parece haver nisso ferimento à ordem cronológica de pagamento dos contratos.

³⁰². Todavia, seria conveniente, com o escopo de fortalecer a garantia, que na lei instituidora da vinculação se estabelecesse alguma forma de punição para os servidores do órgão contratante que indevidamente – ou seja, sem motivo de direito relevante – obstruísem o empenho da despesa, sua liquidação ou o próprio pagamento.

Todavia, até que se estabeleça uma nova prática orçamentária, que atenda à determinação do TCU, e que se reconheça a capacidade de lei ordinária, que não seja a LDO, conferir a determinada despesa a natureza de obrigatória, não se terá eliminado o sub-risco de vedação ao empenho por ultrapassar o limite do decreto de programação financeira.

Além disso, em grande medida, no contexto de receitas vinculadas, o risco político assume, em parte, um perfil de risco econômico de realização da receita. Se a receita não se realizar no montante previsto, o parceiro privado dependerá de recursos orçamentários suplementares.

Se não obtiver o recebimento do crédito, restará apenas buscar sentença judicial ou laudo arbitral que possa ser executado, com o pagamento sendo devido de acordo com a ordem de precatórios, pois se trata de pagamento por condenação de ente federativo.

Ainda, vale notar que a inscrição em “Restos a Pagar” das despesas empenhadas e/ou liquidadas mas não pagas, por ocasião do encerramento do exercício financeiro, não altera a natureza e os efeitos da vinculação de receita.

VIII.3.3 – A utilização de fundos especiais previstos em lei

Cabe verificar em que consistem os chamados “fundos especiais”. Trata-se dos fundos referidos na Lei 4.320, de 17.3.1964, cujo art. 71 assim os define: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

A seu turno, o Decreto 93.872/1986, em seu art. 71, define “fundo especial” como “a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo”. Ainda conforme o referido decreto, os fundos especiais podem ter natureza contábil ou financeira.

Os fundos especiais de natureza contábil são “constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional” (art. 71, § 1º, do Decreto 93.872/1986).

Os fundos especiais de natureza financeira são “constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica” (art. 71, § 2º, do Decreto 93.872/1986).

Independentemente da natureza do fundo especial, constitui patrimônio do próprio ente que o instituiu e não tem personalidade jurídica própria.³⁰³ Trata-se, sobretudo, de uma forma de planejamento e de execução orçamentária, por meio de vinculação de receitas a determinadas finalidades, com a característica adicional de permitir que, ao final do ano, o saldo não utilizado permaneça na conta do fundo e não retorne ao caixa único do Tesouro Nacional.

Do ponto de vista da garantia, o mecanismo é muito semelhante ao da vinculação de receitas. Ou seja, apresenta-se também como uma garantia orçamentária, que está a impedir a utilização de receitas vinculadas para despesas não contidas nas finalidades dispostas na lei de instituição do fundo especial.

A distinção mais relevante é, provavelmente, o fato de a vinculação de receita poder ser logicamente estabelecida para um único contrato, enquanto soa estranho criar um fundo especial que não seja para o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP em geral.

Como o fundo especial faz parte do patrimônio do ente que o criou e não dispõe de personalidade jurídica própria, eventuais garantias prestadas por fundo especial serão consideradas como prestadas pelo ente instituidor, pois este é a pessoa com a qual juridicamente se contrata a garantia.

Assim, o fundo especial poderá prestar apenas garantias pessoais, como fiança ou aval, nos termos da lei que o instituir. Não se admite possa prestar garantias reais, eis que os bens que eventualmente estejam alocados no fundo continuam a pertencer ao patrimônio do ente federativo instituidor, e, portanto, por serem bens públicos, devem se submeter aos princípios da inalienabilidade e impenhorabilidade.

Importa esclarecer, ainda, que a prestação de garantia por fundo especial apenas faz sentido quando o parceiro

³⁰³. Conforme lecionam J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, “o fundo especial não é detentor de patrimônio, porque é o próprio patrimônio, não é entidade jurídica, não é órgão ou entidade orçamentária, ou, ainda, não é apenas uma conta mantida na Contabilidade, mas tão-somente um tipo de gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens e serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é o seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim” (in *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, 31ª ed., p. 161).

público não for o próprio ente criador do fundo, eis que, nessa hipótese, seria como dar garantia de si mesmo – o que não faz sentido, quando se pensa em garantias jurídicas como fiança e aval. Assim, por exemplo, um fundo especial criado pela União poderia prestar garantia para contraprestações de Estados e Municípios em contratos de PPP; não haveria sentido, todavia, em garantir a contraprestação pública da União, pois o fundo é, juridicamente, parte da própria União.

Os fundos especiais têm sido utilizados pela Administração Pública – muitas vezes com críticas bastante acirradas por parte daqueles que entendem se tratar de uma forma de burla às restrições orçamentárias – sobretudo pela característica peculiar de permitirem que, salvo determinação em contrário da lei que os instituiu, o saldo positivo apurado em balanço seja transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo. Dessa forma, é possível contornar a regra tradicional que obriga a devolução ao caixa único do Tesouro de eventual saldo positivo residual verificado ao final do exercício.

Como já adiantado, os fundos especiais não têm personalidade jurídica própria; e, por conseguinte, se sujeitam ao mesmo regime jurídico do ente da Administração que os instituiu. Além disso, constituem, sobretudo, modo de organização de planejamento e execução orçamentária. Por isso, no caso de eventual condenação do ente federativo, haverá sujeição ao regime de precatórios, sendo inviável o pagamento pelo fundo.

Parece-nos, assim, fazer mais sentido utilizar fundos especiais para o pagamento de contraprestações públicas, ao invés de oferecer garantia no sentido jurídico, como penhor, aval, fiança, hipoteca etc. Nesse sentido, a lei que instituir o fundo especial deverá estabelecer como seu objetivo o pagamento de contraprestação pública. Tratar-se-ia, assim, de mera técnica de planejamento e execução orçamentária, com características e limitações muito semelhantes às da garantia por meio de vinculação de receitas, inclusive a sujeição aos limites de empenho e de pagamento estabelecidos pelo decreto referido no art. 8º da LRF, que deverá estabelecer para cada ano a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Cumpra mencionar, ainda, que os fundos especiais estarão sujeitos ao controle dos Tribunais de Contas. Primeiro porque, a rigor, todo o patrimônio contido num fundo especial pertence ao ente que o instituiu, uma vez que não há separação patrimonial, nem personalidade jurídica distinta. Isso incluiria os fundos especiais, sem margem de dúvida, no conceito apresentado pelo art. 70, parágrafo único, da CF. Segundo porque, ainda que estivessem presentes essas características – o que, a nosso ver, descaracterizaria o fundo especial –, o controle externo seria cabível, pelas mesmas razões apontadas para o controle de fundos garantidores e empresas estatais com esta finalidade.³⁰⁴

Por fim, vale ressaltar que a alegação de inconstitucionalidade a respeito da criação de fundos especiais em face da ausência da lei complementar mencionada no art. 165, § 9º, da CF será refutada nos comentários sobre a criação de fundos garantidores, eis que, se prosperar tal alegação, tanto fundos especiais quanto garantidores estarão eivados de inconstitucionalidade sob o mesmo argumento.

VIII.3.4 – Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras

Essa forma de garantia permite, em tese, eliminar qualquer dos riscos de natureza política que apontamos acima, no item VIII. Diz-se “em tese” pois será sempre importante verificar as condições e os eventos que permitam acionar o seguro-garantia.

No mercado, os contratos de seguro-garantia costumam permitir uma fácil e rápida execução da garantia, bastando, por vezes, seu mero acionamento pela pessoa garantida. Eventuais abusos são controlados *a posteriori*, não ficando a execução da garantia sujeita a qualquer obstáculo por parte do devedor.

Se, de um lado, é natural que os parceiros privados se sintam confortáveis com a outorga de seguro-garantia nos termos acima narrados, de outro, para o Poder Público pode não ser o mais conveniente.

Parece não haver no mercado seguradoras dispostas a assumir o risco de não-pagamento de contraprestações públicas em contratos que podem chegar a 35 anos. Por certo, se houver, é provável que exijam um prêmio de risco excessivamente elevado, o que acabaria por inviabilizar sua utilização prática, ao menos enquanto a percepção de risco do Governo brasileiro se mantiver elevada nesse particular.

Pensamos que essa modalidade de garantia deva se restringir, assim, nesse primeiro momento, àquelas parcerias em que (i) a contraprestação pública constitua parcela pouco significativa, de maneira que o risco a ser segurado seja de pequeno montante, ou (ii) o prazo do seguro-garantia seja diminuto, o que também permitiria minimizar grandemente o risco.

³⁰⁴. Sobre essas razões, remetemos o leitor aos comentários ao inciso V deste art. 8º.

O processo de escolha da modalidade de garantia deverá levar em conta sempre a relação entre custo e benefício. Ou seja, é preciso considerar o custo da garantia escolhida e seu benefício (minimização de risco).

Por derradeiro, é preciso lembrar que o dispositivo em exame exige que a companhia seguradora não seja controlada pelo Poder Público. Parece-nos aplicável ao caso o conceito de “controle” previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 116 da Lei 6.404/1976), mais amplo que a simples e vulgar noção de “maioria” das ações ordinárias.

VIII.3.5 – *Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras*

A definição de “instituição financeira” encontra-se no art. 17 da Lei 4.595/1964, que estabelece: “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

É preciso advertir, assim, que as companhias seguradoras, embora também se submetam à disciplina da Lei 4.595/1964, por força de seu art. 18, § 1º,³⁰⁵ não constituem espécie de instituição financeira, eis que não têm como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. Não há, pois, que se alegar a inutilidade do inciso III, sob a afirmação equivocada de que estaria contido no inciso IV.

O dispositivo em comento exige, de forma análoga ao inciso III, que a instituição financeira não seja controlada pelo Poder Público. Novamente parece-nos aplicável o conceito de “controle” previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 116 da Lei 6.404/1976).

Além disso, prevê a possibilidade de prestação de garantia por organismo internacional. Incluem-se nesse conceito organismos tanto multilaterais quanto singulares.³⁰⁶

Tem sido relativamente comum o desenvolvimento por organismos multilaterais, nos moldes do Banco Mundial, BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento e CAF – *Corporación Andina de Fomento*, de produtos para prover aos governos soberanos uma espécie de *credit enhancement* (“melhoria do nível de crédito”) quando tais governos se envolvem em operações de PPP, nas quais assumem compromissos de pagamento de longo prazo a entes privados.³⁰⁷⁻³⁰⁸ Essa melhoria do nível de crédito é feita da seguinte forma: o órgão multilateral, que, geralmente, tem *rating* máximo de crédito, provê a garantia ao parceiro privado em relação aos pagamentos públicos e recebe, como contragarantia dos entes públicos, aval soberano.

Uma possível vantagem na utilização dessa estrutura está no fato de o mercado privado aparentemente preferir uma garantia prestada por organismo multilateral a uma garantia prestada por fundo administrado por uma instituição

³⁰⁵. “§ 1º. Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta Lei, no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.”

³⁰⁶. Já existem disponíveis no mercado garantias/seguros contra risco político que podem ser contratadas por entes privados credores do Poder Público. No provimento desse tipo de garantia/seguro destaca-se a atuação do *Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA*, braço do Grupo Banco Mundial. Para maiores informações, v. o sítio eletrônico <http://www.miga.org>. Coisa um tanto diversa é a montagem pelo Poder Público de sistema de garantia contra o seu risco de inadimplência.

³⁰⁷. Cf. o caso dos Corredores Viários Interoceânicos, que envolve a realização de uma espécie de concessão administrativa de 2.600km de rodovias, divididos em 5 trechos, que ligam o Peru ao Brasil, no qual a CAF – *Corporación Andina de Fomento*, desenvolveu mecanismo pelo qual provê garantia de pagamento ao parceiro privado e recebe contragarantia soberana do Governo do Peru. Somos gratos a Moira Paz Estenssoro, representante da CAF no Brasil, pelas informações e discussões sobre esse assunto. No caso do Peru, esse sistema é especialmente importante, considerando-se as dúvidas que alguns ainda acham pairar sobre a independência do Judiciário e dos agentes reguladores. Sobre isso, focado na desestatização do saneamento da cidade de Lima, cf. Lorena Alcázar, Lixin Colin Xu e Ana Maria Zuluaga, “Institutions, politics, and contracts: the attempt to privatize the water and sanitation utility of Lima, Peru”, *World Bank Policy Research Working Paper 2.478*.

³⁰⁸. O Banco Mundial chegou a discutir com o Governo brasileiro a possibilidade de desenvolver uma *backstop facility* ao FGP – Fundo Garantidor de PPP para prover garantia de pagamento aos parceiros privados diretamente, recebendo como contragarantia ativos do FGP ou aval soberano. Os esforços nesse sentido foram capitaneados por Ellis J. Juan, *Manager of the Infrastructure Economics & Finance Department*. O Governo, entretanto, preferiu adiar a discussão para momento posterior à contratação dos primeiros projetos federais de PPP, nos quais pretende utilizar o FGP como principal instrumento para provimento de garantias aos parceiros privados.

financeira controlada pela União.

Se, por um lado, esse maior conforto ao setor privado pode estimular sua participação nos investimentos por meio de PPP – incentiva especialmente a participação de entrantes que atuam no mercado internacional –, por outro, imputa um custo adicional na implementação de cada projeto, pois provavelmente o organismo multilateral envolvido cobrará alguma taxa para assumir a diferença entre o risco soberano e o seu risco de crédito. No que concerne a esse assunto, o importante é sopesar em que medida a queda do preço cobrado pelo parceiro privado por conta do *credit enhancement* obtido por meio da contratação do organismo multilateral em relação à classificação ordinária do crédito do governo supera o custo cobrado pelo organismo multilateral para provimento da garantia. Se a redução na contraprestação superar o custo da garantia emitida pelo organismo multilateral, não há razão para não contratá-la.³⁰⁹

VIII.3.6 – Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal

Tanto a criação de fundo quanto a de empresa estatal dependem de lei específica. As sociedades de economia mista, por força do art. 37, XIX, da CF, do art. 5º, III, do Decreto-lei 200/1967 e do art. 236 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações). As empresas públicas, em decorrência também do art. 37, XIX, da CF e do art. 5º, III, do Decreto-lei 200/1967. Nesses casos, os dispositivos legais são expressos quanto à exigência de lei específica, com exceção do art. 236 da Lei das Sociedades por Ações, que se refere à prévia autorização legislativa.³¹⁰

Em relação aos fundos a Constituição Federal estabelece a vedação da instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX). Especificamente em relação aos fundos especiais, a Lei 4.320/1964 exigiu lei – o que se pode facilmente inferir da análise dos arts. 71 a 74.

Pode-se afirmar, assim, que a criação de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundo especial depende de lei. A criação de outros fundos depende de autorização legislativa, que pode, em tese, ser concedida tanto por lei quanto por decreto legislativo. Todavia, até por força dos questionamentos que se têm levantado a respeito dos fundos garantidores, recomenda-se seja obtida a autorização para sua criação por meio de lei.

Cada fundo garantidor ou empresa estatal com essa finalidade poderá ter um funcionamento diferenciado, de acordo com a lei de sua instituição. No caso do Governo Federal, a própria Lei 11.079/2004 autorizou a criação do FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, tratando especificamente desse assunto nos arts. 16 a 21. O Estado de São Paulo, a seu turno, por meio da Lei estadual 11.688/2004, criou a CPP – Cia. Paulista de Parcerias, que, entre outras funções, também pode prestar garantias reais, fidejussórias e contratar seguros (art. 15, VI).

Já o Estado de Minas Gerais criou o Fundo de Parcerias Público-Privadas (Lei estadual 14.869/2003), que também pode prestar garantias (art. 5º). Todavia, importa mencionar que a Lei 14.869/2003, em seu art. 1º, afirma que o fundo mineiro é entidade contábil sem personalidade jurídica – o que poderá levantar dúvidas quanto à constitucionalidade de execução de bens nele alocados, uma vez que, como não há separação patrimonial, continuam a ser de propriedade do Estado de Minas Gerais, sujeitando-se, pois, em tese, à regra de pagamento de precatórios no caso de sentença judicial condenatória.³¹¹

Além disso, no Estado de Minas Gerais é possível a participação de uma empresa estatal, a CODEMIG – Cia. de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais, como contratante e provedora de ativos destinados a garantir o pagamento do parceiro privado. Todavia, cumpre notar que não há na Lei estadual 14.892/2003, que trata do objeto da CODEMIG, referência expressa nesse sentido. A nosso ver, porém, não há, nisso, obstáculo intransponível. Como empresa estatal,³¹² a CODEMIG poderá contratar PPPs e oferecer garantias para os contratos em que seja parte, os

³⁰⁹. Em programa de PPP incipiente, como é o caso do brasileiro, uma outra justificativa para não se realizar a contratação de contragarantia em relação aos primeiros projetos seria o interesse do Governo de, antes de realizar qualquer *credit enhancement*, verificar quais serão o exato funcionamento e o *credit rating* (classificação do crédito) do próprio FGP. A contratação de organismo multilateral para prover o crédito antes do funcionamento regular do FGP levaria à criação de uma pressão do mercado para que todas as PPPs fossem feitas com garantias de organismos multilaterais. Por isso, talvez seja prudente esperar, para verificar qual o exato valor que o mercado dará às garantias ofertadas pelo FGP.

³¹⁰. A “autorização legislativa” constitui conceito mais amplo que o de “lei específica” e engloba outros tipos de atos normativos, como o decreto legislativo.

³¹¹. Diz o art. 100 da CF: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

³¹². Além dos entes federativos, podem celebrar contratos de PPP autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (v. art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.079/2004).

quais poderão ter como objeto qualquer projeto, obra, serviço ou empreendimento que atenda ao objetivo de desenvolvimento do Estado (art. 2º, I).

Antes de encerrar o comentário ao dispositivo em exame, é preciso enfrentar a alegação de inconstitucionalidade de fundos garantidores em geral. Ao lado disso, importa notar que, até o momento, têm havido poucos questionamentos³¹³ a respeito da constitucionalidade de empresas estatais com a finalidade de prestar garantias em contratos de PPP, pois se tem entendido que, em razão de terem personalidade jurídica de natureza privada, seja de empresa pública³¹⁴ ou sociedade de economia mista,³¹⁵ seu patrimônio é alienável e penhorável, podendo ser oferecido em garantia. Além disso, também pela mesma razão, não estão sujeitas ao regime de precatórios. Como se verá a seguir, a questão da constitucionalidade de fundos garantidores e empresas estatais com idêntica finalidade está mal-colocada.

A criação de fundos garantidores teve sua constitucionalidade questionada por doutrinadores,³¹⁶ sobretudo com dois argumentos mais relevantes:³¹⁷ (i) limitação constitucional da criação de novos fundos a prévia disciplina por lei complementar das condições para sua instituição e funcionamento, com base no art. 165, § 9º, II, da CF;³¹⁸ e (ii) afronta ao regime dos precatórios previsto no art. 100 da CF.³¹⁹

Em relação ao primeiro argumento, vale apontar que a mesma lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF

³¹³. Dos trabalhos analisados, vale mencionar o do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme segue: “122. É, outrossim, inadmissível a criação de empresa estatal garantidora de obrigações oriundas de PPPs. Não apenas porque isto seria um evidente desnaturamento da índole de tais entidades – concebidas que são para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos, e não para servir de garantes a créditos de terceiros –, mas porque instituí-las com este objetivo seria buscar por vias transversas os mesmos fins que os fundos não podem atingir, pena de ofenderem à generala o disposto na Constituição. Isto é: estariam, também, a produzir burla ao sistema de satisfação de créditos insolutos contra o Poder Público, estabelecido no art. 100, e a incidir na violação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas” (*Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., p. 750).

³¹⁴. Conforme o inciso II do art. 5º do Decreto-lei 200/1967, com redação dada pelo Decreto-lei 900/1969, considera-se *empresa pública* “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito”. O *caput* do art. 5º refere-se a “para os fins desta Lei” – o que poderia indicar não se tratar de uma definição jurídica do termo com aplicação geral, mas apenas com efeito específico no âmbito do Decreto-lei 200/1967. Todavia, tem-se comumente utilizado essa definição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na interpretação de outros textos normativos.

³¹⁵. Conforme o inciso III do art. 5º do Decreto-lei 200/1967, com redação dada pelo Decreto-lei 900/1969, considera-se *sociedade de economia mista* “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta”. É preciso lembrar uma vez mais que o *caput* do art. 5º se refere a “para os fins desta Lei” – o que poderia indicar não se tratar de uma definição jurídica do termo com aplicação geral, mas apenas com efeito específico no âmbito do Decreto-lei 200/1967. Todavia, tem-se comumente utilizado essa definição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na interpretação de outros textos normativos.

³¹⁶. Nesse sentido, por exemplo, o parecer formal emitido no âmbito da Comissão de Precatórios da OAB – Seção de São Paulo, da lavra do advogado Kiyoshi Harada, em 18.1.2005.

³¹⁷. Também já se disse que seria necessário lei complementar, por força do art. 163, III, da CF. Sobre essa questão remetemos o leitor ao item VIII.1 destes “Comentários”.

³¹⁸. Consoante o art. 165, § 9º, da CF de 1988: “Cabe à lei complementar: I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual; II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

³¹⁹. Além dessas alegações de inconstitucionalidade, há, ainda, uma suposta afronta ao art. 40, § 6º, da Lei Complementar 101, de 4.5.2000, a conhecida LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse dispositivo veda às entidades da Administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos. Diante disso, tem-se questionado se fundos ou empresas estatais garantidoras poderiam prestar garantias. A alegação de afronta à LRF desconsidera o fato de as PPPs, em princípio, não constituírem operações de crédito, como apontamos no item XXV.2.1 destes “Comentários”. O § 6º tem que ser lido no contexto do art. 40, que se refere a “operações de crédito internas ou externas”, e, portanto, não se aplica aos casos de garantias prestadas para contratos de PPP. Além disso, ainda que a PPP pudesse vir a ser classificada como operação de crédito, é preciso verificar a teleologia do dispositivo. Claramente, ele está associado à possibilidade – sobretudo, da União – de um ente federativo se endividar por meio da concessão de garantias pelas suas estatais. Trata-se, pois, o § 6º, de uma forma de evitar que os limites à concessão de garantias pelos entes federativos possam ser burlados por meio das estatais. Se, todavia, os fundos e empresas estatais garantidoras separarem recursos específicos para lastrear as garantias, não haverá risco de endividamento do ente federativo em função da garantia prestada. Esse é o caso do FGP do Governo Federal. Sempre que ocorrer essa segregação de ativos para lastrear as garantias, portanto, não haverá possibilidade de aumento do endividamento do ente federativo e, dessa forma, também não há razoabilidade em negar a fundos e empresas estatais garantidoras a possibilidade jurídica de prestar garantias em PPP.

também deverá tratar da elaboração e da organização do PPA – Plano Plurianual, da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA – Lei Orçamentária Anual. Todavia, embora não exista essa lei complementar, nunca ninguém ousou dizer que seriam inconstitucionais a elaboração da LDO ou a elaboração do PPA. E nem se diga que a Lei 4.320/1964 vale por essa lei complementar, visto que, embora tenha sido recebida com natureza de lei complementar, a Lei 4.320/1964 não trata de LDO ou de PPA, mas apenas da elaboração da LOA.

Aliás, a rigor, o que está vedado é a instituição de fundo sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX), e não a instituição de fundo sem que tenha sido editada lei complementar com as condições para sua instituição e funcionamento. É preciso lembrar que diversos outros fundos foram criados na vigência da Constituição Federal de 1988 sem que qualquer deles tenha sido declarado inconstitucional por ausência da lei complementar aludida.

Sem pretender sermos exaustivos, seguem alguns exemplos: Fundo de Promoção do Esporte Amador (Lei 7.752/1989); Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7.797/1989); Fundo Nacional de Desestatização (Leis 8.031/1990 e 9.491/1997); Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (Leis 8.069/1990 e 8.242/1991); Fundo de Custeio de Programas de Habitação Popular (Lei Complementar 77/1993); Fundo Penitenciário Nacional (Lei Complementar 79/1994); Fundo de Amortização da Dívida Pública (Lei 9.069/1995); Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Lei 9.424/1996); Fundo Nacional de Segurança e Educação do Trânsito (Lei 9.503/1997); Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade (Lei 9.531/1997); Fundo de Aparelhamento e Operacionalização das Atividades-Fim da Polícia Federal (Lei Complementar 89/1997); Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra (Lei Complementar 93/1998); Fundo de Garantia à Exportação (Lei 9.818/1999); Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda (Lei 9.872/1999); Fundo do Regime Geral da Previdência Social (Lei Complementar 101/2000); FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação (Lei 9.998/2000); Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Lei 10.052/2000); Fundo Nacional de Segurança Pública (Lei 10.201/2001); Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Lei 10.260/2001); Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (Medida Provisória 2.157/2001); Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (Medida Provisória 2.156/2001); e Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (previsto pela Emenda Constitucional 45/2004;³²⁰ o PL 6.541/2006 encontra-se em trâmite no Congresso Nacional).

Além disso, não se pode olvidar que o art. 165 abre uma seção da Constituição que trata de orçamento.³²¹ Uma leitura contextualizada do art. 165 permite afirmar que os fundos referidos no seu § 9º – e, ao que nos parece, também os do art. 167 – são aqueles utilizados na execução orçamentária, isto é, em especial, os fundos especiais de que trata a Lei 4.320/1964, supostamente recepcionada pela Constituição de 1988 na condição de lei complementar. Fundos garantidores não têm relação com planejamento ou execução orçamentária – e, portanto, a rigor, a eles não se devem aplicar essas restrições. Isso porque não cabe aos fundos garantidores pagar a contraprestação pública ordinariamente. Só o farão em caso de inadimplemento do parceiro público; e, nesse caso, haverá sub-rogação³²² nos direitos do parceiro privado, devendo o fundo garantidor buscar ressarcimento junto ao parceiro público inadimplente. Aliás, é justamente essa característica da sub-rogação que impede seja qualquer fundo garantidor visto como uma fonte pagadora ordinária de contraprestação pública. Nisso, difere em muito de um fundo especial, no qual o pagamento não cria qualquer direito de ressarcimento contra o parceiro público, eis que a obrigação do fundo especial é justamente adimplir em primeira mão a contraprestação pública.

Quanto ao segundo argumento – de afronta ao regime dos precatórios –, vale notar que sua força depende das características do fundo. Como é cediço, sujeitam-se ao regime de precatórios apenas as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, consoante disposto no art. 100 da CF. Portanto, sempre que se tratar de uma entidade jurídica distinta dos entes federativos não haverá sujeição ao regime de precatórios. Por isso, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não se submetem a esse regime. Da mesma forma, os fundos garantidores que forem pessoas jurídicas de direito privado não estarão sujeitos ao regime de precatórios.

Nada há na legislação brasileira que impeça fundos de terem personalidade jurídica, embora se reconheça que a tradição é sua constituição sob a forma de condomínio (especialmente os fundos de investimento). Se a opção fosse por

³²⁰. Emenda Constitucional 45/2004: “Art. 3º. A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”.

³²¹. O art. 165 abre a “Seção II – Dos Orçamentos” do “Capítulo II – Das Finanças Públicas” do “Título VI – Da Tributação e do Orçamento” da Constituição Federal.

³²². Como costuma acontecer nesse tipo de relação, uma vez que o garantidor tenha honrado a garantia, voltar-se-á contra o devedor que deu causa ao exercício da garantia, com vistas a obter o ressarcimento. Pense-se, por exemplo, na fiança: no momento em que o fiador paga ao locador algum débito do locatário, terá surgido para ele o direito de ressarcimento contra o locatário.

condomínio, todavia, o patrimônio do fundo, na proporção das quotas, faria parte do próprio patrimônio do ente federativo cotista. Assim, a execução do patrimônio do fundo significaria execução do próprio patrimônio do ente federativo cotista, o que não se admite no direito administrativo brasileiro, em face dos princípios de inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos.

Dispondo de personalidade jurídica própria, no entanto, o fundo garantidor se comportará como uma empresa pública ou sociedade de economia mista, que pode oferecer garantias com lastro no seu patrimônio próprio. Poderá ocorrer execução contra esses bens na forma do direito privado, sem qualquer referência ao regime dos precatórios. Por essa razão, parece-nos que a utilização de fundos garantidores com personalidade jurídica de direito privado ou de empresas estatais com essa finalidade constitui melhor opção em termos de garantia da contraprestação pública se comparada à vinculação de receitas ou fundos especiais. Isso pelo fato de que nessas últimas duas modalidades, em caso de condenação judicial do ente federativo contratante, não será impossível evitar a fila dos precatórios, por não se admitir a penhora de bens públicos.

Cabe, ainda, outra observação. Não é necessário – embora seja conveniente, com o escopo de evitar questionamentos – que a lei instituidora do fundo garantidor expressamente lhe atribua personalidade jurídica de direito privado. O importante é que as características principais que decorrem da personalidade estejam presentes – quais sejam: separação patrimonial e natureza de sujeito de direitos e obrigações. Se o fundo é capaz de se obrigar e ter direitos em nome próprio e, além disso, dispõe de patrimônio próprio, não se lhe aplicará o regime de precatórios, eis que seus bens não são propriedade de qualquer ente federativo. Assim, como a penhora recairá sobre bens de pessoas distintas dos entes federativos, não há qualquer afronta aos princípios de inalienabilidade ou impenhorabilidade de bens públicos.

Ademais, importa destacar que a alegação de inconstitucionalidade está mal-elaborada. Como se viu, os argumentos de afronta ao regime de precatórios ou de invalidade em face da ausência da lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF não subsistem a uma análise mais detida. A nosso ver, o que se deveria discutir, com propriedade, para efeito de constitucionalidade de fundos garantidores ou empresas estatais com essa finalidade, é sua compatibilidade com o art. 173 da CF.

Ali se estabelece que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. A atividade de oferecimento de garantia é, sem dúvida, uma atividade econômica em sentido estrito. Em regra, pode ser contratada no mercado. São exemplos as diversas instituições financeiras e companhias seguradoras que operam no mercado desde longa data.

Portanto, ao oferecer garantias em contratos de PPP, podendo, inclusive, cobrar por esse serviço, o Estado estará a exercer atividade econômica em sentido estrito. Deve-se perguntar, pois, como condição de sua constitucionalidade, se é necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo que o Estado exerça essa atividade. Ou seria o caso de admitir tão-somente a compra do serviço de garantia oferecido por entidades privadas, como instituições financeiras e companhias seguradoras que já exercem essa atividade, por não haver imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo envolvido?

A nosso ver, trata-se de um caso de relevante interesse nacional. Em face da percepção de risco do Governo brasileiro, não há perspectiva de oferecimento de garantia de pagamento de contraprestação pública por seguradoras ou instituições financeiras tipicamente privadas num preço que não onere em demasiado a Administração Pública. Tanto isso é verdade, que não há notícia de seguros desse tipo no mercado doméstico ou internacional em relação ao Brasil. Tampouco se tem conhecimento de qualquer movimentação no mercado nesse sentido. Apenas órgãos multilaterais – tais como Banco Mundial e seu braço MIGA – parecem se sentir confortáveis em assumir tal risco. Assim, as garantias em contratos administrativos ou em operações de crédito têm sido concedidas, invariavelmente, por organismos multilaterais internacionais ou pelo próprio Tesouro Nacional, especialmente em operações de crédito de Estados e Municípios.³²³

Ao lado disso, é preciso ter clara a situação periclitante pela qual passa a infra-estrutura brasileira. Há grande preocupação com gargalos logísticos para o crescimento, especialmente em relação a estradas, ferrovias, portos e energia. Os investimentos públicos imediatos necessários à revitalização e à ampliação da infra-estrutura existente não podem ser levados a cabo com os parcos recursos disponíveis dos Governos Federal, Estadual ou Municipal. Assim, como investimento público, seria necessário (i) aumentar a carga tributária, (ii) cortar gastos em outras áreas, para aplicação dos recursos na área de infra-estrutura, ou (iii) obter recursos por meio de ampliação do endividamento público. Qualquer uma das três opções é inviável para solucionar o déficit de infra-estrutura brasileira.

³²³. Nos comentários ao *caput* do art. 8º encontram-se alguns dados de 2004 a respeito da concessão de garantias pelo Tesouro Nacional.

Há um consenso generalizado de que o país não suporta mais aumento na carga tributária. Além disso, ampliação do endividamento público é quase impossível, em face das restrições oriundas da responsabilidade fiscal ou de compromisso assumidos com organismos internacionais como o FMI – Fundo Monetário Internacional; poucos são os entes federativos que dispõem dessa capacidade. Por sua vez, o corte de gastos em outras áreas não se configura como alternativa suficiente, especialmente pelo fato de que o volume de investimento em infra-estrutura requerido é demasiado vultoso para ser coberto apenas com corte em despesas de custeio.

Diante dessas circunstâncias, as PPPs foram apresentadas à sociedade brasileira como uma forma de, além de aproveitar a eficiência privada na modelagem de projetos e prestação de serviços de construção, operação e manutenção, alocar recursos privados no desenvolvimento de infra-estrutura pública. Por esse ângulo, as PPPs funcionam como uma espécie de financiamento privado de infra-estrutura pública.

Todavia, por razões da história econômica recente do país, de instabilidade e descumprimento de contratos, de fama de “mal-pagador” do Estado brasileiro, é condição para a implementação de projetos de longo prazo, que se sustentem com fundamento em pagamentos periódicos da Administração Pública, a existência de garantias de adimplemento dessas obrigações.

É pouco crível que parceiros privados estarão dispostos a investir vultosas quantias³²⁴ em infra-estrutura pública sem qualquer garantia de que os pagamentos pela utilização dos serviços prestados serão realizados, especialmente quando consideramos horizontes temporais que podem alcançar 35 anos. Tanto mais verdadeira será a asserção acima quanto mais depender o sucesso do projeto da contraprestação pública. Nos contratos de concessão administrativa, por exemplo, nos quais a remuneração do parceiro privado advirá, sobretudo, das contraprestações públicas, não se cogita de contratos de longo prazo sem garantias firmes de adimplemento pela Administração. A utilização de fundos garantidores ou de empresas estatais com essa finalidade, portanto, apresenta-se como mecanismo imprescindível para a implementação de PPPs no Brasil, ao menos enquanto estivermos suscetíveis à atual percepção de risco.

Há, no entanto, um argumento mais importante para justificar o relevante interesse coletivo na prestação de garantia de contraprestação pública por fundo garantidor ou empresa estatal. Trata-se do fato de que garantias desse tipo, quando buscadas no mercado, apresentam um custo não desprezível. A contratação de seguros com a iniciativa privada ou com organismos multilaterais internacionais é custosa para o Poder Público e, se repassada para o parceiro privado, certamente refletirá no valor da tarifa ou no montante da contraprestação pública exigida.

Os diversos entes federativos têm inúmeros bens – especialmente bens móveis e imóveis não utilizados pela Administração e ações excedentes às necessárias para manutenção do controle societário – que, apesar de comporem o patrimônio público, nenhum benefício direto trazem para a coletividade. Enquanto patrimônio de entes federativos, esses bens não podem ser oferecidos em garantia, em razão dos princípios da inalienabilidade e da impenhorabilidade de bens públicos. Todavia, uma vez transferida a propriedade desses bens para fundo garantidor ou empresa estatal com a mesma finalidade, poder-se-á obter um benefício econômico para toda a coletividade.

Isso porque esses bens, que antes não tinham utilidade imediata, passam a garantir contratos administrativos e permitem a redução do valor de tarifas ou do montante exigido do Poder Público a título de contraprestação.³²⁵ Assegura-se, assim, a utilização econômica desses bens. Os recursos que seriam exigidos como pagamento pelas garantias fornecidas pela iniciativa privada ou pelos organismos internacionais poderão, agora, atender a outras necessidades públicas. Por óbvio, esse ganho é de extrema relevância ao interesse coletivo – o que justifica, por si só, a criação de fundos garantidores ou empresas estatais com essa finalidade.

Em suma, como a implementação de PPPs é de extrema relevância ao interesse coletivo e apenas se viabiliza economicamente, no presente cenário político do país, mediante o oferecimento de garantia, e, além disso, tendo em vista que a utilização de fundos garantidores ou de empresas estatais com essa finalidade permite dar utilidade econômica a bens que atualmente não contribuem diretamente para a consecução de interesses públicos, parece-nos constitucionalmente aceitável o desempenho pelo Estado brasileiro de atividade securitária de contraprestações públicas em contratos de PPP por meio dos instrumentos ora analisados.³²⁶

³²⁴. Conforme o disposto no art. 1º, § 4º, I, o investimento mínimo inicial é de R\$ 20 milhões. Para a discussão acerca desse montante, especialmente sobre a questão sobre se se trata de investimento mínimo ou de valor do contrato, verificar o comentário específico do respectivo dispositivo.

³²⁵. Como já observado anteriormente, o repasse dessa redução de custos à sociedade depende de um procedimento licitatório competitivo, que permita ao Poder Público captar o ganho por meio do recebimento de melhores propostas dos licitantes. Obviamente, se não houver competição, não existirá incentivo suficiente para que o licitante melhore sua proposta em face da garantia ofertada.

³²⁶. É importante notar que uma das dificuldades para a contratação pela Administração Pública de seguros privados para contraprestação pública é o assim chamado, na teoria econômica, *moral hazard* (que, literalmente, seria traduzido como “perigo moral”) envolvido na relação entre a

Por derradeiro, cumpre apontar que, ante a jurisprudência, tanto fundos garantidores quanto empresas estatais com essa finalidade estão sujeitos ao controle dos Tribunais de Contas. Manifestou-se em 2005 o STF, ao julgar os MS 25.092 e 25.181, pela competência do TCU para fiscalizar as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Da mesma forma, a nosso ver, estarão sujeitos os fundos, sejam especiais ou garantidores.

Vale notar que, em 2002, o STF havia decidido o oposto, no julgamento dos MS 23.875 e 23.627, declarando que o TCU não tinha competência para fiscalizar as sociedades de economia mista e as empresas públicas e nem para julgar as contas de seus administradores.

Todavia, na sessão de 10.11.2005, em votação unânime, foram indeferidos os MS 25.092 e 25.181, tendo-se declarado expressamente que os precedentes dos MS 23.875 e 23.627 deviam ser revistos. Reconheceu-se, ainda, a competência do TCU para a fiscalização das estatais e para o julgamento das contas de seus administradores.

VIII.3.7 – *Outros mecanismos admitidos em lei para outorga de garantias*

A intenção do dispositivo é clara. Pretende estender, o quanto possível, as opções para a obtenção de garantia de contraprestação pública em contratos de PPP. Bastará haver previsão em lei.

Vale relembra, ainda, que nem sempre será necessário lei. Há hipóteses de prestação de garantias que, mesmo não admitidas expressamente em lei, poderão existir validamente. A prestação de garantias por companhias seguradoras, instituições financeiras e organismos multilaterais, por exemplo, independe de lei. Ainda que não existisse o art. 8º, que menciona expressamente esses casos, seria possível a obtenção de garantias para contraprestações públicas por meio desses mecanismos.

A rigor, o parceiro privado poderá, privadamente, negociar uma garantia com seguradoras, instituições financeiras e organismos multilaterais, sem qualquer interferência do Poder Público.³²⁷ Se a garantia for exercida, então, o segurador se sub-rogará nos direitos do parceiro privado, podendo voltar-se contra o parceiro público para discutir eventual direito ao ressarcimento.

Além disso, seria possível também que o contrato de garantia fosse celebrado entre Poder Público e ente garantidor, sendo o parceiro privado apenas seu beneficiário. Nesse caso, ao invés de um contrato privado, estaríamos frente a um contrato administrativo, semelhante aos demais contratos celebrados pela Administração Pública. Bastará que se demonstre o interesse público na contratação e, se necessária, que exista a previsão orçamentária para a respectiva despesa, para que se permita ao Poder Público contratar garantia diretamente.

Assim como nas hipóteses de organismos multilaterais, seguradoras e instituições financeiras, outras estruturas de garantia que independam de lei poderão ser regularmente utilizadas. Nesse sentido o exemplo anteriormente sugerido, de um país estrangeiro que, como estímulo a exportação de serviços, fornecesse ao parceiro privado de sua nacionalidade garantia a contraprestações públicas de Governos brasileiros. Por certo, não seria necessária expressa admissão legal dessa estrutura de garantia para que pudesse ser utilizada em contratos de PPP, eis que o Poder Público brasileiro nem sequer participa da relação jurídica criada pela prestação da garantia.

Além disso, cumpre notar a ausência de qualquer impedimento para que, no âmbito de um mesmo projeto de PPP, seja estruturada mais de uma forma de garantia. Assim, por exemplo, imagine-se a possibilidade de contratação de seguro perante organismo multilateral, que se compromete a honrar as contraprestações públicas em caso de inadimplemento. Poderia esse organismo multilateral receber, como incentivo para diminuir o custo a ser cobrado pelo

Administração Pública, seu garantidor e o parceiro privado. A idéia de *moral hazard* foi desenvolvida na teoria econômica a partir da análise de mercados de seguros para se referir à possibilidade de modificação do comportamento de um agente por consequência de contratação de cobertura contra dados riscos. No caso em tela, menciona-se a expressão *moral hazard* para se referir à possibilidade de a Administração Pública, uma vez contratado o seguro de pagamento da contraprestação – que, em princípio, a imunizaria das conseqüências mais imediatas de parar de pagar as contraprestações –, deixar, por exemplo, por desídia, de pagar as contraprestações. No mercado de seguros com estrutura semelhante, o modo de evitar esse tipo de ocorrência é a outorga, pelo ente contratante, do seguro (neste caso, a Administração Pública) de contragarantias à seguradora. No caso da Administração Pública brasileira, em vista do regime dos bens públicos, tal só seria possível por meio do FGP. Dada essa situação, o mais provável é que, pelo menos pelos próximos anos, seguros de pagamento da contraprestação pública sejam realizados geralmente por órgãos multilaterais, que certamente exigirão, para tanto, aval soberano como contragarantia. Como os órgãos multilaterais gozam de prioridade entre os credores dos países que deles participam, a emissão de aval soberano pelo Brasil certamente será considerada suficiente pelos órgãos multilaterais para a outorga de garantia de pagamento de contraprestação pública. Note-se que mesmo os países que decretaram moratória – como, mais recentemente, a Argentina – não deixaram de cumprir seus compromissos com os órgãos multilaterais dos quais fazem parte.

³²⁷. Embora seja juridicamente possível estruturar a garantia sem qualquer participação do Poder Público, é provável que o ente garantidor exija, de alguma forma, um compromisso da Administração de ressarcir-lo no caso de a garantia ser exercida, sobretudo que evite o pagamento por meio de precatórios.

seguro, uma contragarantia de um fundo garantidor ou de empresa estatal com a mesma finalidade.

Essa estrutura de garantia, aliás, tem sido desejada por muitos parceiros privados, eis que lhes permite trocar integralmente o risco político de não-recebimento das contraprestações públicas pelo risco de o organismo multilateral não honrar a garantia prestada – o que se considera quase inexistente.

Capítulo IV

Da Sociedade de Propósito Específico

Art. 9º. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º. A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º. A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º. A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º. Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º. A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

IX – A SPE nas PPPs: IX.1 – Transferência de controle da SPE. IX.2 – A forma da SPE. IX.3 – A obediência pela SPE a padrões de governança corporativa. IX.4 – A vedação de a Administração ser titular da maioria do capital votante da SPE. IX.5 – Assunção de controle por instituição financeira pública.

IX – A SPE nas PPPs

A Lei de PPP inova, nesse aspecto, em relação ao marco legal das concessões comuns. Embora os editais relativos às concessões comuns já viessem exigindo a constituição de SPE como condição para a celebração do contrato de concessão comum, tratava-se de uma opção para Administração, que podia incluir ou não a obrigação no edital. Para PPPs, no entanto, a constituição de SPE, antes da celebração do contrato, é uma obrigação, independentemente do disposto no edital.

Os objetivos principais de se exigir a constituição de uma SPE são a segregação de riscos e a ampliação da transparência da gestão. Uma mesma empresa atua, não raramente, em mais de um setor da economia. E, num mesmo setor, é provável que esteja à frente de negócios bastante diferentes entre si. Há um risco sério de governança. Isso porque riscos de negócios distintos da concessão poderiam vir a contaminá-la.

Imagine-se, por exemplo, uma empreiteira que tenha diversos contratos de obra em andamento e um de concessão. A falta de pagamentos nos contratos de obra poderia afetar a prestação dos serviços concedidos e a capacidade de realização dos investimentos, na medida em que o caixa e a contabilidade não fossem específicos para cada negócio. Suponha-se, ao lado disso, que ações judiciais movidas contra a empreiteira sejam julgadas procedentes, com a condenação no pagamento de valores vultosos. Seria tentador ao parceiro privado utilizar recursos antes previstos para investimentos na concessão, para o cumprimento da decisão judicial.

Também sob o ângulo do parceiro privado, quanto à gestão de riscos, a constituição de uma SPE apresenta-se conveniente. Muitas vezes o licitante vencedor é um consórcio, constituído de diversas empresas. A SPE permite organizar os interesses dos sócios e, ainda mais importante, torna sua responsabilidade limitada ao capital subscrito. Os demais negócios dos controladores da SPE não são afetados, em tese, pelos resultados da concessão. Diz-se “em tese” porque muitas vezes os financiadores e o próprio Poder Público exigem que os controladores se comprometam juntamente com a SPE, evitando que a responsabilidade permaneça limitada.

Em todo caso, cumpre ressaltar a maior transparência de gestão viabilizada por meio da utilização de SPEs. A publicação de balanços específicos e a gestão separada dos demais negócios dos controladores permitem ao Poder Público, aos financiadores e à sociedade em geral visualizar com muito mais facilidade as condições econômico-financeiras da concessionária ao longo de toda a duração do contrato. A capacidade de fiscalização é, assim, bastante

superior.

Com a constituição de uma SPE é mais simples verificar a origem dos recursos e saber se são suficientes para a realização dos investimentos previstos. Ademais, na ausência de uma SPE seria muito mais complexo – para não dizer, mesmo, impossível – o cumprimento de algumas regras da Lei de PPP, como os limites de financiamento do art. 27 ou o mandamento de repartição dos ganhos com a redução do risco de crédito.

Imagine-se, numa hipótese em que a concessão estivesse misturada com outros negócios, como seria verificado se o negócio da concessão teve, ou não, mais que 70% de seu financiamento realizados por empresas públicas ou sociedades de economia mista.³²⁸ E como saber se a redução do risco de crédito se deveu ao projeto em si, ou a características absolutamente exógenas à concessão?³²⁹

Se considerarmos que a modalidade de financiamento adotada seja o *project finance*, com mais razão será necessária a constituição de uma SPE. Por natureza, o financiamento nessa modalidade leva em conta os riscos inerentes ao projeto, que devem ser considerados distintos dos riscos dos controladores da SPE. Como, em regra, a principal garantia dos financiadores é a vinculação das receitas operacionais futuras, os financiadores têm forte interesse em evitar qualquer insucesso na concessão. Nesse sentido, o instrumento da SPE constitui uma excelente ferramenta para assegurar que o projeto seja afetado apenas pelos riscos que lhe são próprios, sem contaminação por outros riscos suportados pelos controladores.

IX.1 – Transferência de controle da SPE

O § 1º do art. 9º está em plena harmonia com o já estabelecido na Lei 8.987/1995. A consequência da transferência do controle sem a autorização do Poder Público é clara: caducidade da concessão. Vale notar que essa transferência de controle não equivale à referida no art. 5º, § 2º, da Lei de PPP, a que podemos chamar de direito de assunção de controle do financiador (*step-in right*). Nessa última hipótese afasta-se expressamente a aplicabilidade do parágrafo único (atualmente reenumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27.

Além disso, no art. 5º, § 2º, da Lei de PPP não existe qualquer discricionariedade da Administração, eis que, conforme a redação do dispositivo, presentes os requisitos, o Poder Público *autorizará* a assunção do controle pelo financiador. Portanto, há, aí, verdadeiro direito subjetivo do financiador, uma vez que se configure a hipótese de incidência do direito de assunção de controle.³³⁰

Já na hipótese do inciso em comento, assim como no art. 27 da Lei de Concessões, há margem para se defender a discricionariedade da Administração, que poderá autorizar ou não a transferência de controle, conforme entenda conveniente e oportuno e não ofenda o interesse público. Todavia, como é cediço, cada vez mais o direito administrativo tende a restringir o rol de atos considerados discricionários, com o intuito de evitar eventuais abusos da Administração. Assim, temos para nós que a natureza da autorização – se ato vinculado ou discricionário – dependerá, sobretudo, dos termos do edital e do contrato. Deverá haver nesses documentos a clareza que falta na lei. Não há nisso uma crítica velada à redação do dispositivo legal; ao contrário, o que se pretende dizer é que o legislador deixou para cada caso concreto a definição dessa opção, a qual, a rigor, continua a ser uma opção do Poder Público, pois é ele quem define os termos do edital e do contrato.

Em suma, enquanto no caso do art. 5º, § 2º, o ato é vinculado por expressa disposição legal, ao se utilizar a fórmula “autorizará”, e não “poderá autorizar”, sendo vedado ao edital e ao contrato dispor de forma distinta, nas hipóteses do presente parágrafo e do art. 27 da Lei de Concessões a definição da natureza da autorização deverá ser buscada nos textos do edital e do contrato.

Porém, o que chama mais a atenção e que, por sua vez, tem suscitado maiores dúvidas é o motivo pelo qual na transferência de controle ao financiador se teria afastado a aplicabilidade do parágrafo único (atualmente reenumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 no caso do art. 5º, § 2º, da Lei de PPP, enquanto na hipótese do presente § 1º do art. 9º da Lei de PPP ocorre o oposto.

Parece-nos que, na realidade, simplesmente não se quis discrepar do já disposto na Lei 8.987/1995. É fato que, na assunção de controle pelo financiador, a transferência do controle é passageira, enquanto o § 1º do art. 9º da Lei de PPP

³²⁸. Para cumprimento dos limites previstos no art. 27 da Lei de PPP.

³²⁹. Para cumprimento da disposição constante do art. 5º, IX, da Lei de PPP.

³³⁰. Como já ressaltado por ocasião dos comentários ao art. 5º, § 2º, a afirmação de que se trata de direito subjetivo do financiador em nada evita os direitos da Administração Pública de intervir ou, mesmo, de determinar a extinção da concessão.

trata da transferência definitiva. Porém, o fato de ser passageira em nada altera o comprometimento com o interesse público em assegurar uma adequada prestação do serviço. Se o afastamento da aplicabilidade do parágrafo único (atualmente renumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 pudesse colocar em risco a adequada prestação do serviço, então, seria imoral e, mais que isso, inconstitucional, eis que não se admite à Administração transigir com o interesse público na prestação eficiente de um serviço público.

Todavia, como se procurou demonstrar nos comentários ao art. 5º, § 2º, da Lei de PPP, a transferência de controle da SPE não coloca em risco a prestação do serviço, sobretudo porque a capacidade técnica e operacional assim como os recursos financeiros suficientes para a realização dos investimentos necessários devem estar presentes na SPE. Se tal não for o caso, terão que ser obtidos necessariamente mediante subcontratação e/ou assunção de compromissos pelos novos controladores (os financiadores), como condição para a transferência.

O teor do parágrafo único (atualmente renumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 deixa claro que reflete a prestação do serviço pela licitante vencedora sem que se tenha constituído qualquer SPE, pois sua presunção é que a capacidade técnico-operacional e financeira é dos controladores, e não da concessionária. Considera que a concessionária é uma empresa apenas formal, sendo que todo o acervo de pessoal, técnico-operacional e financeiro está locado no controlador. Ora, esse tipo de empresa está muito distante do conceito de uma SPE.

Assim, em qualquer caso, o que se terá de verificar é se os atributos necessários à adequada prestação dos serviços estão presentes na SPE. Se a resposta for positiva, a aplicação do parágrafo único (atualmente renumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 é irrelevante, pois não faz sentido o novo controlador ter que provar que preenche esses requisitos – em especial, capacidade técnica e idoneidade financeira – se a SPE deles já dispõe. Se a resposta for negativa, então, a transferência não poderá ser efetiva enquanto os requisitos não tiverem sido supridos.

Talvez a única diferença que se possa traçar seja o fato de que, como o parágrafo único (atualmente renumerado para § 1º pela Lei 11.196/2005) do art. 27 da Lei 8.987/1995 afirma que o pretendente deve apresentar, ele mesmo, essas condições, seria inadmissível a subcontratação para demonstrar tais requisitos havendo aplicabilidade do dispositivo. Assim, a subcontratação, como forma de atender a tais requisitos, seria permitida apenas aos financiadores que viessem a exercer o direito de assunção de controle sem que os atributos qualitativos para a prestação dos serviços estivessem na SPE. Todavia, essa é uma leitura que vai muito além do texto normativo. Nada há no art. 27 da Lei 8.987/1995 que leve a crer seja inviável ao novo controlador demonstrar que dispõe dos atributos para a prestação dos serviços mediante subcontratação, especialmente quanto aos aspectos técnico-operacionais. Assim, bastaria que estivesse fiscal e juridicamente regular para obtenção da autorização para a transferência do controle.

IX.2 – A forma da SPE

A SPE não constitui um tipo societário, mas apenas a idéia de isolar o negócio dentro de uma sociedade única, que, por sua vez, não terá quaisquer outros negócios paralelos.

No Brasil são diversos os tipos societários. Sem a pretensão de sistematizá-los, a partir do Código Civil brasileiro, podemos apontar os seguintes: sociedade em conta de participação,³³¹ sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações, sociedade anônima e sociedade cooperativa.³³²

Assim, a SPE poderá assumir diferentes formas societárias. Obviamente, não poderá adotar livremente qualquer uma das acima referidas, eis que uma concessionária se apresenta, por certo, como uma sociedade empresarial. Segundo a regra do art. 983 do CC,³³³ as sociedades empresárias, por sua vez, apenas podem se constituir sob a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

Consoante o art. 1.039 do CC: “Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”. Logo se vê a inconveniência da

³³¹. Sociedade não-personificada.

³³². A sociedade cooperativa é considerada sociedade simples por efeito do parágrafo único do art. 982 do CC. A distinção entre sociedades simples e empresária encontra-se no referido art. 982:

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

“Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

³³³. “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.”

utilização desse tipo societário para a constituição de uma SPE. Por razão dos elevados volumes de capital envolvidos para a realização dos investimentos, os sócios da SPE serão, geralmente, pessoas jurídicas. Além disso, a característica de responsabilidade solidária e ilimitada amplia sobejamente o risco dos parceiros privados envolvidos.

Já na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota (art. 1.045 do CC). Nesse caso, viabiliza-se a participação de pessoas jurídicas apenas como sócios comanditários. Contudo, em qualquer caso, os sócios comanditários não poderão praticar qualquer ato de gestão, sob pena de ficarem sujeitos às responsabilidades de sócio comanditado (art. 1.047 do CC), que são ilimitadas e solidárias.

A sociedade em comandita por ações, por sua vez, embora tenha o capital dividido em ações e regência pelas normas relativas à sociedade anônima (art. 1.090 do CC), apresenta alguns sérios inconvenientes do ponto de vista da administração. Isso porque somente o acionista tem qualidade para administrá-la e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade (art. 1.091).

Como se vê, esses três tipos societários, embora possam, em tese, ser utilizados por uma SPE, são absolutamente inconvenientes. A nosso ver, os tipos societários mais adequados são a sociedade limitada e a anônima, seja fechada ou aberta.

Pelos valores envolvidos, todavia, pode ser de grande utilidade sua constituição sob a forma de sociedade anônima aberta, eis que lhe permitiria se financiar também no mercado de capitais, por meio de emissões em bolsa de valores. Como se sabe, o custo do capital obtido por meio do mercado de capitais deve ser, conforme a teoria econômica, inferior ao custo de captação no mercado financeiro. Isso viabiliza o financiamento dos investimentos a um custo inferior.

Além disso, a constituição sob a forma de companhia aberta facilita a saída de sócios minoritários, que poderiam alienar sua participação no mercado de bolsa, de forma pulverizada. O negócio de uma concessão é de longo prazo; no caso de PPP, até 35 anos. A fase de construção, todavia, dura um período muito mais curto. Por isso, empreiteiras que venham a participar inicialmente da SPE, como é muito comum no Brasil, uma vez finalizados os investimentos da obra, provavelmente terão seu interesse pela concessão reduzido. No caso de uma companhia aberta listada em bolsa, poderia a empreiteira alienar sua participação com maior rapidez.

Vale dizer, ainda, que o dispositivo em comento apresenta – como, aliás, uma boa parte dos dispositivos dessa lei – uma função didático-explicativa, com o escopo de implantar uma nova cultura contratual para a Administração Pública. Operações de ofertas públicas de ações de concessionárias já ocorrem sob a égide do marco legal das concessões comuns. Diversas concessionárias do setor elétrico e de telecomunicações têm suas ações negociadas em bolsa. Dessa forma, o dispositivo não cria qualquer direito que antes já não pudesse ser exercido.

Por fim, importa ressaltar que se trata de uma opção do concessionário, e não obrigação, assumir a forma de companhia aberta e negociar suas ações em bolsa. E nem deveria ser diferente, pois a forma da captação dos recursos necessários aos investimentos – por meio de integralização de capital próprio, empréstimos subordinados com capital próprio, empréstimos de recursos de terceiros obtidos no mercado financeiro ou operações realizadas no mercado de capitais, como emissão de debêntures ou oferta pública de ações – é uma decisão que sempre será tomada de forma mais eficiente pela própria iniciativa privada.

IX.3 – A obediência pela SPE a padrões de governança corporativa

Tem sido uma tendência da experiência empresarial a implementação de padrões de governança corporativa, especialmente na medida que a separação entre controle e propriedade se intensifica. Medidas de governança corporativa são capazes de, por si sós, aumentar o valor da empresa, por torná-la mais atrativa aos olhos dos investidores.

O que seja ou quais as regras de governança corporativa não está definido em qualquer diploma normativo. Todavia, costumeiramente entendem-se por regras de boa governança corporativa as que tenham por objetivo promover a transparência, a equidade na relação entre sócios controladores e minoritários, a prestação de contas por parte dos administradores e diretores e a responsabilidade social da empresa.³³⁴

Algumas regras de governança corporativa são impostas por lei. Assim, a Lei 6.404/1976 impõe diversas

³³⁴. O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa editou interessante documento sob o título de “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa”. O documento pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ibgc.org.br/imagens/StConteudoArquivos/Codigo%20IBGC%203%20versao.pdf>.

obrigações de publicidade, sobretudo a divulgação de balanços nos termos das normas contábeis indicadas e a inscrição das operações em livros acessíveis aos acionistas. Também busca proteger os sócios minoritários contra abusos do controlador, por meio de regras que punem o abuso do poder de controle. Impõe, ademais, deveres específicos aos administradores e diretores, que ficam, inclusive, responsáveis perante a sociedade. E, ainda, por duas vezes a Lei das Sociedades por Ações se refere à função social da empresa.

Quando se fala em adoção de regras de governança corporativa, no entanto, o que se pretende é promover comportamentos em adição aos já exigidos pela lei. Assim, por exemplo, na Bolsa de Valores de São Paulo há companhias listadas no Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado, conforme os padrões de governança corporativa que adotam.

As empresas não estão obrigadas a aderir a esses novos padrões de governança. A adesão é absolutamente voluntária. Todavia, há forte estímulo nesse sentido, eis que as estatísticas demonstram que a melhora no nível de governança corporativa gera maximização do valor da empresa.

No Nível 1 as empresas adotam regras de transparência e de dispersão acionária mais rígidas que as da legislação. No Nível 2, além dessas regras, busca-se um maior equilíbrio de direitos entre acionistas minoritários e controladores. Por fim, o Novo Mercado tem como principal característica adicional o fato de as empresas terem apenas ações ordinárias, o que significa que toda ação tem o direito de voto correspondente.

O dispositivo legal ora em exame não determina qual padrão de governança corporativa deverá ser adotado pela concessionária. Com certeza, não poderá ser inferior à lei. Faz menção apenas a “conforme o regulamento”, sem que se possa identificar qual regulamento, nem suas regras básicas.

No âmbito federal esse regulamento poderá ser, eventualmente, editado pelo Comitê Gestor de PPP, previsto pelo art. 14 da Lei de PPP e instituído pelo Decreto 5.385/2005.

O contrato de concessão deverá indicar o padrão de governança a ser adotado pela concessionária ou, ao menos, o regulamento ao qual se submeterá. Por certo, o regulamento do Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo constitui uma boa opção.

IX.4 – A vedação de a Administração

ser titular da maioria do capital votante da SPE

O dispositivo evita, em parte, que uma PPP – a qual implica serem as decisões de gestão da concessão tomadas por excelência pelo parceiro privado – se transforme, disfarçadamente, numa empresa pública ou sociedade de economia mista, gerida pelo Poder Público.

Entretanto, embora seja vedado à Administração ser titular da maioria do capital votante, nada impede que por outros meios – como, por exemplo, por acordo de acionista – o parceiro público venha a deter o controle da concessionária. Por isso, parece-nos que teria sido mais feliz a redação se tivesse vedado ao Poder Público controlar, sob qualquer forma, a SPE, e não apenas por meio de maioria do capital votante. Melhor seria que se tivesse vedado à Administração assumir o controle nos termos do art. 116 da Lei 6.404/1976.³³⁵

Por certo, não se trata de deslize do legislador, eis que um conhecimento perfunctório do direito societário permite identificar a conclusão acima apontada. Não há, pois, que se buscar uma interpretação extensiva do dispositivo. Temos para nós que o objetivo da norma é evitar apenas o controle da concessionária por meio de maioria do capital votante. Assim, além de acordo de acionistas, poderá, ainda, a Administração utilizar o mecanismo de *golden share* para ter direitos próprios de controlador em situações específicas, especialmente para vetar determinados atos.

Apesar disso, por uma interpretação teleológica da Lei de PPP, não se pode admitir que a Administração Pública passe a gerir sistematicamente a concessionária, por se tratar de absoluto descompasso com o espírito de uma PPP. Seria um desvirtuamento completo do instituto. Desde 1995, com o advento das Leis 8.987 e 9.074, restou claro que a Administração Pública não poderia mais tratar o concessionário como um mero terceirizado, o que soia acontecer com as concessionárias entre as décadas de 30 e 80 do século passado.

IX.5 – Assunção de controle por instituição financeira pública

³³⁵. “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléa-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

Na hipótese do art. 5º, § 2º, da Lei de PPP admite-se o direito dos financiadores de assumir o controle da concessionária com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Há diversos mecanismos que poderiam ser utilizados para transferir aos financiadores o poder de controle. Um deles é justamente a hipótese tratada nesse artigo, qual seja, a de contrato entre, de um lado, os controladores da SPE e, de outro, seus financiadores, pelo qual se estabelece um preço simbólico que permitirá a aquisição das ações por estes últimos caso se configure alguma das situações previstas contratualmente.

Em Portugal e Inglaterra esses contratos são protegidos por cláusulas de confidencialidade, de maneira que não se pode transpor para o presente texto o inteiro teor de suas cláusulas. Todavia, a notícia que se tem é que consistem na definição de um preço simbólico, um Euro, por exemplo, pelo qual serão adquiridas as ações dos controladores nas hipóteses que permitem o exercício do *step-in right*. No caso de Portugal há cláusula que prevê, depois de reestruturada a concessão, a retrovenda dessas ações aos controladores anteriores pelo mesmo preço, em face da proibição do pacto comissório.

Como o § 4º do art. 9º da Lei de PPP, acima comentado, veda a titularidade pela Administração da maioria do capital votante, essa estrutura de implementação do *step-in right* teria sua validade questionada quando envolvesse instituições financeiras controladas pelo Poder Público. Ou seja, sempre que (i) o financiador fosse uma instituição financeira controlada pelo Poder Público e (ii) a estrutura escolhida para a implementação do *step-in right* fosse a de aquisição de ações dos controladores por preço simbólico, teríamos um conflito com a regra do § 4º, que impede seja a Administração Pública titular da maioria do capital votante.

A relevância do problema torna-se mais evidente quando consideramos que, no cenário econômico brasileiro atual, o financiador mais importante de SPE em PPP será o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, pois os bancos privados não têm condições para financiar operações de *project finance* em condições de crédito capazes de concorrer com as por ele oferecidas. Se quisermos ser mais claros, basta dizer que nenhum banco privado empresta recursos no mercado doméstico com uma taxa de juros equivalente à praticada atualmente pelo BNDES.

Por isso, o legislador tratou de excepcionar a regra do § 4º quando a aquisição da maioria do capital votante se der por inadimplemento do contrato de financiamento.

Todavia, como há outras formas de estruturar o direito de assunção de controle pelo financiador, sem passar pela aquisição das ações dos controladores, seria possível às instituições financeiras controladas pelo poder Público utilizar o direito de *step-in* ainda que inexistisse a exceção em análise. Por exemplo, bastaria que o banco público detivesse uma única ação da concessionária para que pudesse estabelecer, mediante acordo de acionistas, as condições em que assumiria o controle, sem alterar em nada a propriedade das ações. Lembre-se que o § 4º veda tão-somente a titularidade da maioria do capital votante (propriedade das ações), e não a assunção do controle.

Capítulo V

Da Licitação

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;
e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei

Orçamentária Anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na Imprensa Oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º. A comprovação referida nas alíneas “b” e “c” do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

§ 2º. Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º. As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

X – A licitação de PPP: X.1 – A autorização da autoridade competente para abertura da licitação: X.1.1 – Estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação. X.1.2 – Estudo técnico que demonstre compatibilidade com as metas fiscais. X.1.3 – Estudo técnico sobre o impacto no limite de endividamento. X.2 – Elaboração de estimativa do impacto econômico-financeiro do projeto de PPP. X.3 – Declaração do ordenador da despesa de compatibilidade da PPP com a Lei Orçamentária Anual (LOA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). X.4 – Estimativa do fluxo de recursos para cumprimento das obrigações. X.5 – Previsão do objeto do projeto de PPP no Plano Plurianual (PPA). X.6 – A consulta pública dos editais e contratos de PPP. X.7 – Licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental. X.8 – A atualização dos estudos para assinatura do contrato. X.9 – A exigência de autorização legislativa para concessões patrocinadas em que mais de 70% da receita provenha de contraprestação pública.

X – A licitação de PPP

O *caput* do art. 10 estabelece, em primeiro lugar, a obrigatoriedade de realização da licitação. Além disso, estipula que as licitações de PPPs devem ser sempre realizadas na modalidade de concorrência. Condiciona, ademais, a abertura do procedimento licitatório ao cumprimento do previsto nos incisos do artigo.

A exigência de prévia licitação é o meio tradicional de a Administração brasileira buscar, por um lado, a melhor proposta para o contrato que pretende celebrar e, por outro, garantir a igualdade de tratamento entre os potenciais contratantes.

Além disso, o objetivo do dispositivo foi vincular as licitações de PPPs à experiência já existente no Brasil de realização de licitações. Isso foi obtido especificamente por meio da exigência de que as licitações se façam sob a forma de concorrência, que é a modalidade de licitação mais formal, adotada pela Lei 8.666/1993 para a celebração dos contratos que considera mais relevantes, seja pelas características do seu objeto, seja pelos valores envolvidos (cf. arts. 22 e 23 da Lei 8.666/1993).

Ao exigir que as licitações de contratos de PPPs ocorram sob a modalidade de concorrência, a Lei de PPP afastou a possibilidade de realização da assim chamada “negociação competitiva”, que, na experiência internacional, é bastante utilizada para a celebração de contratos com estrutura semelhante às PPPs. Essa opção, que decorre da cultura brasileira de desconfiança em relação aos gestores públicos,³³⁶ é controversa do ponto de vista econômico.

A negociação competitiva é a fase do procedimento em que o aprofundamento das discussões sobre o projeto

³³⁶ Essa desconfiança tem por fundamento, sobretudo, os diversos casos de negociatas espúrias, amplamente divulgadas na imprensa, envolvendo agentes do setor público ao longo da história brasileira.

permite, de um lado, que a Administração, com base nas melhores propostas realizadas pelos parceiros privados que participaram do procedimento, proponha modificações, adaptações, soluções que as tornem mais eficientes e que levem a uma redução do custo da contratação. Já para o parceiro privado representa uma oportunidade de aprofundar seu conhecimento sobre o projeto, o que permite, muitas vezes, o esclarecimento de dúvidas que podem levar à redução do prêmio pelo risco. Note-se que, ao contrário do que defenderam alguns, não há incompatibilidade jurídica entre o sistema da negociação competitiva e nossa Constituição Federal. Em primeiro lugar porque a negociação competitiva é realizada dentro de um procedimento competitivo, com características, entretanto, peculiares. Ademais, se até mesmo a exigência de licitação prevista na Constituição Federal é obtemperada pela expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”, não haveria razão para se supor que a Lei de PPP não pudesse instituir o procedimento de negociação competitiva. Pois, se pode a lei afastar a incidência da própria obrigação de realização da licitação, tanto mais pode ela reconfigurar, modificar, alterar, adaptar os procedimentos tradicionais de licitação às novas realidades. Vale aqui o velho princípio de interpretação e aplicação do Direito “quem pode o mais, pode o menos”.

Não se extraia, entretanto, dessas considerações que fomos – ou somos – a favor da adoção da negociação competitiva para a celebração de PPP. Cremos, ao contrário, que a decisão de manter em geral a lógica tradicional da licitação foi acertada, em vista da existência de desconfiança generalizada na gestão das relações entre Administração e parceiros privados e das dificuldades que o procedimento de negociação competitiva representa para o controle dos atos da Administração.

Aliás, parece-nos importante mencionar que temos também por correta a estratégia de modificação apenas pontual de aspectos do procedimento licitatório tradicional, seja por incompatibilidade com as PPPs, seja porque a experiência já fazia claras a utilidade e a conveniência de realização de tais modificações no procedimento de contratação de serviços nos moldes das PPPs. Pelo fato de ser a Lei de PPP uma lei geral (no sentido de que se aplica aos mais diversos setores econômicos) e cuja aplicação será feita por uma diversidade de órgãos (federais, estaduais e municipais), é preciso extremo cuidado na sua estruturação. Ser conservador é, nesse tipo de situação, geralmente, boa receita.

Cabe, por fim, indagar se a exigência de realização de licitação contida no *caput* do art. 10 afasta a possibilidade de aplicação dos dispositivos sobre inexigibilidade e dispensa previstos na Lei 8.666/1993.

A resposta a essa questão requer, em primeiro plano, separar as PPPs cujo objeto é a prestação de um serviço público daquelas que tratam de atividade econômica em sentido estrito, pois o art. 175 da CF, ao exigir que a contratação de concessões de serviço público seja realizada “sempre através de licitação”, realizou essa separação.

Por razões didáticas, tratemos primeiro do caso das PPPs relativas à atividades econômicas em sentido estrito.

Nosso entendimento é que, em relação às PPPs cujo objeto é a exploração de atividade econômica em sentido estrito, o art. 10 da Lei de PPP não afasta a aplicação dos casos de inexigibilidade e dispensa previstos na Lei 8.666/1993.

O caso da inexigibilidade nos parece óbvio. Uma licitação é inexigível quando não há possibilidade de competição. Ora, a impossibilidade de competição é um fato da natureza; se ele ocorre, mesmo que quiséssemos manter contrariamente a exigência do art. 10 acima, ela seria inútil. Resultaria em desperdício de recursos públicos em um procedimento licitatório que restará com apenas um participante, ou que não resultará em contratação, porque o eventual selecionado não será capaz de dar cabo do fim colimado.

Já as hipóteses de dispensa de licitação referem-se, em regra, a casos nos quais a licitação seria viável, mas cuja realização contrariaria algum interesse público entendido, na situação, como superior àqueles que exigem a licitação. Se a lei geral de contratos administrativos perfilha entendimento no sentido de que há interesses públicos que devem prevalecer em situações específicas à própria exigência da licitação, não nos parece razoável que o mero silêncio da Lei de PPP sobre esse assunto tenha o condão de afastar a aplicação às PPPs dos dispositivos presentes na Lei 8.666/1993, que é subsidiária à Lei de PPP.

Aqui, é importante assinalar que *inexigibilidade* e *dispensa* são institutos que desempenham funções importantíssimas para a consecução de interesses públicos. O fato de que sejam muitas vezes usados indevidamente, para favorecer este ou aquele contratante, não é razão para se negar sua utilidade ou restringir sua aplicação. A providência contra o uso indevido da dispensa ou inexigibilidade deve ser a punição dos que as utilizam indevidamente; e não a poda, de forma genérica e preventiva, ou a eliminação, por meio de uma hermenêutica extremamente restritiva, das possibilidades de uso de tais institutos.

Já em relação às PPPs que envolvem a exploração de serviço público, elas estão sujeitas ao disposto no art. 175 da CF, o qual diz que as contratações de concessões de serviços públicos serão realizadas “sempre através de licitação”.

Temos que o efeito disso é que em relação às PPPs cujo objeto seja a exploração de serviço público não caberá a realização de dispensa de licitação. Parece-nos, entretanto, perfeitamente cabível a aplicação do instituto da

inexigibilidade.

Como já aludimos acima, o instituto da inexigibilidade trata de uma impossibilidade do mundo fático, do mundo material, que não pode ser contornada. Tentativa de fazê-lo resultaria, como anotamos anteriormente, em prejuízos para a Administração.

Já a dispensa de licitação é realizada em vista de interesses públicos que em determinadas situações a lei entende conflitantes e superiores à exigência de licitação. Ora, a valoração sobre a superioridade dos interesses que justificam a dispensa de licitação é realizada pela Lei 8.666/1993, que é a lei que atualmente disciplina o assunto. Como, entretanto, no caso das concessões de serviço público, a Constituição estatui claramente ser sua contratação sempre através de licitação, deve-se entender que o interesse a fundamentar a realização de licitação nesses casos prevalece sobre qualquer outro. Por essa razão, não se aplicariam as hipóteses de dispensa previstas em lei.

X.1 – A autorização da autoridade competente para abertura da licitação

Questão que demanda análise é saber quem atua como a “autoridade competente” mencionada no inciso I do art. 10 da Lei de PPP. Em tese, “autoridade competente” pode ser tanto a que tem a competência para contratar (órgãos setoriais ou Agências Reguladoras) quanto o órgão gerenciador do programa de PPP (órgão gestor do Governo Federal e aqueles a desempenharem funções similares nos Estados e Municípios).

A dúvida emerge porque o art. 14, III, confere, no caso do Governo Federal, ao órgão gestor de PPP a competência para autorizar a abertura do procedimento de licitação e aprovar os editais. Poder-se-ia entender-se, por isso, que tal autorização é a mesma prevista no inciso I do art. 10.

Parece-nos que a interpretação mais correta é a que adota o entendimento de que “autoridade competente”, para os efeitos desse dispositivo, é o órgão contratante, aquele que tem a competência para celebrar o contrato. Como ente que contratará, conduzirá e acompanhará os estudos sobre o projeto, ele disporá das informações detalhadas necessárias para justificar tanto sua realização quanto a opção pela forma de PPP.

No caso do Governo Federal, esses estudos e autorizações serão oportunamente submetidos ao órgão gestor de PPP, nos termos do art. 14, III, para aprovar os editais e autorizar sua publicação, ocasião em que as justificativas para a implementação do projeto e para contratação sob a forma de PPP serão apreciadas, inclusive em pareceres³³⁷ a serem emitidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Ministério da Fazenda (art. 14, § 3º, da Lei de PPP).

X.1.1 – Estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação

O órgão contratante deve emitir documento no qual exporá a conveniência e a oportunidade de realização do projeto e também da sua contratação sob a forma de PPP.

A conveniência e a oportunidade da contratação devem ser demonstradas por meio da explicitação da finalidade do projeto, dos seus impactos no desenvolvimento econômico regional e/ou nacional, e análise comparativa do projeto com opções funcionalmente equivalentes. Por exemplo, no caso de um projeto no setor de transportes, voltado principalmente para o transporte de cargas de uma zona produtora em direção a um dado porto, é conveniente que se demonstre o impacto do projeto no desenvolvimento regional, especificamente o ganho de competitividade dos produtos da região, e que se faça comparação com outras alternativas modais e com outras rotas que potencialmente atenderiam ao mesmo desiderato.

Faz-se necessário também demonstrar ser a forma de PPP a mais adequada para a viabilização do projeto – o que traz à baila a discussão a respeito do *PSC – Public Sector Comparator*, metodologia utilizada no Reino Unido e em outros países para comparação entre os custos e benefícios da realização de um projeto sob a forma de concessão comum ou PPP e sob a forma de investimento público direto.

Como já fizemos notar no item IV.1, acima, as diferenças entre o contexto inglês e o brasileiro inviabilizam ou, pelo menos, tornam sem sentido a aplicação da metodologia do PSC ao Brasil. Parece-nos mais adequado desenvolver referências (*benchmarks*) e critérios setoriais para o contexto brasileiro para a mensuração e definição de quando é e quando não é conveniente a realização de PPP.

Observe-se que o grau de profundidade para as justificativas mencionadas deve levar em conta os recursos e dados

³³⁷. A expressão legal é “pronunciamento prévio e fundamentado”.

disponíveis (as informações são limitadas), bem como os eventuais prejuízos causados pela demora na implementação do projeto. O risco nesse ponto é pretender sofisticar demasiadamente a justificativa para a realização do projeto, o que implica intermináveis discussões,³³⁸ cujo efeito prático, ao invés de melhorar a situação do Poder Público, acaba por ser o de dificultar ou, mesmo, impedir indevidamente o avanço na direção da realização do projeto. Essa situação de “paralisia pela análise” (*paralysis by analysis*) deve ser, obviamente, evitada.³³⁹

X.1.2 – Estudo técnico que demonstre compatibilidade com as metas fiscais

Esse dispositivo determina, a rigor, que a celebração de uma PPP seja precedida do procedimento que o art. 17 da LRF exige para a criação de despesas obrigatórias de caráter continuado, as quais são, nos termos da própria LRF, as despesas correntes derivadas de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.³⁴⁰

O estudo mencionado no dispositivo destina-se a simular o impacto da celebração da PPP sobre o fluxo de recursos disponíveis nos exercícios seguintes. Isso é feito por meio da mensuração dos efeitos das despesas criadas pela PPP nas metas e resultados fiscais previstos no Anexo de Metas Fiscais da LDO (previsto no § 1º do art. 4º da LRF).

Observe-se que o Anexo de Metas Fiscais da LDO dispõe apenas sobre as projeções de despesa, receita, resultado nominal e primário e montante da dívida relativa ao exercício e aos dois seguintes. Daí por que, a rigor, a compatibilização entre a PPP e o previsto no Anexo de Metas Fiscais seria focada em três exercícios.

A realização desse estudo tem por objetivo viabilizar a aplicação de mecanismo de controle de despesa pública chamado, na experiência internacional, *pay as you go system*.³⁴¹

O *pay as you go system* é um sistema de controle da criação de nova despesa pública, por meio da compatibilização da nova despesa com o fluxo de recursos disponíveis. Exige-se, pois, a demonstração de que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão os resultados fiscais previstos no Anexo de Metas Fiscais da LDO, referido no § 1º do art. 4º da LRF.

Com efeito, o dispositivo ora comentado dispõe basicamente sobre a aplicação dos arts. 15 a 17 da LRF às PPPs. Tais dispositivos da LRF estabelecem mecanismo para controle dos fluxos de pagamento de contraprestação pública criada pela eventual celebração de PPP.

O controle de criação de despesas pelo fluxo requer que, todas as vezes que se crie uma nova despesa, tal despesa seja compensada pela criação de uma nova receita ou redução de despesas existentes.

É importante assinalar que, do ponto de vista técnico e metodológico, a exigência do estudo mencionado não traz novos desafios. As equipes técnicas que trabalham com a área de orçamento nos entes governamentais já dominam metodologia para a projeção das receitas e despesas de exercícios seguintes.

Perceba-se, enfim, que na realização do estudo mencionado se aplicam as definições e critérios previstos na LRF, especialmente os aludidos nos parágrafos do seu art. 17.

X.1.3 – Estudo técnico sobre o impacto no limite de endividamento

A alínea “c” do inciso I do art. 10 da Lei de PPP determina que a celebração de uma PPP seja precedida de estudo sobre seu impacto no endividamento do ente a realizá-la.

³³⁸. A busca pela perfeição do modelo em discussão é sempre inesgotável. Os avanços em relação aos estudos e suas conclusões, com o tempo, são cada vez menores e obtidos com maior custo. É preciso reconhecer, pois, que a partir de um determinado momento os benefícios potencialmente gerados por estudos adicionais ou mais sofisticados são superados largamente pelos custos incorridos para sua realização (entre os quais cumpre considerar, também, os custos gerados pela demora na implementação do projeto).

³³⁹. Chamamos de “paralisia pela análise” (*paralysis by analysis*) o vezo pelo qual se retarda a implementação de um dado empreendimento, por meio da solicitação de novas e novas análises, que são, a rigor, desnecessárias e que, em regra, são expressão da má-fé daquele que as requer ou de insegurança, que pode ser produto de idiossincrasias pessoais ou de mero despreparo técnico. O fenômeno da “paralisia pela análise” é de difícil combate no Poder Público, sobretudo porque solicitações de novas análises aparecem justificadas pela intenção de apuro técnico e cautela. Nesse contexto, advogar o avanço na implementação do projeto independentemente dos novos estudos parece tentativa de submissão da sua implementação a cronograma político desvinculado das cautelas de natureza técnica. Daí por que, mesmo quando razoável o avanço do projeto independentemente dos estudos, aqueles que advogam essa posição são colocados em posição muitas vezes de difícil sustentação.

³⁴⁰. Para uma análise do conceito de “despesa obrigatória de caráter continuado”, remetemos o leitor ao item XXV.1.1.

³⁴¹. Cf. os comentários ao art. 4º, IV, da Lei de PPP.

Como mencionamos nos comentários ao inciso IV do art. 4^o, acima, há duas formas de controle da despesa pública previstas na LRF. A primeira é o controle por meio do fluxo, que foi tratado no estudo previsto no art. 10, I, “b”. A segunda é o controle do limite global do endividamento, ao qual se reporta o estudo previsto no dispositivo ora comentado.

Como o próprio texto do dispositivo menciona, a condição da sua aplicação é a definição pela STN – Secretaria do Tesouro Nacional (conforme art. 25 da Lei de PPP) das regras para a contabilização das PPPs. Portanto, em suma, o estudo mencionado no dispositivo destina-se a simular o impacto da celebração da PPP sobre a dívida e a verificação do cumprimento, desta perspectiva, das condições para a celebração da PPP.

X.2 – Elaboração de estimativa do impacto econômico-financeiro do projeto de PPP

A estimativa do impacto orçamentário-financeiro pelos exercícios em que deva vigorar a PPP, prevista no inciso II do art. 10 da Lei de PPP, é estudo cujo objetivo é semelhante ao previsto no inciso I, “b”, deste art. 10.

No estudo previsto no inciso I, “b”, do art. 10 buscava-se a compatibilização entre a PPP e as metas previstas no Anexo de Metas Fiscais da LDO. Por essa razão, seu horizonte é de, no máximo, três exercícios.

Já o estudo previsto no inciso II do mesmo artigo requer simulação das conseqüências orçamentárias da celebração da PPP ao longo de toda a vigência do contrato. Como os contratos de PPP podem chegar a 35 anos de vigência, será necessário desenvolver a metodologia para verificação do seu impacto nos orçamentos futuros. Isso é, aliás, no nosso entender, o único aspecto inovador desse estudo. O art. 16, I, da LRF já previu a necessidade de realização de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício e nos dois seguintes das ações governamentais que levem ao aumento de despesas. Essa exigência era aplicável também à criação de despesas obrigatórias de caráter continuado, conforme o § 1^o do art. 17 da LRF. Portanto, ao requerer que se faça a estimativa do impacto orçamentário-financeiro por todo o tempo de vigência do contrato, o inciso II do art. 10 da Lei de PPP, no seu mister de adequar as regras de responsabilidade fiscal existentes para aplicação a esse tipo de contrato, inovou apenas no que concerne ao prazo que tal estimativa abrangerá.

X.3 – Declaração do ordenador da despesa de compatibilidade da PPP com a Lei Orçamentária Anual (LOA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

O inc. III do art. 10 da Lei de PPP tem objetivo semelhante ao dos incisos I, “b” e “c”, e II, acima comentados. Cuida-se de disposição para precisar o modo de aplicação do *pay as you go system*,³⁴² previsto nos arts. 15 a 17 da LRF, aos contratos de PPPs. Mais especificamente, o dispositivo repete praticamente *ipsi litteris* o art. 16, II, da LRF, que exige compatibilidade entre a despesa a ser criada, a lei orçamentária e os princípios, metas e regras previstos na LDO.

Como os contratos de PPPs prevêm, em geral, investimentos pelos parceiros privados nos primeiros anos e pagamento público apenas após a disponibilização dos serviços, na maioria dos casos, a compatibilidade com a LOA, na prática, não será um problema, pois, provavelmente, não haverá previsão de pagamento público no mesmo exercício em que se celebrar a PPP.

Já em relação à LDO, apesar de se tratar de instrumento normativo com vigência anual, ela prevê metas, resultados, diretrizes que projetam expectativas e efeitos normativos sobre os exercícios seguintes, de maneira que poderá ser possível a verificação da compatibilidade entre a celebração da PPP e o disposto na LDO.

Há, no entanto, uma dificuldade de ordem prática que precisa ser considerada. Em face da anualidade do orçamento, a própria existência de um “ordenador de despesa” depende da previsão orçamentária dessa despesa.

Assim, quando não houver previsão de despesa para o ano da celebração do contrato, não existirá ordenador de despesa no momento da celebração do contrato, e tampouco durante as discussões acerca da autorização para o lançamento da licitação. Por conseqüência, nesses casos o dispositivo ora em discussão deve (i) ser considerado inaplicável ou (ii) ser requerido do órgão contratante, por analogia, estudo que indique compatibilidade com a LDO.

X.4 – Estimativa do fluxo de recursos para cumprimento das obrigações

³⁴². Para explicação sobre o que é o *pay as you go system*, cf., nestes “Comentários”, item IV.4, nota de rodapé 20.

A obtenção da estimativa de recursos públicos necessários para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração é algo necessário para a efetiva realização dos estudos previstos no inciso I, “b”, e no inciso II do art. 10 da Lei de PPP.

Não seria possível estimar o impacto orçamentário-financeiro do contrato por todo o período de sua vigência (conforme exigido no inciso II) sem uma estimativa do fluxo de pagamentos públicos por exercício do contrato. Também não seria viável estimar as formas de compensação da despesa a ser criada (redução das despesas existentes ou criação de novas receitas, conforme o inciso I, “b”) sem prévia estimativa do fluxo para cumprimento das obrigações da Administração.

Além de ser, a rigor, um insumo dos estudos mencionados nos incisos I, “b”, e II, a estimativa de recursos públicos para cumprimento das obrigações por exercício é indispensável para mensuração do cumprimento dos limites de despesa com PPP estabelecidos nos arts. 22 e 28 da Lei de PPP.

A estimativa do fluxo de recursos públicos é realizada por meio da projeção do valor dos pagamentos públicos em cada exercício. A metodologia a ser utilizada para a realização dessa projeção pode ser mais ou menos sofisticada, a depender da modelagem do pagamento público. Pagamentos públicos fixos vinculados à mera disponibilidade do serviço levam a projeções menos complexas. Por outro lado, pagamentos vinculados à demanda (seja o pagamento por uso ou a garantia de demanda mínima) tendem a exigir projeções mais complexas, inclusive simulações dos valores de pagamento para os diversos cenários de realização da demanda.

X.5 – Previsão do objeto do projeto de PPP no Plano Plurianual (PPA)

O projeto ou os projetos objeto dos contratos de PPP devem estar previstos no PPA – Plano Plurianual.

O PPA é o principal instrumento de programação a médio prazo do investimento público nos diversos níveis de governo. Trata-se de lei que estabelece as metas e programas prioritários do governo e, portanto, o planejamento do investimento público para os quatro anos seguintes. Aliás, disposição constitucional expressa estabelece que: “A lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (§ 1º do art. 161).

No Governo Federal, atualmente, o PPA tem sido revisado anualmente, e o órgão encarregado, na Administração, de propor as alterações é o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da sua SPI – Secretaria de Planejamento e Investimento.

A exigência de inserção do objeto do projeto de PPP no PPA é medida para garantir que o projeto está entre as prioridades de médio prazo do Governo, e que ele é parte de um planejamento abrangente e estruturado das medidas a serem adotadas pela Administração nos anos por vir. Note-se que seria necessária a prévia inclusão do objeto da PPP no PPA mesmo que a Lei de PPP não o determinasse. O art. 167, § 1º, da CF diz que investimentos cuja execução ultrapasse um exercício não poderão ser iniciados sem prévia inclusão no PPA ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Cabe uma nota para dizer que o PPA, evidentemente, não é um instrumento técnico de programação de investimentos e que sua posição no processo orçamentário e de programação do investimento público provoca algumas distorções. Como é condição para a realização de despesas com projetos de longo prazo a sua inserção no PPA, é muito comum que nele sejam incluídos projetos sobre os quais não há sequer estudos de pré-viabilidade que os delimitem, estimem adequadamente seu valor, sua eficiência para os fins a que se destinam e alguma análise comparativa de custo/benefício em relação a projetos funcionalmente equivalentes. A realização desse tipo de análise requer dispêndios, e não raro a inclusão no PPA se efetiva como ponto de partida para que a bancada interessada no Congresso pleiteie a previsão nos orçamentos seguintes de recursos que viabilizem a realização dos estudos necessários à implementação do projeto.

X.6 – A consulta pública dos editais e contratos de PPP

O inciso VI do art. 10 exige que se dê ampla publicidade à minuta de edital e de contrato de PPP, por meio da realização de consulta pública.

Cuida-se de dispositivo cujo objetivo é maximizar a transparência do processo de contratação das PPPs, dando publicidade à intenção do Poder Público de celebrar os contratos e das condições em que pretende fazê-lo.

Busca, com isso, realizar dois desideratos. De um lado, assegurar ampla participação de interessados em celebrar o contrato, ampla concorrência, que cria as condições para a Administração obter a melhor proposta.

Por outro lado, permite a manifestação dos interessados direta ou indiretamente na celebração do contrato, para aperfeiçoamento dos seus termos, e justificativa pela Administração das opções adotadas no desenho do projeto.

O dispositivo exige que a publicação informe a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e seu valor estimado. Com exceção da justificativa para a contratação, a rigor, todas essas informações integram as minutas de editais e contratos. Portanto, a se supor que não há palavras inúteis na lei, a exigência específica de que sejam disponibilizadas tais informações deve ser interpretada como exigência de destacá-las do texto do edital e do contrato, na publicação, para facilitar a identificação, pelos leitores, do objeto da consulta pública.

O dispositivo estabelece prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, que se deve encerrar pelo menos 7 dias antes da data da publicação do edital.

É importante notar que a Administração deverá analisar e se manifestar, ainda que sumariamente, sobre todas as sugestões e críticas recebidas ao longo do processo de consulta pública. Aliás, de nada valeria a exigência de submissão dos documentos a consulta pública se a Administração não fosse obrigada a responder às manifestações.

Ocorre, entretanto, muitas vezes de, em processos de consulta pública do gênero, a Administração receber grande quantidade de manifestações que contemplam pontos de pouco relevo, ou que são fruto de equívoco na compreensão do projeto e dos documentos publicados. Nesses casos não nos parece desacertada a postura de responder de forma coletiva às manifestações irrelevantes, ou que são produto de manifesto desentendimento das características do projeto, dos editais e do contrato. Esse procedimento é necessário inclusive para que o órgão contratante possa focar atenção na resposta às questões que levantam dúvidas, problemas e críticas relevantes.

Questão a demandar resposta é saber se se aplica às PPPs a exigência prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993, de realização de prévia audiência pública, com pelo menos 15 dias úteis de antecedência da data prevista para a publicação do edital, para licitação ou conjunto de licitações que envolvam valor igual ou superior a R\$ 150 milhões.

Parece-nos que, ao adotar procedimento específico de consulta pública para as PPPs, o inciso VI do art. 10 afastou a aplicação do art. 39 da Lei 8.666/1993. Tanto a realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 quanto o procedimento de consulta pública têm o mesmo objetivo e desempenham a mesma função, de maneira que não faria sentido exigir a realização de ambos.

Aliás, é importante mencionar que o procedimento de consulta pública nos moldes previstos na Lei de PPP apresenta, para casos tais, diversas vantagens em relação à exigência de realização de audiência pública nos termos do art. 39 da Lei 8.666/1993. Como os contratos de PPPs são, em regra, contratos complexos, somente a disponibilização das minutas ao público por período de vários dias viabiliza entendimento e crítica adequados.

X.7 – Licença ambiental prévia ou diretrizes para o licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é um procedimento obrigatório prévio à realização de empreendimentos ou atividades potencialmente poluidores ou degradadores do meio ambiente.³⁴³ A licença ambiental prévia é a manifestação da autoridade ambiental realizada na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.³⁴⁴

Descabe analisar – em sede de comentários à Lei de PPP – a complexidade das normas e procedimentos que regem o processo de licenciamento ambiental. Para isso, encaminhamos o leitor aos especialistas no assunto.³⁴⁵ Importa

³⁴³. Em virtude dos arts. 23, VI, e 24, VI, da CF, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum, legislativa e material, para a preservação do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. Apesar de o assunto já ser objeto de regulamentação e de haver diretrizes para disciplinar a participação dos órgãos do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente nos processos de licenciamento, nos casos concretos ainda emergem dúvidas sobre qual, exatamente, é o órgão encarregado da emissão da licença. Recentemente, em tentativa de pacificar mais uma vez a questão em relação a conflito de competência entre o Estado do Ceará e a União, o Ministério do Meio Ambiente emitiu o Parecer 312/CONJUR/MMA/2004, que reafirma que o critério fundamental para a definição do órgão competente é a abrangência do impacto ambiental do empreendimento ou atividade, de acordo com a Lei 6.938/1981.

³⁴⁴. Cf. art. 8º, I, da Resolução CONAMA-237/1997.

³⁴⁵. Entre outros, cf.: Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, 1998; Antônio Herman Benjamin (coord.), *Direito Ambiental das Áreas Protegidas – O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*, 2001; Ricardo Carneiro, *Direito Ambiental – Uma Abordagem Econômica*, 2001; Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, 1997; Paulo José Leite Farias, *Competência Federativa e Proteção Ambiental*, 1999; Guilherme José Purvin de Figueiredo (coord.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, 1997; Márcia Dieguez Leuzinger, *Meio Ambiente, Propriedade e*

apenas dissecar, nas linhas a seguir, a interface entre o processo de licenciamento ambiental e a Lei de PPP. Neste mister, cumpre notar que o art. 10, VII, da Lei de PPP traz duas inovações. Em primeiro lugar, condiciona a abertura da licitação à existência da licença prévia ambiental ou das diretrizes para o licenciamento ambiental. Além disso, estabelece a possibilidade de se substituir, para efeito de realização da licitação, a licença prévia ambiental pelas “diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento”.

A exigência de licença prévia para a realização da licitação tem por objetivo evitar a paralisação posterior de projetos por dificuldades no cumprimento das exigências ambientais necessárias à sua implementação. Força-se, assim, a Administração Pública a realizar planejamento sobre como lidar com os impactos futuros do empreendimento antes mesmo de lançar a licitação.³⁴⁶

Note-se que, em relação às obras públicas, a exigência constante do art. 7º, § 2º, I, da Lei 8.666/1993, que condiciona a abertura da licitação da obra à disponibilidade do seu projeto básico de engenharia, tem por consequência a avaliação prévia do impacto ambiental da obra, pois, conforme os arts. 6º, IX, e 12, VII, da Lei 8.666/1993, deve constar do projeto básico de engenharia a avaliação do impacto ambiental do empreendimento e as medidas para seu adequado tratamento.

Já em relação ao marco legal geral incidente sobre as concessões de serviço público não há obrigação legal semelhante. A lei apenas estabelece o dever do poder concedente de estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação (art. 29, X, da Lei 8.987/1995). Contudo, a necessidade de o órgão concedente estimar os investimentos a serem realizados pelo parceiro privado e seus custos operacionais antes da realização da licitação requer que se tenha uma visão clara dos custos envolvidos no cumprimento, pelo futuro parceiro privado, das obrigações de natureza ambiental. Por isso, geralmente, o poder concedente realiza estudos e levantamentos que permitem estimar os custos de tais medidas antes do início do processo licitatório. Ademais, é importante notar que o art. 7º, I, “c”, da Instrução Normativa 27/1998 do TCU, que trata da fiscalização prévia e concomitante dos processos de desestatização no âmbito federal, requer o envio ao TCU, prévio à publicação do edital, de relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental. Isso vem a propósito de concluir que a Lei de PPP, ao exigir a licença ambiental prévia como condição da abertura do processo licitatório das concessões administrativas ou patrocinadas, inova em relação ao Direito vigente.

No que toca à possibilidade de substituir, no desiderato acima apontado, a licença prévia ambiental pelas diretrizes para o licenciamento, em primeiro lugar, cabe assinalar a relevância desta faculdade.

Como já asseveramos em diversas partes destes “Comentários”, o principal objetivo das PPPs é a produção de ganhos de eficiência na prestação do serviço, que beneficiem o usuário e o Poder Público. A possibilidade de produção de ganhos de eficiência é diretamente proporcional à abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado. Ou seja, quanto maior o conjunto de atividades delegadas ao parceiro privado, maior espaço ele terá para aumentar a eficiência na prestação do serviço. Como já afirmamos em diversos outros itens destes “Comentários”, um elemento importante para a geração de eficiência em PPPs e concessões comuns é a transferência para o parceiro privado da obrigação de desenvolver o projeto básico de engenharia, em conjunto com a realização da obra. Isso é possível em virtude do disposto no art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, que autoriza a realização da licitação de concessão de serviço público, quando envolver obras, baseada apenas em “elementos do projeto básico” de engenharia. Em um contexto em que a licitação da PPP pode ser realizada utilizando-se *elementos* do projeto básico de engenharia, não faria sentido exigir a licença ambiental prévia, pois é condição para obtenção de tal licença o desenvolvimento do projeto básico de engenharia. Portanto, apenas para concluir este singelo raciocínio, se se requeresse a licença ambiental prévia como condição para a realização de licitação de PPP, perder-se-ia a possibilidade de realizar licitação baseada em *elementos* do projeto básico. Essa possibilidade, como já notamos, é extremamente importante para aumentar o espaço para a geração de eficiência. Por isso, a faculdade de utilizar, no processo licitatório, as diretrizes para o licenciamento é um apanágio necessário do regime de PPP para a maximização da produção da eficiência na sua contratação e execução.

Além disso, é importante assinalar que o inciso VII do art. 10 da Lei de PPP fala em “diretrizes para o

Repartição Constitucional de Competências, 2002; Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª ed., 2006; Édís Milaré, *Direito do Ambiente*, 2001; Saint'Clair Honorato Santos, *Direito Ambiental – Unidades de Conservação, Limitações Administrativas*, 1999; José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 5ª ed., 2004.

³⁴⁶ Na experiência internacional, o caso clássico no setor de transporte de impedimento de realização das obras constantes do contrato de concessão por razões ambientais, e com custos para o Estado muito acima dos originalmente estimados e atrasos na realização da obra, é o da Rodovia portuguesa Beiras-Alta (cf. European Commission – Directorate-General Regional Policy, *Resource Book on PPP Case Studies*, junho/2004).

licenciamento ambiental”, e *não* – como, lamentavelmente, têm interpretado alguns – em diretrizes para a obtenção de licença prévia ambiental.³⁴⁷ Por isso, as diretrizes, quando for o caso, podem estar focadas no processo de licenciamento como um todo, ou na licença prévia, na de instalação ou, mesmo, na de operação. Por exemplo, quando se tratar de PPP de rodovia existente, o essencial é que existam diretrizes para a obtenção da licença de operação.

Se o projeto envolver investimentos na expansão de capacidade da rodovia (que muitas vezes requerem licença ambiental prévia), a depender de quando tais investimentos vierem a ser realizados – por exemplo, quatro ou cinco anos após a licitação –, não faz qualquer sentido exigir nem a licença prévia ambiental para a licitação da PPP, nem as diretrizes, pois em quatro anos pode haver mudanças relevantes na situação ambiental, assim como na forma de implementação do empreendimento, especialmente se o parceiro privado for o responsável pela escolha da solução.

Note-se ser comum, no procedimento ordinário de licenciamento ambiental, que o órgão competente emane diretrizes para a concessão da licença ambiental prévia. Tal documento é resultado da atividade descrita no art. 10, I, da Resolução CONAMA-237/1997 e é geralmente chamado de “termo de referência para obtenção da licença prévia ambiental”. Dele constam os estudos, levantamentos, análises, documentos e outras medidas que o empreendedor deve adotar para obtenção da licença prévia ambiental.

Perceba-se, por fim, que o art. 10, VI, da Lei de PPP menciona que a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento será realizada “na forma do regulamento”. Em relação às diretrizes para obtenção da licença prévia ambiental, a melhor interpretação desta expressão é a que entende que a Resolução CONAMA-237/1997 e as demais normas sobre licenciamento ambiental vigentes consubstanciam o regulamento referido na Lei de PPP, sendo, até a adoção de regulamento específico, o aludido termo de referência o documento que manifesta as diretrizes para a obtenção da licença ambiental prévia, para efeito da Lei de PPP.

X.8 – A atualização dos estudos para assinatura do contrato

O § 1º do art. 10 exige a atualização dos estudos relativos ao impacto do contrato nas finanças públicas como condição para a assinatura do contrato de PPP. A medida é uma cautela para assegurar a atualidade das análises que precedem a assinatura do contrato.

Note-se que, a não ser que tenham ocorrido mudanças profundas no horizonte econômico, a atualização dos estudos será tarefa simples, que implicará apenas projetar por mais um ano as conseqüências da vigência do contrato.

X.9 – A exigência de autorização legislativa para concessões patrocinadas em que mais de 70% da receita provenha de contraprestação pública

O § 3º do art. 10 foi talhado com o objetivo de assegurar o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal, restringindo a capacidade da Administração de realizar projetos com altos níveis de contraprestação pública. Foi essa a intenção do senador Tasso Jereissati quando sugeriu a inclusão do dispositivo ao longo do processo de tramitação da Lei de PPP na CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

É necessário lembrar que, ao longo do período de tramitação da Lei de PPP, havia grandes suspeitas de que era intenção do Governo utilizar a Lei de PPP para fugir aos controles fiscais.

Rigorosamente, as despesas com PPPs, como quaisquer despesas com novos contratos administrativos, estão sujeitas aos mecanismos de controle previstos na LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 15 a 17; e, quando configurar operação de crédito, arts. 29 e ss.). Como já fizemos notar nos comentários aos artigos que tratam do tema, o problema no caso das PPPs é que as dúvidas sobre a contabilização dos pagamentos públicos podem levar a uma redução da efetividade dos mecanismos tradicionais de controle fiscal.

Mais especificamente, é condição do funcionamento adequado dos controles fiscais tradicionais a delimitação de qual parte dos compromissos assumidos pela Administração em PPP capitula dívida e qual parte pode ser acervada como mera despesa corrente de caráter continuado. Esta diferenciação é central na sistemática de controle da responsabilidade fiscal e, dada sua complexidade, sua aplicação requer elaboração de regulamento específico.

Esta circunstância criava uma situação de difícil solução do ponto de vista político. É que não seria possível veicular na própria lei que autorizaria a realização das PPPs as regras asseguradoras da adequada incidência sobre as PPPs dos controles previstos na LRF.

³⁴⁷. Somos gratos a Paulo Lins, por ter chamado a nossa atenção para esse tema.

Junte-se a isso o fato de que, durante o processo de tramitação da Lei de PPP, era muito presente a experiência de alguns países que iniciaram programas de PPPs ou com o objetivo expresso de utilizá-las para fugir aos controles fiscais tradicionais, ou em que simplesmente não houve preocupação prévia com os efeitos, do ponto de vista da responsabilidade fiscal, da celebração de contratos de PPP. Em muitos casos o problema se manifestou anos depois, pela percepção da existência de passivos ocultos ou contingentes (v., entre outras, as PPPs portuguesas no setor rodoviário) resultantes da inadequada análise dos efeitos fiscais da celebração das PPPs.

Já que não era possível estabelecer em lei as regras para aplicação às PPPs dos controles fiscais tradicionais, a solução encontrada foi contemplar na Lei de PPP mecanismos diferenciados que, direta ou indiretamente, limitassem a capacidade da Administração Pública de se endividar por meio de PPP, como, por exemplo, o § 3º do art. 10 ou os arts. 22 e 28.

Dissecado o objetivo principal do dispositivo e o contexto em que foi inserido na Lei de PPP, cumpre, agora, voltar a atenção para sua redação.

Em primeiro lugar, é preciso notar que o dispositivo se refere apenas às concessões patrocinadas – o que foi um grande equívoco do legislador. É que há profunda incoerência do ponto de vista econômico em se limitar a capacidade da Administração de celebrar concessões patrocinadas (nas quais apenas parcela das receitas do parceiro privado provém da contraprestação pública) e não se limitar sua capacidade de celebrar concessões administrativas (em que geralmente 100% das receitas provém de pagamentos de contraprestação pela Administração). Malgrado a incoerência do ponto de vista econômico, como o dispositivo configura exceção à regra geral de que se pode fazer PPP sem prévia autorização legislativa, sua interpretação deve ser restritiva. Ou seja, deve-se entender que ele só se aplica às concessões patrocinadas. Podem ser celebradas concessões administrativas independentemente de prévia autorização legislativa.

O dispositivo estabelece como sua condição de incidência a contraprestação pública ser responsável por mais de 70% da remuneração do parceiro privado. Devem ser excluídos do cálculo da “remuneração” do parceiro privado, para esse efeito, todos os bens e direitos que lhe são transferidos para a execução do empreendimento e que reverterem, ao final, para o Poder Público, bem como os que funcionam como mecanismo de geração de receitas adicionais. Pelas mesmas razões que expusemos nos comentários ao art. 6º, acima (artigo sobre contraprestação pública), tais bens não podem ser incluídos nem no conceito de contraprestação pública.

Para os projetos em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado provier da Administração o dispositivo exige autorização legislativa específica. Resta saber como deve ser entendida a idéia de “autorização legislativa específica”. Em primeiro lugar, cumpre notar que não se trata de exigência nova no nosso Direito. A CF, por exemplo, no art. 37, XIX e XX, exige autorização legislativa específica para a criação de entidades da Administração indireta com vestes de direito privado, como, por exemplo, as empresas estatais. Diversas leis também condicionam a realização de atos pela Administração à existência de autorização legislativa específica para tanto.

Discute-se quão específica deve ser tal autorização. Nesse particular, cremos ser importante trazer à colação a decisão do STF na ADI 1.649, na qual o Supremo expende perfunctoriamente sua interpretação sobre as expressões “lei específica” e “autorização legislativa, em cada caso”, constantes dos incisos XIX e XX do art. 37 da CF. Diz o Min. Maurício Corrêa, em seu voto, que a exigência de lei específica constante do art. 37, XIX, não deve ser entendida como “lei especial” (no sentido de lei focada apenas no tema), mas sim como exigência de “norma específica”, ou seja disposição concernente especificamente ao assunto. Malgrado ser o voto do Min. Maurício Corrêa um tanto confuso em relação a este aspecto e adotar conceito de “sociedade de economia mista” do qual divergimos, cremos que sua idéia, *mutatis mutandis*, aplica-se ao dispositivo que estamos a comentar. A exigência de autorização legislativa específica para realização de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado provenha da Administração Pública deve ser entendida como exigência de norma autorizativa específica. O grau de especificidade desta autorização depende apenas do Poder Legislativo. É ele quem, em vista das peculiaridades da situação a ser normatizada, determinará quão específica e circunstanciada deve ser tal autorização.

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 n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (vetado);

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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos

decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

XI – O edital de licitação de PPP: XI.1 – A aplicação da Lei 8.987/1995 às licitações de PPPs. XI.2 – A garantia de proposta da licitação. XI.3 – Histórico do inciso II do art. 11: XI.3.1 – Da inconsistência entre o inciso II do art. 11 e o marco legal existente. XI.3.2 – Das indesejáveis consequências econômicas do inciso II do art. 11. XI.4 – A aplicação da arbitragem. XI.5 – As garantias da contraprestação do parceiro privado.

XI – O edital de licitação de PPP

O art. 11 da Lei de PPP disciplina a composição do edital da licitação. Exige que contenha minuta de contrato, que mencione que está submetido à Lei de PPP e que observe, no que couber, as disposições da Lei de Concessões a que alude.

Manifesta, assim, claramente o espírito de vincular a disciplina das PPPs às regras existentes sobre licitações e contratos de concessão, de maneira a aproveitar a experiência já existente no Brasil em certames para celebração de contratos de concessão. Daí a remissão expressa a diversos dispositivos da Lei 8.987/1995 e a manutenção das regras gerais e da lógica da licitação sob a modalidade de concorrência, disciplinada na Lei 8.666/1993.

A exigência de que o edital da licitação veicule a minuta de contrato não é nova no nosso Direito. Aliás, essa exigência é uma constante no Brasil. A Lei 8.666/1993 assim exige (art. 40, § 2º, III). A Lei de Concessões também já o exigia (art. 18, XIV). De maneira que a Lei de PPP apenas dá continuidade à tradição sobre o assunto.

Quanto aos artigos da Lei 8.987/1995 expressamente mencionados no *caput* do art. 11, é preciso lembrar que, em virtude do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei de PPP, a Lei 8.987/1995 é legislação subsidiária em relação às concessões patrocinadas. Daí que todos os dispositivos da Lei 8.987/1995 aplicam-se às concessões patrocinadas quando não contrariarem a Lei 11.079/2004. Por isso, em relação às concessões patrocinadas a menção aos dispositivos referidos no *caput* do art. 11 é expletiva, e só se justifica pela busca de uniformização das regras de licitações para concessões patrocinadas e administrativas.

Já no que toca às concessões administrativas, como não há referência expressa na Lei de PPP à subsidiariedade da Lei 8.987/1995, a alusão no *caput* do art. 11 as submete às regras de licitação constantes da Lei 8.987/1995. A seguir, comentamos de maneira mais pormenorizada os efeitos das remissões feitas no art. 11.

XI.1 – A aplicação da Lei 8.987/1995 às licitações de PPPs

Os §§ 3º e 4º do art. 15 da Lei 8.987/1995, referidos no art. 11 da Lei de PPP, permitem que se recuse proposta manifestamente inexecutável e que se priorize proposta de licitante brasileiro em condições iguais à de estrangeiro.

Note-se, entretanto, que a aplicação às PPPs da possibilidade de desclassificar proposta inexecutável prevista na Lei de Concessões não irroga a aplicação dos critérios de inexecutabilidade previstos na Lei 8.666/1993 para os contratos de obras e serviços de engenharia.

A desclassificação de proposta inexecutável já era tratada na Lei 8.666/1993, na qual, a par de constar regra geral que autoriza desclassificação de propostas manifestamente inexecutáveis em quaisquer procedimentos de licitação (art. 48, II), há definição de critério para a aplicação de tal dispositivo quando se tratar de licitação para contratos de obras e serviços de engenharia (§§ 1º e 2º do art. 48).

A desclassificação de proposta inexecutável deve ser aplicada com extrema parcimônia, particularmente em contratos de PPPs e de concessões comuns nos quais uma das razões fundamentais da realização da licitação é exatamente a assimetria na avaliação do negócio objeto do contrato, do que decorre dificuldade técnica de se estabelecer critério peremptório para a definição do que sejam “propostas inexecutáveis”.

Ressalte-se que geralmente não nos parece razoável a aplicação, sem mais, às licitações de concessões comuns ou de PPPs dos critérios de inexecutabilidade estabelecidos para contratos de obras e serviços de engenharia pela Lei 8.666/1993. Aliás, mesmo em relação aos serviços e obras de engenharia a aplicação dos critérios previstos nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993 é de questionável razoabilidade, sobretudo em vista das diferenças de preços existentes no Brasil entre obra pública e obras contratadas por particulares e do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), que requer maximização da competição de preço para obtenção pelo Poder Público do melhor *value for money*.

O ideal, do ponto de vista do princípio da eficiência da Administração, é que ela consiga contratar com preços pelo menos equivalentes aos obtidos no mercado por entes privados. Aplicar critério de inexecutabilidade tal como o previsto nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993 em situação em que se sabe *a priori* que os preços praticados para obras públicas são notavelmente superiores aos preços praticados no mercado privado (e, por isso, evidentemente, exequíveis) chega, mesmo, a ser atentatório ao princípio da moralidade.

É evidente que não se pode desconsiderar que os preços praticados para o mercado de obras públicas levam também em conta as ineficiências que a própria Administração causa na execução da obra. Por exemplo, a prática de atrasar ou interromper pagamentos por períodos longos, o que acarreta custos financeiros e gera a desmobilização da obra.

Por outro lado, uma vez que inexistem evidências de competição predatória no setor de obras públicas, a aplicação dos dispositivos sobre inexecutabilidade deve ser considerada excepcional, pois sua razão de ser somente excepcionalmente se manifesta.³⁴⁸

Na verdade, em relação às obras públicas, assim como em relação às concessões comuns e às PPPs, não é incomum existirem suspeitas (sem entrar no mérito de serem, ou não, fundamentadas) de atividades colusivas. Nesse contexto, a restrição à aplicação dos dispositivos sobre inexecutabilidade, com o conseqüente fomento à competição de preço, é, evidentemente, o melhor emplastro para que a Administração maximize seus ganhos e reduza os mecanismos institucionais disponíveis para implementar conluios.

A aplicação de critério rígido de inexecutabilidade tal como o previsto nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993 poderia ser inibidora da competição e da transferência para o Poder Público de ganhos de eficiência que as empreiteiras venham a obter no desempenho da sua atividade.³⁴⁹

Em suma, a Lei de PPP permite a desclassificação de propostas por inexecutabilidade. Não exige, entretanto, a aplicação às PPPs do critério de inexecutabilidade previsto na Lei 8.666/1993 para os contratos de obras e serviços de engenharia.³⁵⁰ Aliás, note-se que não nos parece razoável a aplicação nem às PPPs, nem às concessões, do critério de inexecutabilidade previsto na Lei 8.666/1993 para obras e serviços de engenharia, dadas as notáveis diferenças dos contratos de obras e serviços para os contratos de PPP e concessão.

Quanto à preferência à empresa brasileira em igualdade de condições, prevista no § 4º do art. 15 da Lei de Concessões, malgrado haver discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo, em face da revogação, pela Emenda Constitucional 6/1995, do art. 171, § 2º, da CF – o qual permitia expressamente que a Administração Pública, na aquisição de bens e serviços, desse tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional –, não nos parece que seja necessária a autorização constitucional para que se dê preferência a empresa brasileira, quando em igualdade de condições. De maneira que temos como válido e em vigor o § 4º do art. 15 da Lei de Concessões.

Nesse caso, a lei não está a agasalhar ou estabelecer privilégio para a empresa nacional, à custa do erário e dos usuários, mas apenas estabelecendo critério de desempate para propostas em condições iguais – o que não nos parece caracterizar discriminação indevida, à luz do princípio da isonomia (art. 5º da CF).

Os arts. 18 e 19 da Lei 8.987/1995 tratam, respectivamente, da composição do edital de licitação e das regras para participação de empresas em consórcio.

O art. 18 enuncia que: “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: I – o objeto, metas e prazo da concessão; II – a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III – os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; IV – prazo, local e horário em

³⁴⁸. E, como o diz o velho adágio latino, o que está de acordo com a razão da regra, está de acordo com a regra (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*).

³⁴⁹. Mesmo a aplicação do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993 – exigindo garantias adicionais de licitante que venha a ganhar a licitação com preços supostamente abaixo dos de mercado – deve ser talhada de modo a manter o incentivo do parceiro privado para reduzir ao mínimo possível sua proposta de preço.

³⁵⁰. Não nos parece nem razoável, nem ser exigida pela Lei 8.666/1993, a aplicação às PPPs do critério de inexecutabilidade previsto nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, dados a complexidade, os prazos longos que envolvem as PPPs e o resultante alto grau de assimetria de avaliação em relação aos contratos de PPPs. Parece-nos, entretanto, razoável considerar a possibilidade de exigência de garantias adicionais de licitantes que lancem seus preços abaixo de um determinado patamar. Contudo, a Lei de PPP não autoriza a exigência de tais garantias adicionais, e não há como se entender que o art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993 se aplica às PPPs, pois ele incide especificamente sobre os contratos para a realização de serviços e obras de engenharia, de maneira que não há como aplicá-lo às PPPs.

que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; V – os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; VI – as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; VII – os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; VIII – os critérios de reajuste e revisão da tarifa; IX – os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; X – a indicação dos bens reversíveis; XI – as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; XII – a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; XIII – as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV – nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis; XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; [redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.1998] XVI – nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado”.

Vale chamar a atenção para duas características do art. 18. A primeira é que suas disposições apenas estabelecem conjunto de matérias sobre as quais o edital deve dispor, sem disciplinar como ele deve dispor. Por essa razão, seu conteúdo normativo é bastante limitado. Exceção feita ao inciso XV, que, por razões explicitadas abaixo, tem conteúdo normativo bastante determinado, os demais apenas criam obrigação formal de o edital dispor sobre os assuntos mencionados.

É importante determinar quais entre as disposições do art. 18 da Lei 8.987/1995 incidem sobre as PPPs, já que o art. 11 da Lei de PPP enunciou que tais regras se aplicam “no que couber” às PPPs.

Parece-nos que todos os incisos do art. 18 da Lei 8.987/1995 se aplicam às PPPs, com exceção, evidentemente, do inciso XVI, que trata dos casos de permissão de serviço público. O juízo sobre esse assunto, entretanto, deve ser feito não apenas abstratamente, mas também concretamente, considerando as peculiaridades do caso concreto, de cada projeto – o que significa dizer que é perfeitamente razoável que determinados incisos desse artigo sejam afastados por incompatibilidade com aspectos específicos de um dado projeto de PPP.

Entre os incisos do art. 18 da Lei 8.987/1995, parece-nos que apenas um deles justifica comentários específicos. É o inciso XV, o qual estabelece que, no caso de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização e as garantias exigidas do parceiro privado para essa parte do contrato, estejam definidos no edital.

A relevância do dispositivo é que ele estabelece as balizas para transferência ao parceiro privado da responsabilidade pela realização dos projetos de obras, no caso das concessões de serviço (comuns, patrocinadas e administrativas) precedidas de obra pública.

Cumprе assinalar que é princípio constante da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos a separação entre as figuras do elaborador do projeto e gerenciador da obra e do seu executor (art. 9º da Lei 8.666/1993). Isso é um mecanismo para *maximizar a competição* pelo contrato de obra e para *facilitar a atividade de acompanhamento da obra* pela Administração.

Maximizar a competição porque, fosse permitida a participação na licitação para execução de obras do elaborador dos projetos, teríamos, em todas as licitações, um licitante com informações diferenciadas a respeito dos detalhes do projeto, em privilégio injustificado. Ademais, essa situação criaria incentivo para que, na atividade de elaboração do projeto, fossem contempladas soluções de engenharia que viessem a dar vantagem ao elaborador quando da sua participação na licitação para a execução da obra.

Para *facilitar a atividade de acompanhamento da obra* porque, em regra, sobretudo para obras mais complexas, a Administração contrata a realização do projeto básico em conjunto com o gerenciamento, acompanhamento e fiscalização da obra, de maneira que aquele que elaborou os projetos fica também responsável por acompanhar e fiscalizar sua execução.

Isso permite ganho de eficiência, pois entrega ao redator do projeto básico – que, em tese, é quem melhor conhece as soluções de engenharia nele sugeridas – o acompanhamento da realização do projeto executivo da obra (que vai determinar mais especificamente os meios para a implementação de tais soluções) e o acompanhamento e fiscalização da obra.

Criam-se, assim, dois pólos de interesses, cuja contraposição favorece o interesse da Administração. De um lado,

o interesse do elaborador do projeto e gerenciador da obra, de ter suas soluções adequadamente executadas, com os incentivos, portanto, para a fiscalização do cumprimento, pelo executor da obra, da qualidade adequada.

Doutro lado, o interesse do executor da obra de maximizar sua eficiência, desempenhando a contento suas obrigações contratuais pelos menores custos possíveis.³⁵¹

Note-se que toda essa lógica está assentada sobre o pressuposto de que, após a realização da obra, o Poder Público ficará responsável pela sua operação. Daí a preocupação com a fiscalização dos meios para a realização da obra, da qualidade e adequação dos materiais e equipamentos empregados (que se manifesta, por exemplo, nos arts. 67 e 69 da Lei 8.666/1993). Daí a necessidade de disciplinar especificamente a sistemática de recebimento da obra e a preocupação com as garantias de qualidade e adequação da obra (cf. arts. 73 a 76 da Lei 8.666/1993).

Há, entretanto, em relação às concessões de serviço público, uma circunstância que leva, por assim dizer, a uma subversão dessa lógica econômica. É o fato de que nas concessões comuns, patrocinadas ou administrativas, aquele que constrói a obra será responsável por operá-la, ao longo de todo o contrato de concessão, ou seja, por prazos, em regra, longos.³⁵² Essa circunstância impele o parceiro privado a tomar decisões economicamente eficientes, pois recairão sobre ele eventuais deficiências na realização da obra.

Ora, isso cria incentivo para que o parceiro privado considere, nas suas decisões de investimento, as conseqüências de médio e longo prazos. Por exemplo, ele deverá sopesar, em cada circunstância, se é preferível investir mais na qualidade da construção da infra-estrutura e reduzir os custos futuros com sua operação e manutenção, ou, ao contrário, reduzir os custos de construção e ter custos maiores de manutenção e operação.

A rigor, dada a existência de tal incentivo, o mais lógico é transferir ao parceiro privado o maior espectro possível de responsabilidades e alternativas, para que ele tenha a seu dispor as ferramentas para buscar a maximização da eficiência na prestação do serviço.

A tendência contemporânea em relação a esse assunto é que a Administração Pública se centre apenas em definir claramente (a) os *outputs* do projeto, ou seja, os indicadores de resultado que especifiquem os níveis de prestação de serviço que espera obter, e (b) os mecanismos para obtenção, ao longo do contrato, da transferência para o usuário e para a Administração Pública de parte da eficiência gerada pelo parceiro privado na utilização da margem de liberdade dada pelo contrato para a definição da forma e meios de prestação do serviço.

Nesse contexto, perde sentido a separação entre as atividades de realização de projeto e execução de obra. O incentivo que a transferência em conjunto da responsabilidade pela construção, manutenção e operação do projeto traz para a maximização da eficiência supera, do ponto de vista econômico, as vantagens da aludida separação. É por essa razão que, ao contrário da Lei 8.666/1993 (que exige a realização de projeto básico como condição da abertura da licitação de obras e serviços de engenharia), a Lei 8.987/1995 requereu apenas “elementos do projeto básico” como condição para a realização da licitação.

Coerente com a lógica econômica acima descrita, a idéia de “elementos do projeto básico” tem sido interpretada pelas Agências Reguladoras no sentido de indicadores de resultado do serviço. Portanto, sempre que se tiver um conjunto de indicadores que permitam a caracterização adequada do serviço a resultar do contrato, teremos elementos do projeto básico.

A mudança da exigência de projeto básico, nos termos da Lei 8.666/1993, para elementos do projeto básico, nos termos da Lei 8.987/1995, assim como a interpretação da idéia de elementos do projeto básico no sentido de indicadores de resultado têm causado uma verdadeira revolução na cultura de contratação da Administração Pública, cujos ganhos de eficiência, apesar de visíveis, não foram ainda mensurados.

Quanto à aplicação às PPPs do art. 19 da Lei 8.987/1995, não nos parece haver margem a maiores dúvidas. Trata-se de permissão para participação de empresas em consórcio na licitação. Ao contrário das obras públicas, onde é comum a execução sob a forma de consórcio, nas PPPs e nas concessões comuns a Administração exige, em regra, a constituição de uma SPE para desempenho do objeto do contrato, de modo a segregar os riscos do projeto dos relativos aos acionistas da SPE e permitir maior controle e fiscalização dos diversos aspectos relativos à prestação do serviço. Por essa razão, apesar de, em regra, se permitir a participação em consórcio das licitações, exige-se que, caso ganhem a licitação, os consorciados constituam uma SPE, à qual se adjudicará o contrato.

³⁵¹. Este incentivo será, evidentemente, maior se se tratar de contrato sob o regime de empreitada por preço global (*turn key contract*).

³⁵². É importante lembrar que, como já notamos nos comentários ao art. 5º, I, da Lei de PPP, é a necessidade de amortizar o investimento realizado pelo parceiro privado na infra-estrutura para a prestação do serviço que justifica os prazos em regra longos dos contratos de concessão.

XI.2 – A garantia de proposta da licitação

A garantia de proposta do licitante, comumente referida em Inglês como *bid bond*, é instrumento para assegurar à Administração contratante a seriedade da participação do licitante no certame. Para tanto, requer-se, em regra, que o licitante entregue à Administração (ou a quem ela indicar – por exemplo, um custodiante contratado para esse fim) seguro-garantia de proposta, fiança bancária, prova de caução de títulos públicos ou dinheiro a serem executados caso o licitante descumpra obrigações que decorram da sua participação no procedimento licitatório (cf. art. 56 da Lei 8.666/1993). Por exemplo, se dado licitante ganhar a licitação mas não entregar a documentação necessária à assinatura do contrato nos prazos estabelecidos no edital, a Administração poderá executar a garantia de proposta.

A garantia de proposta, na sistemática da Lei 8.666/1993, integra a documentação da habilitação. Como a referência do art. 10 da Lei de PPP leva à aplicação à contratação de PPP do procedimento de concorrência previsto na Lei 8.666/1993, por consequência, a garantia de proposta deve fazer parte do conjunto de documentos da habilitação.

A razão pela qual a lei coloca a garantia de proposta entre os documentos da habilitação é meramente cronológica. É conveniente que a garantia de proposta seja o primeiro documento a ser analisado, pois sua inexistência ou deficiência deve impedir o licitante de participar do certame, eis que leva à presunção de falta de seriedade da proposta. Como nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 os documentos de habilitação são os primeiros a ser analisados, quis o legislador inserir a garantia de propostas entre eles, atendendo à premência da verificação da regularidade da garantia de proposta, sem criar nova fase ou complicar desnecessariamente o procedimento.

Por isso, nas licitações de PPP, quando se tratar de procedimento ordinário (sem inversão de fases), a garantia de proposta deve integrar os documentos da habilitação. Seguindo-se essa mesma lógica, há que se ter por evidente que, quando se tratar de procedimento em que haja pré-qualificação, a garantia de proposta deve integrar a documentação relativa à pré-qualificação.

Situação diversa ocorre quando se tratar de procedimento com inversão de fases entre proposta e habilitação (art. 13). Nesse caso, o ideal é que o edital preveja a entrega de um envelope separado com a garantia de proposta, a ser aberto e analisado antes da abertura das propostas. Entendimento contrário levaria à abertura da garantia de proposta após a abertura das propostas – o que nos parece inadmissível, pois deixaria a Administração desprotegida. Imagine-se que, em procedimento com inversão de fases, a garantia de proposta fosse entregue em conjunto com os documentos de habilitação. Suponha-se que licitante sem garantia de proposta, ou com garantia inválida, viesse a participar desse certame e se classificasse em primeiro lugar. Se, por qualquer motivo, esse licitante viesse a desistir da licitação ou a ser inabilitado, por não ter apresentado a documentação exigida, a Administração, que até então não tinha ciência da invalidade ou inexistência da garantia de proposta do licitante, não poderá executá-la.

O art. 31, III, da Lei 8.666/1993, a par de inserir a garantia de proposta entre os documentos da habilitação e de estabelecer para ela valor-limite, remete às formas de prestação da garantia previstas no § 1º do art. 56, que são a caução em dinheiro ou em títulos públicos, o seguro-garantia ou a fiança bancária.

Enquanto o *caput* do art. 56 da Lei 8.666/1993 deixa claro que é uma faculdade da autoridade contratante exigir a garantia de proposta, seu § 1º dá a entender que seria direito do participante da licitação a escolha da forma de prestação de garantia.

Contudo, é prática há muito aceita a de o edital, a título de disciplinar o procedimento para a prestação das garantias, definir quais as formas aceitáveis de garantia no caso concreto, à vista da capacidade e da conveniência de a Administração receber e analisar as garantias. Por exemplo, não é incomum que os editais excluam a prestação de caução em dinheiro ou em títulos públicos pelas dificuldades da Administração de, respectivamente, receber o depósito (o que teria que ser feito antes da entrega dos documentos e mediante abertura de conta bancária para tanto) ou avaliar a autenticidade, validade e liquidez dos títulos públicos oferecidos.

Perceba-se que o art. 26 da Lei de PPP alterou o § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, exigindo que os títulos públicos a serem recebidos como garantia de contrato ou de proposta sejam títulos escriturais, registrados em sistema de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil. Exige ainda que tais títulos sejam avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda.

Mesmo quando se trata da recepção de fiança bancária ou de seguro-garantia, isso não se faz sem alguma preparação. A melhor prática para assegurar a isonomia de condições entre os seguros e fianças obtidos pelos licitantes é que os editais tragam, entre seus anexos, os modelos de apólice de seguro-garantia e de contrato de fiança bancária, que uniformizam, assim, as condições da garantia.

Portanto, apesar de o § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993 dar a entender que seria direito do participante a escolha da forma da prestação de garantia, esse direito de escolha só pode ser exercido dentro de condições preestabelecidas pelo edital, especialmente porque é condição do seu exercício a existência tanto das regras para utilização de cada uma das

formas de prestação da garantia quanto de estrutura técnica que assista à Administração Pública na análise da regularidade de tais garantias. A emissão dessas regras e a montagem da estrutura técnica para avaliação das garantias só fazem sentido quando houver escala (carteira relevante de projetos em licitação) que economicamente justifique tal custo. Do contrário a Administração estaria a criar custos que se sabe *a priori* que não têm possibilidade de gerar benefícios equivalentes (pelo aumento da competição) e que, por essa razão, vulneram o princípio da eficiência da Administração (art. 37, *caput*, da CF).

O art. 31, III, da Lei 8.666/1993 estabelece como limite para a garantia de proposta 1% do valor do contrato. Os limites de exigência de garantia (de proposta e de execução de contratos) destinam-se a evitar restrição da competição, por meio de exigências de níveis de garantia acima do que seria economicamente razoável.

Em relação às PPPs, a referência ao “valor do contrato” deixa margem para flexibilidade em relação ao limite da garantia, pois inexistente critério peremptório para a definição do que é “valor de contrato” de PPP. Seria possível, por exemplo, entender que “valor de contrato” é o valor total das receitas estimadas do concessionário, ou o valor do investimento previsto do concessionário pelo termo do contrato. Não há também critério definitivo em relação à forma de cômputo desses valores, se como valores presentes ou correntes.

De qualquer modo, o razoável nesse ponto é encontrar o menor valor que desestimule o descumprimento das obrigações que decorrem da participação na licitação, sem que a emissão das garantias se configure em barreira de entrada no procedimento licitatório.

XI.3 – Histórico do inciso II do art. 11

O inciso II do art. 11 do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional dispunha: “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 n. 8.987, de 1995, podendo ainda prever: (...) II – a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras, respeitadas as condições fixadas nos incisos I e II do art. 18 da Lei n. 8.987, de 1995; e (...)”.

O teor deste dispositivo foi definido na CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal por proposta do senador Paulo Otávio. Ao longo do processo posterior de tramitação do projeto de lei, o Governo tentou modificar a redação do dispositivo, ou eliminá-lo, sem sucesso. Terminou, então, realizando o veto, por recomendação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que se baseava em duas razões: sua inconsistência em relação ao marco legal já existente e o fato de eliminar relevante possibilidade de ganhos de eficiência nas PPPs brasileiras, o que poderia não só onerar a contraprestação a ser paga pelo Poder Público ao parceiro privado como, também, dificultar a cobrança, pelo Poder Público, do cumprimento, pelo parceiro privado, dos indicadores de resultado previstos no edital de licitação e no contrato de PPP.

XI.3.1 – Da inconsistência entre o inciso II do art. 11 e o marco legal existente³⁵³

Cumpra, em primeiro lugar, verificar o marco legal existente em relação à possibilidade de transferência para particular da possibilidade de fazer projetos em contratos administrativos que envolvam obras.

A Lei 8.666/1993, que estabelece o regime geral de licitações e contratos administrativos, requer, para a contratação de obras públicas, a disponibilização pela Administração do projeto básico (art. 7º, § 2º, I), que deve, ademais, cumprir os requisitos previstos no art. 6º, IX, dessa mesma lei.

Já a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre as concessões de serviços públicos, requer, quando se tratar de concessão que envolva obra pública, a disponibilização pela Administração dos “elementos do projeto básico” (art. 18, XV).

A comparação destes dois regimes legais deixa clara a intenção da Lei de Concessões de flexibilizar a obrigação do Poder Público de realizar o projeto básico – o que, aliás, se coaduna com a lógica subjacente aos contratos de concessão.

Enquanto os contratos de obra pública se referem à construção de bens que a Administração Pública operará, o contrato de concessão refere-se a obras que serão depois operadas pelo concessionário durante o prazo de vigência do contrato. Esta circunstância cria racionalidade econômica e jurídica distinta para cada um destes tipos de contrato.

Nas concessões de serviço público, como a concessionária tem obrigação de operar a prestação dos serviços por

³⁵³. Seguimos, neste item, margeando a minuta de nota técnica que redigimos, na época, para recomendar o veto do dispositivo.

prazo longo, ela terminará por arcar com as conseqüências econômicas de qualquer ineficiência na execução da obra. Daí por que não é necessária a realização do projeto básico pela Administração, mas a mera definição de “elementos do projeto básico”, deixando ao concessionário maior margem de liberdade quanto ao projeto e modo de execução da obra.

Já em relação às obras públicas, como a Administração será a operadora do objeto do contrato, é necessário que ela forneça especificações mais detidas, de maneira a estabelecer claramente as características da obra contratada. É que, neste caso, a Administração terminará por arcar com as conseqüências econômicas da ineficiência do projeto ou da execução da obra – o que justifica, de um lado, a exigência de disponibilização pela Administração do projeto básico como anexo ao edital e, doutro lado, a previsão de uma série de mecanismos destinados a permitir fiscalização rigorosa de cada passo da execução da obra.

Ora, considerando as características das PPPs, é forçoso reconhecer que, do ponto de vista da sua racionalidade econômica (nos termos acima descritos), elas estão muito mais próximas das concessões de serviço público que das obras públicas. É que, assim como nas concessões de serviço público, nas PPPs o parceiro privado ficará com o encargo de operar o resultado da obra por prazo longo.

Feitas estas considerações, voltemos, agora, à análise do inciso II do art. 11 do texto do projeto de lei aprovado no Congresso.

O inciso II do art. 11 permite apenas que a realização do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessome-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as PPPs o regime vigente para as obras públicas, ignorando a notória semelhança entre as PPPs e as concessões – semelhança, esta, que, aliás, levou o legislador a caracterizar as PPPs brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa.

Portanto, o art. 11, II, ignora a lógica econômica e jurídica por trás da separação entre os contratos de obra pública e de concessão. Confunde, assim, as obras eventualmente envolvidas nos contratos de PPPs – que, como sabido, são infra-estrutura para a prestação de um serviço que será operado pelo parceiro privado no longo prazo – com obras públicas, cuja operação é realizada diretamente pela Administração.

Era, por isso, de fato, indispensável o veto do inciso II do art. 11 do projeto aprovado no Congresso. Tal veto tornou viável a incidência sobre as PPPs do art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, que requer a realização de “elementos do projeto básico” como condição para a realização das licitações de concessões.

Mas piores que a mera subversão da lógica subjacente ao marco legal existente seriam as indesejáveis conseqüências econômicas de manutenção do inciso II no art. 11. É o tema do próximo item.

XI.3.2 – Das indesejáveis conseqüências econômicas do inciso II do art. 11

As PPPs só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a Administração Pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais é a elaboração de projeto de obras pelo parceiro privado.³⁵⁴

Contratos de PPPs realizados em diversos países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos projetos. Isso porque o parceiro privado, em alguns casos, conhece melhor a técnica necessária e tem capacidade de inovar na definição de soluções que sejam eficientes não somente em relação ao custo do investimento, mas também do serviço, o que lhe permite projetar obras menos onerosas, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração ou pelo usuário.

É de interesse público, portanto, que a lei permita que o parceiro privado elabore não só o projeto executivo, mas todos os projetos de obras, incluindo o projeto básico.

Ressalte-se que, nos casos em que o Poder Público passar ao parceiro privado a responsabilidade de elaboração do projeto básico, deverá especificar, no edital da licitação, os indicadores de resultado que os serviços devem atingir, ficando ao parceiro privado a definição dos meios para alcançar os resultados.

Perceba-se que tem sido uma tendência internacional do direito administrativo, em matéria de concessões e PPPs, a atribuição aos particulares de maior liberdade na definição dos meios para cumprimento das obrigações contratuais, o

³⁵⁴ Notórios se tornaram no Reino Unido os ganhos de eficiência no sistema prisional decorrentes das inovações no desenho das penitenciárias projetadas e construídas sob contratos de PFI.

que é contrabalançado pelo rigor na definição e controle do cumprimento dos indicadores de resultado estabelecidos pelo Poder Público.

Com o veto ao inciso II do art. 11, do texto sob análise obteve-se exatamente este resultado: possibilidade de a Administração dar maior liberdade ao parceiro privado para realização do projeto, de maneira a viabilizar uma cobrança mais estrita e rígida em relação aos resultados.

Perceba-se, enfim, que, em virtude da remissão no *caput* do art. 11 do projeto de lei de PPP ao art. 18 da Lei 8.987/1995, feito o veto, a matéria ficou regida pelo disposto no inciso XV do aludido art. 18, de maneira a exigir da Administração apenas os elementos do projeto básico, facultando, assim, a delegação para o parceiro privado da obrigação de realizar projeto básico e executivo.

XI.4 – A aplicação da arbitragem

A utilização da arbitragem para solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos tem sido apontada como um meio de conferir agilidade, permitir que especialistas indicados pelas partes³⁵⁵ possam decidir as questões emergentes dos contratos, aumentar a segurança jurídica e, portanto, reduzir o preço cobrado pelo parceiro privado, ao final, do Poder Público e do usuário para a prestação do serviço.

Foi com o intuito de atender a esses desideratos que a Lei de PPP inovou, permitindo expressamente a aplicação da arbitragem às PPPs. Interessante é notar que a novidade despertou tal interesse que o Governo, por meio de proposta do Ministério do Planejamento e do BNDES, resolveu estendê-la à Lei de Concessões, o que foi feito pela Lei 11.196/2005, que inseriu o art. 23-A na Lei 8.987/1995.³⁵⁶

Note-se que antes da Lei de PPP constava do inciso XV do art. 23 da Lei 8.987/1995, como cláusula essencial do contrato de concessão, a relativa ao *modo amigável de solução das divergências contratuais*. Alguns entendiam que isso era suficiente para permitir a utilização da arbitragem nos contratos de concessão.³⁵⁷ No Estado do Rio de Janeiro, precursor neste assunto, a Lei 1.481, de 21.7.1989,³⁵⁸ previa, no seu art. 5º, § 2º, e no art. 21, XII, a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de concessão de serviço público, especialmente para os procedimentos de revisão tarifária, e para os litígios em geral decorrentes dos contratos de concessão de obra pública. Neste contexto, diversos contratos de concessão chegaram a prever a possibilidade de arbitragem. A maioria dos teóricos, entretanto, considerava necessária autorização legal expressa para utilização de arbitragem nestes contratos. Especificamente, entendiam que a referência na Lei 8.987/1995 ao “modo amigável de solução das divergências contratuais” não se constituía em fundamento a permitir a utilização da arbitragem.

Na jurisprudência a questão foi levada ao STF, pela primeira vez, no AI 52.181, julgado em 14.11.1973. Por decisão plenária unânime, com base no voto do Min. Bilac Pinto, o STF deu pela constitucionalidade do juízo arbitral em caso que envolvia a Fazenda Nacional.³⁵⁹ Em relação às empresas estatais, o STJ, em outubro/2005, decidiu, no REsp

³⁵⁵. E não membros do Judiciário, cujo cotidiano é, em regra, alheio às peculiaridades dos contratos administrativos em geral, e em especial dos de concessão.

³⁵⁶. Na condição de integrantes da Unidade de PPP do Ministério do Planejamento, tivemos oportunidade de trabalhar em conjunto com Marcos Barbosa Pinto, então Assessor da Presidência do BNDES, na redação das minutas que implementaram tais mudanças.

³⁵⁷. Por todos, cf. Caio Tácito, *Temas de Direito Público*, vol. 3, pp. 83-88.

³⁵⁸. O art. 5º da aludida lei dispõe que:

“Art. 5º. Considera-se justa a remuneração do capital que atenda: I – ao custo efetivo e atualizado do investimento; II – às despesas de administração e operação; III – aos encargos financeiros da empresa, abrangendo, inclusive, a correção monetária e cambial; IV – à depreciação das instalações, na forma da legislação pertinente; V – à amortização do capital; VI – ao pagamento de tributos e despesas previstas ou autorizadas pela lei ou pelo contrato; VII – às reservas para atualização e ampliação do serviço; VIII – ao lucro da empresa.

“§ 1º. As tarifas fixadas no contrato poderão ser vinculadas a um índice previamente estabelecido ou serão revistas periodicamente para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, levando-se em consideração os fatores enumerados neste artigo.

“§ 2º. Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.

“§ 3º. O contrato de concessão deverá prever os mecanismos e critérios adequados para o ressarcimento referido no parágrafo anterior” (grifamos).

Em relação às concessões de obras públicas, a mesma lei dispõe que: “Art. 21. O disposto nesta Lei aplica-se à concessão de obra pública, atendidas as disposições seguintes: (...) XII – o contrato de concessão poderá prever que as divergências entre concedente e concessionária sejam dirimidas por juízo arbitral” (grifamos).

³⁵⁹. Rechaçando o pronunciamento de Luís Machado Guimarães sobre a inconstitucionalidade do juízo arbitral e baseado em parecer de Castro Nunes, constante dos autos, o voto do Relator enuncia: “Ao tempo do Império, assinala o parecer, muitas controvérsias levantaram-se contra a

612.439-RS, pela validade da cláusula compromissória em contrato administrativo celebrado entre a Cia. Estadual de Energia Elétrica, uma sociedade de economia mista, e a AES Uruguaiana. Por outro lado, o TCU tem entendido ser inaplicável o juízo arbitral a contratos que envolvem matéria de direito público, pela incompatibilidade entre o requisito de “disponibilidade dos interesses envolvidos” e o interesse público, salvo no caso de autorização legal específica com essa finalidade.³⁶⁰

A Lei de PPP, ao prever expressamente o uso da arbitragem nos contratos de PPPs, resolveu a controvérsia quanto à sua possibilidade em contratos que envolvem o Poder Público. Deixou, contudo, intactas outras discussões em torno do tema, cuja solução ficará a cargo dos práticos do Direito, doutrina e jurisprudência.

Dessas controvérsias, sobressai a que trata dos limites de aplicação de arbitragem em contratos administrativos. Sua origem entre nós é a idéia de que a arbitragem só pode ser utilizada em conflitos que envolvem direitos disponíveis, que ganhou, aliás, foro legal com a aprovação do art. 1º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). Essa idéia, em conjunto com uma visão mítica de que a Administração não teria possibilidade de dispor sobre interesses cuja proteção lhe seja atribuída, levou ao desenvolvimento da tese da incompatibilidade dos contratos administrativos com a arbitragem.³⁶¹ A previsão legal expressa da arbitragem em contratos administrativos força, agora, a doutrina a rever o mito.

Vale ressaltar ser comum nos contratos de concessão a realização de procedimentos de revisão durante os quais, muitas vezes, ocorre extensa renegociação pela Administração Pública. Na experiência brasileira recente, diversas vezes Agências Reguladoras renegociaram contratos de concessão, modificando, entre outros, os planos de investimento que os integravam, valor da tarifa e obrigações da Administração neles previstas.

Nesses procedimentos de revisão contratual, sob o manto da necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Administração negocia com o concessionário e dispõe sobre os meios e formas para reequilibrar o contrato. Negar a natureza negocial desses procedimentos e que neles ocorra disposição sobre assuntos

possibilidade da extensão do instituto, [da arbitragem] então disciplinado pelo Decreto n. 3.900, de 26.7.1867, às causas da Fazenda Nacional, prevalecendo, no sentido afirmativo, os autorizados pronunciamentos, dentre outros, de Lafayette, Visconde de Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa. *E acrescenta não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria uma restrição à autonomia contratual do Estado, que, como toda a pessoa sui juris, pode prevenir o litígio pela via transaccional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos, na sua relação de natureza contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público, que não podem ser objeto de transação.* A hipótese para qual se instituiu o juízo arbitral pelo Decreto-lei n. 9.521 entra na primeira categoria” (p. 67 do AI – grifamos).

³⁶⁰. No acórdão 584/2003, a 2ª Câmara do TCU, no processo 005.250/2002-2, decidiu pela exclusão da cláusula que previa a solução de controvérsias por meio de arbitragem nos contratos celebrados pela CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial e as geradoras de energia. A CBEE é uma empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que foi criada como parte do pacote de medidas para remediar a crise de 2001 do setor elétrico. Destaca-se do voto do Relator, Min. Ubiratam Aguiar, seguido por todos os Ministros presentes, o seguinte:

“10. Uma outra questão levantada diz respeito à cláusula 47 do contrato, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ele, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307/1996. Segundo o responsável, tal previsão estaria respaldada na própria Lei n. 9.307/1996, uma vez que tratar-se-ia de direitos patrimoniais disponíveis, e também na Lei n. 8.987/1995 (arts. 23 e 25) e na Medida Provisória n. 29/2002 (art. 2º).

“11. Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei n. 9.307/1996, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. *Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender a boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa*” (grifamos).

No que toca à utilização do art. 23, XV, da Lei de Concessões, para fundamentar a previsão contratual de arbitragem, chama a atenção o seguinte trecho do voto do Relator: “12. No que se refere à Lei n. 8.987/1995, o responsável cita o seu art. 23. O inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além de o contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem. Já o § 2º do art. 25 da mesma lei estabelece que os contratos celebrados entre as concessionárias e terceiros serão regidos pelo direito privado. Entretanto, esse dispositivo não se aplica à CBEE, uma vez que ela não é concessionária de serviços de energia elétrica” (grifamos).

E, ainda: “14. Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a Administração Pública, que é o da legalidade. Essa cláusula contratual, portanto, deverá ser excluída do contrato”.

³⁶¹. Dadas a ambigüidade e vagueza da expressão “interesse público”, não seria despropositado sustentar que a Administração dispõe do interesse público inclusive no momento em que define o que pode ser caracterizado como interesse público, pois seleciona uma possibilidade em conjunto de alternativas extremamente amplo.

relacionados com o interesse público seria tentar mascarar sol com peneira. Também não resolve a questão a distinção, neste caso de efeitos escolásticos, entre “interesse público” e “interesse da Administração”.

É a esse tipo de procedimento que, na nossa opinião, a arbitragem pode ser aplicada. Em relação aos contratos administrativos, sem qualquer prejuízo e sem qualquer alteração de um estado de fato, é preciso assegurar a possibilidade de os agentes públicos, dentro de determinados limites, realizarem negociação e, por isso, disporem sobre questões de interesse público.

Uma maneira um pouco mais realista de enfrentar a questão é a sugerida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: dizer que a Administração Pública não negocia o interesse público, mas os meios de melhor atingi-lo. Isso converte os interesses públicos em fins abstratos, cujos meios para consecução podem ser objeto de negociação. Nessa visão, o cerne da discussão desloca-se para a definição do exato lugar em que se põe a linha entre o fim – o interesse público – e os meios para atingi-lo.³⁶²⁻³⁶³

De qualquer modo, haveria dois limites para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão. O primeiro seria a supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia. Como titular – e responsável, em última análise, pela prestação serviço –, cabe à Administração determinar as características do serviço, seus níveis de qualidade e de segurança. Cabe-lhe também zelar pela manutenção de condições de continuidade. Descaberia, por isso, a utilização da arbitragem em controvérsias sobre as assim chamadas “cláusulas regulamentares” do contrato. A utilização da arbitragem não deve resultar em restrição ou limitação do poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido.

Contudo, parece-nos perfeitamente cabível a arbitragem sobre questões econômico-financeiras resultantes ou não de alterações em cláusulas regulamentares. A proteção às condições econômicas em que tenha sido celebrado o contrato torna a questão da quebra do equilíbrio e dos valores envolvidos no eventual reequilíbrio independente da supremacia da Administração relativa aos aspectos regulatórios e ao seu poder de polícia.

Parece-nos merecer atenção específica a questão da forma de realização de eventual reequilíbrio do contrato. Como já fizemos notar nos comentários ao art. 4º, VI, e art. 5º, III, acima, é possível reequilibrar o contrato por meio (a) de modificação no valor da tarifa, (b) de modificação no valor da contraprestação pública, (c) de alteração do plano de investimento ou (d) do prazo do contrato. A supremacia da Administração deve permitir ao Poder Público escolher qual, entre essas formas, deve ser a utilizada para a realização de eventual reequilíbrio do contrato, vez que, apesar de se tratar de questão econômico-financeira, não é alheia às regulatórias.

Ainda no que concerne aos limites da aplicação da arbitragem, parece-nos cabível a arbitragem para qualquer questão de fato, seja ela relativa a cláusula regulamentar ou não. Por exemplo, saber se um dado concessionário cumpriu, ou não, os níveis de serviço pactuados; saber se os parâmetros de segurança estipulados no contrato como condição para o pagamento da contraprestação pública foram, ou não, atendidos pelo parceiro privado etc.

Não cabe, enfim, a arbitragem quando um dos pólos do conflito for o usuário do serviço. A imposição da arbitragem ao usuário do serviço poderia, na prática, inviabilizar o eficaz questionamento, pelo usuário, de posições do parceiro privado. A utilização da arbitragem implica custos e capacidade de organização incompatíveis com a condição de consumidor do serviço. A suposta hipossuficiência do usuário requer que ele possa, se preferir, utilizar o Judiciário. Há, ademais – por razões óbvias –, dificuldades de lidar com os interesses coletivos ou difusos dos usuários em processo de arbitragem, cuja estrutura não é talhada, entre nós, para esse tipo de demanda.

Uma outra dúvida que concerne à aplicação do procedimento arbitral a contratos governamentais é quanto à possibilidade de se fazer arbitragem institucional ou *ad hoc*. No primeiro caso, debate-se, também, a viabilidade de indicar no contrato as regras e a câmara arbitral a serem utilizadas.

Já houve quem se pronunciasse pela preferência por arbitragem institucional considerando os valores envolvidos e a relevância das questões atinentes ao contrato. Parece-nos que, do ponto de vista jurídico, é neutra a escolha entre a arbitragem institucional ou a *ad hoc*, ficando, portanto, à discricionariedade dos agentes que modelarem o contrato.

Quanto à escolha da câmara arbitral, alguns levantam que seria necessária a prévia licitação, ou a utilização do instituto da inexigibilidade de licitação, neste caso, com base no art. 25, II e § 1º, da Lei 8.666/1993. Parece-nos perfeitamente cabível o uso da inexigibilidade de licitação. Note-se que “reputação” é o principal ativo das câmaras

³⁶². Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, “Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais”, *RDA*, vol. 236, p. 261. Cf. também Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, *RDA*, vol. 231, pp.154-155.

³⁶³. Esta visão é compatível com as modificações semânticas que a sociedade contemporânea achegou à noção de interesse público. Sobre esse assunto, entre nós, vale a leitura de Floriano Peixoto de Azevedo, Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*.

arbitrais. Como se aferir em competição a reputação de uma câmara arbitral? Como comparar reputações? No nosso entendimento, trata-se de hipótese de inviabilidade de competição.

XI.5 – As garantias da contraprestação do parceiro privado

O parágrafo único do art. 11 da Lei de PPP é redundante em relação ao art. 10, o qual exige que constem como anexo do edital as minutas de contrato. A exigência constante deste último, evidentemente, abrange as minutas dos contratos de garantia, que indicarão a modalidade, forma e instrumentos a serem para tanto utilizados.

O tema das garantias já foi amplamente tratado nos comentários ao art. 8^o. Por isso, remetemos o leitor àquela secção desta obra.

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea “a” com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva-voz;

IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1^o. Na hipótese da alínea “b” do inciso III do caput deste artigo:

I – os lances em viva-voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva-voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2^o. O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

XII – O regime da licitação: XII.1 – A qualificação de propostas técnicas. XII.2 – Os critérios de julgamento da licitação. XII.3 – A forma de apresentação das propostas econômicas. XII.4 – O saneamento de falhas na documentação. XII.5 – Os lances em viva-voz. XII.6 – O exame das propostas técnicas.

XII – O regime da licitação

O *caput* do art. 12 da Lei de PPP remete o procedimento de contratação das PPPs à legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, o que abrange, entre outras, a Lei 8.666/1993, a Lei 8.987/1995, no caso da União, a Lei 9.491/1997, sobre o PND – Programa Nacional de Desestatização, e a legislação sobre cada um dos setores regulados e respectivas Agências Reguladoras.

Manifesta esse dispositivo o espírito de vincular as licitações de PPPs à experiência já existente no Brasil em competições por contratos desse tipo, por meio da remissão às regras vigentes para tais procedimentos.³⁶⁴

XII.1 – A qualificação de propostas técnicas

³⁶⁴. Cf. item II.4 acima sobre a importância da vinculação dos procedimentos para a contratação de PPP à experiência existente no Brasil com as desestatizações.

O objetivo do inciso I do art. 12 é permitir a aferição de capacidade técnica mínima do licitante, pela avaliação em regime de *pass or fail* (“passa ou perde”) da sua proposta.

Isso se destina às licitações de contratos em cuja execução a técnica tem relevância intermediária, ou seja, para o adequado cumprimento do contrato é preciso, por um lado, que os licitantes demonstrem domínio mínimo dos aspectos técnicos envolvidos na sua execução e, por outro lado, qualquer domínio ou destreza acima do mínimo não acrescenta valor à sua *performance* para a Administração.

Nesse contexto, é conveniente haver uma fase de qualificação de propostas técnicas em regime de *pass or fail*, após a qual o julgamento será pelo melhor preço.

Importa lembrar que efeito equivalente já vinha sendo obtido nas licitações de concessão por meio da aplicação do art. 30, § 8º, da Lei 8.666/1993, que permite exigir a metodologia de execução. Para tanto, requeria-se, a título de metodologia de execução, a formulação de algo que configurava, no fundo, uma proposta técnica, a ser avaliada em regime de *pass or fail*. A modificação operada pela Lei 9.648/1998 na Lei 8.987/1995, ao inserir o inciso VII no seu art. 15 – que permite que qualificação de propostas técnicas preceda julgamento que utilize como critério maior pagamento pela outorga da concessão – e ao modificar seu inciso III – que permite a combinação do previsto no inciso VII com o critério de menor tarifa e maior preço para outorga, previstos, respectivamente, nos incisos I e II do mesmo artigo –, criou novo fundamento para a prática, que então se tornou freqüente entre nós.

No caso de licitação com inversão de fases entre julgamento e habilitação, a qualificação das propostas técnicas poderá tanto preceder o julgamento da proposta econômica quanto ser realizada por ocasião da análise dos documentos da habilitação.

XII.2 – Os critérios de julgamento da licitação

O dispositivo trata dos critérios de julgamento do procedimento licitatório. Permite a aplicação do critério de menor tarifa e de menor tarifa em conjunto com melhor técnica, previstos nos incisos que menciona do art. 15 da Lei de Concessões.

Além disso, permite que se utilize critério de menor contraprestação a ser paga pela Administração Pública e a combinação entre ele e o critério de melhor técnica.

Afastou-se, portanto, em relação às PPPs, a possibilidade de licitação com critério de pura técnica.

Uma hipótese importante de se mencionar é o caso de projeto cujos estudos demonstrem estar no limiar da auto-sustentabilidade financeira, e que admite potencialmente, portanto, sua implementação com uma contraprestação pública tendente a zero ou, mesmo com pagamento pela outorga. Ou seja, trata-se de projeto no limiar entre concessão comum e PPP.

A dúvida, nesse caso, é saber se, modelado por cautela como PPP, no caso de utilização do critério de julgamento de menor contraprestação pública, seria lícito o edital admitir proposta de contraprestação zero e de pagamento pela outorga.³⁶⁵ Pensamos que, bem tratada a questão no edital, não haveria razão para se considerar ilícito o procedimento. A modelagem do projeto como PPP não pode excluir a hipótese de obtenção pelo Poder Público, no procedimento licitatório, de melhores condições que as que estimou, sob pena de configurar restrição indevida à competição, especialmente quando não houver definição de critério de inexequibilidade do projeto, mas apenas assimetria de valoração, decorrente da sua natureza, e em limites que são até mesmo previsíveis (posto que o edital tratou da hipótese).

Note-se que impedir a contraprestação zero ou o pagamento pela outorga é estabelecer um limite mínimo para o preço oferecido pelo licitante para a prestação do serviço. Isso contraria frontalmente o art. 40, X, da Lei 8.666/1993, aplicável às PPPs, que estabelece: “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e *vedados a fixação de preços mínimos*, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 48” (redação dada pela Lei 9.648/1998 – grifamos).

³⁶⁵. Os editais da PPP da Linha 4 do Metrô de São Paulo e da BR 116/324 contemplavam a possibilidade de contraprestação zero e de pagamento pela outorga. No caso do Metrô de São Paulo, o TCESP – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo determinou a exclusão de tal possibilidade do edital.

A regra citada proíbe a fixação de preço mínimo nas licitações de obras e serviços, excepcionando apenas os critérios de inexequibilidade estabelecidos na própria Lei 8.666/1993.³⁶⁶ Neste contexto, proibir contraprestação zero ou pagamento pela outorga em contrato de PPP seria fixar preço mínimo, pois daria limite à capacidade do parceiro privado de reduzir o preço solicitado para a prestação do serviço objeto do contrato.³⁶⁷

Além da ilegalidade mencionada, cumpre notar que não faz sentido, do ponto de vista econômico, estabelecer a contraprestação zero como limite. Seria o mesmo que estabelecer um preço-teto para a venda de um ativo público, de um bem, a ente privado, ou um valor-teto para os pagamentos pela outorga de um determinado serviço. No caso de alienação de um bem ou de pagamento pela outorga de uma concessão, o Poder Público é obrigado a estabelecer um preço mínimo, mas, evidentemente, não faz sentido estabelecer o preço máximo. Ora, do mesmo modo, nas PPPs o Poder Público estabelece o valor máximo de contraprestação, mas não faz sentido estipular o valor mínimo.³⁶⁸⁻³⁶⁹

Poder-se-ia levantar que os dispositivos ora comentados, ao especificarem como critério de julgamento o menor valor da contraprestação, excluem o previsto no art. 15, II, da Lei 8.987/1995, ou seja, a regra que trata do maior pagamento pela outorga como critério de julgamento. Uma resposta possível, para pacificar a alma dos mais formalistas, seria dizer que o critério do menor valor da contraprestação não exclui a possibilidade de contraprestação pública negativa (posto que, evidentemente, as grandezas negativas são menores que as positivas). Ora, o pagamento pela outorga é sinônimo de contraprestação pública negativa.

Posto de lado o formalismo, é mister considerar que, por um lado, deve a Administração ser cautelosa na modelagem do projeto. Por outro lado, não pode ela desperdiçar a oportunidade de receber o melhor preço ofertado pela outorga. À luz do princípio da eficiência, e preservando a competição e a igualdade de tratamento entre licitantes, de se admitir, em casos tais, e desde que devidamente disciplinado no edital, tanto a oferta de contraprestação pública zero quanto a de contraprestação pública negativa, ou seja, pagamento pela outorga.

Admitindo-se a ocorrência da hipótese mencionada, cabe questionar qual a legislação a disciplinar o regime do contrato caso ao final, apesar de modelada como de PPP, a licitação resulte em percepção pelo Poder Público de pagamento pela outorga. Parece-nos que a melhor interpretação é a que mantém o contrato sob a regência da Lei de PPP. Há algumas razões para esse tratamento.

Em primeiro lugar, vale notar que, passada a licitação e extraídos do projeto a contraprestação pública e seus corolários – como, por exemplo, os contratos para sua garantia³⁷⁰ –, não há diferenças fundamentais entre o regime dos contratos de PPP e os de concessão comum.

Ademais, a manutenção do regime de PPP permite maior flexibilidade e ganhos para o Poder Público. Ao se pensar, por exemplo, o “valor de outorga” como “contraprestação negativa”, é perfeitamente possível que a não-prestação do serviço na qualidade contratada impacte imediatamente o valor da contraprestação, da mesma forma como acontece quando é devida pelo Poder Público em favor do concessionário. A única diferença, nesse caso, é que o impacto significa diminuir o valor da contraprestação, o qual, por ser negativo, implica um pagamento maior para o Poder Público.

O tratamento como contraprestação negativa reforça, pois, o incentivo para a adequada prestação do serviço. Para deixar clara tal vantagem, é conveniente lembrar que nas concessões comuns esses casos são tratados com imposição de multas, que, em regra, acabam sendo discutidas por longos períodos antes que o Poder Público possa efetivamente sancionar a conduta do concessionário.³⁷¹ Por isso, o incentivo para a adequada prestação do serviço é muito mais forte

³⁶⁶. Para nossa visão sobre a aplicabilidade dos critérios de inexequibilidade a PPPs e concessões, v. item XI.1, acima.

³⁶⁷. A intenção de impedir estipulação do preço mínimo manifesta-se também na Lei de PPP por meio dos mecanismos que impedem restrição da atividade competitiva na participação do leilão. Cf. comentários ao art. 12, § 1º, I, da Lei de PPP.

³⁶⁸. Devemos a Marcos Barbosa Pinto essa perspicaz comparação entre a licitação para venda de um ativo público e a PPP.

³⁶⁹. Com entendimento contrário, ou seja, recomendando, com base na experiência chilena, o estabelecimento de valores mínimos que assegurem a viabilidade do empreendimento, cf. Andrés Gómez-Lobo e Sergio Hinojosa, “Broad roads in a thin country – Infrastructure concessions in Chile”, *World Bank Policy Research Working Paper* n. 2.279.

³⁷⁰. Se não há contraprestação, também não são necessárias garantias pelo Poder Público.

³⁷¹. Isso se deve a uma interpretação muitas vezes equivocada do princípio do devido processo legal, que acaba por ser utilizado como mecanismo de defesa para procrastinar ou, mesmo, evitar qualquer tipo de sanção (entendida como a consequência jurídica de um fato-hipótese). Infelizmente, desenvolveu-se no Brasil doutrina a despeito da falta de amparo legal que, a nosso ver, virtualmente impossibilita a eficácia da multa, qual seja, a de desestimular a conduta inadequada. Tamanha é a dificuldade para exigir uma multa em favor da Administração, que dificilmente os

no caso da PPP, eis que, ao admitir deduções na contraprestação imediatamente, impõe ao parceiro privado maiores cuidados com a qualidade do serviço.

Outro exemplo de ganho para o Poder Público com a manutenção do regime de PPP pode ser percebido na hipótese de, embora não sendo necessário subsídio no momento da licitação como forma de viabilizar o negócio, este vem a se tornar imprescindível no futuro. Dependendo das variações econômicas, tecnológicas, de segurança etc., e conforme a distribuição de riscos prevista no contrato, o Poder Público terá que revisar as obrigações contratuais. Nesse caso, o regime de PPP permite incluir o pagamento de contraprestação em favor do parceiro privado, como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nas concessões comuns isso seria impossível, levando muitas vezes à redução dos investimentos necessários à adequada prestação dos serviços ou, mesmo, à elevação de tarifa de forma bastante penosa ao usuário final.

O regime de PPP assegura também maior segurança quanto à distribuição de riscos por meio do contrato. Como aludido nos itens IV.6 e V.3, acima, no Brasil há ainda, por parcela da doutrina, interpretação equivocada – a nosso ver – do art. 10 da Lei 8.987/1995. Isso pode, no caso de conversão do regime jurídico do projeto ao de concessão comum, levar à adoção de estratégias por parte do parceiro privado para modificar judicialmente a distribuição de riscos prevista no contrato.

XII.3 – A forma de apresentação das propostas econômicas

A proposta de preço do parceiro privado será necessariamente realizada por escrito e, eventualmente, poderá ser seguida de lances em viva-voz.

A tradição brasileira, que provém das licitações de obras públicas, é a utilização de propostas de preços em envelopes fechados.

A Lei 9.491/1997, que disciplinou o PND – Programa Nacional de Desestatização, permitiu, no § 3º do art. 4º, que as outorgas de concessões, permissões e autorizações fossem realizadas por meio de licitação na modalidade de leilão. Isso tornou possível a utilização dos lances em viva-voz em licitações deste jaez. Desde então, não tem sido estranho ao nosso sistema o uso de lances em viva-voz como meio para a realização de proposta de preço em licitação para concessão de serviço público. O surgimento das Agências Reguladoras, especialmente da ANATEL e da ANEEL, aprofundou esse processo, na medida em que tornou usual a utilização de viva-voz para a realização das licitações para emissão das outorgas pelas quais são responsáveis.

Há discussão no plano da teoria dos leilões sobre as vantagens e desvantagens de apresentação de propostas em duas fases (proposta escrita e lances em viva voz), tal como previsto no art. 12, inc. III, alínea “b”, da Lei de PPP. A Lei de PPP abre a possibilidade de utilização de proposta escrita ou da combinação entre proposta escrita e lances em viva voz, de acordo com as conveniências do caso concreto.

XII.4 – O saneamento de falhas na documentação

O inciso IV do art. 12 pretende possibilitar a criação, nos procedimentos de licitação de PPP, de uma fase de saneamento das falhas da documentação dos licitantes. Seu objetivo é reduzir o – na feliz expressão de Marçal Justen – caráter “gincânico”³⁷² do procedimento licitatório, que requer destreza no cumprimento de formalidades muitas vezes sem qualquer consequência material.

O dispositivo é inspirado na tradição iniciada no art. 9º, § 4º, da Resolução ANATEL-65/1998, que tem sido

contratados pela Administração se sentem pressionados a evitar condutas ilícitas do ponto de vista contratual. A situação é bastante distinta quando se trata de um contrato de PPP, no qual se admite vincular os pagamentos ao nível de serviços prestados. O pagamento é, pois, variável conforme esse nível. A variação nos pagamentos, por sua vez, não constitui imposição de multa, pois reflete simplesmente o valor estimado para a qualidade do serviço prestado. Num contrato de PPP bem elaborado estarão presentes a metodologia de avaliação da qualidade do serviço prestado (indicadores de desempenho) e o órgão ou pessoa responsável por essa avaliação. Assim, não há necessidade de abertura de processo administrativo para se verificar o atendimento, ou não, dos níveis de serviço e, eventualmente, a aplicação de multa. Trata-se apenas de cumprimento de disposição contratual que vincula o pagamento de contraprestação ao nível de serviço prestado. Eventuais litígios devem ser dirimidos conforme previsão contratual, seja por meio de mediação, arbitragem, recurso ao Poder Judiciário ou por qualquer outro mecanismo de solução de controvérsias adotado. Não há nisso qualquer afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa, pois estamos frente ao mero cumprimento das disposições contratuais que determinam a variação do pagamento conforme o nível de serviços prestados.

³⁷². Em palestra realizada no Seminário sobre PPP havido em Belo Horizonte, em 23.11.2005, organizado pela Unidade de PPP do Estado de Minas Gerais.

aplicado com sucesso no mister de reduzir o formalismo das suas licitações.³⁷³

O edital deve disciplinar claramente os prazos a serem abertos para regularização da documentação dos licitantes. No despacho que abre a fase de saneamento, a autoridade contratante deve indicar claramente as falhas a serem supridas. A omissão no despacho saneador não convalida falhas. Portanto, se forem detectadas falhas saneáveis após o despacho saneador, é obrigação da Administração emitir novo despacho, conferindo prazo ao licitante para sanear o vício apontado. Hipótese diversa é a de novas falhas, decorrentes, por exemplo, de atos para sanear falhas anteriores. Nesse caso, evidentemente, a Administração não está obrigada a reabrir prazo para novo saneamento.

Note-se que, ao lado do saneamento de falhas, a Administração tem o dever de, quando entender conveniente, promover diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo, nos termos do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. O procedimento de saneamento falhas previsto no dispositivo ora comentado afasta, entretanto, a aplicação da parte final do referido § 3º, que veda a inclusão de documento ou de informação que deveria constar originalmente da proposta.

XII.5 – Os lances em viva-voz

O § 1º do art. 12 da Lei de PPP disciplina os casos em que as propostas econômicas sejam apresentadas por escrito, seguidas de lances em viva-voz.

O inciso I do aludido dispositivo tem por objetivo permitir que os licitantes com as melhores propostas escritas tenham a vantagem de realizar por último o seu lance em viva-voz. Isso lhes confere a vantagem de escolher se saem do páreo, em cada rodada, após saber o lance dos adversários que ofereceram propostas escritas piores que a sua.

Já a vedação do edital no sentido de limitar a quantidade de lances tem o óbvio objetivo de evitar cerceamento da competição entre licitantes. O limite de preço deverá ser dado pela competição entre licitantes.³⁷⁴

O inciso II visa a possibilitar a utilização de mecanismo que é amiúde utilizado em leilões de duas fases, para garantir a seriedade das propostas a serem realizadas na primeira fase do leilão.

A previsão de uma segunda fase no leilão cria incentivo para que os preços ofertados na primeira não sejam os mais competitivos, de maneira que a competição restaria confinada à última fase do leilão. O mecanismo previsto no inciso II do § 1º do art. 12 tem por objetivo manter competitiva a primeira fase do leilão. Permite que se crie limiar para corte das piores propostas já na primeira fase. Tal limiar será definido pelo edital em um raio de até 20% da melhor proposta ofertada. Frise-se que o edital poderá, todavia, estabelecer raio menor que 20%, a depender das características do mercado e do negócio a ir a leilão.

É interessante notar que no Brasil existe experiência de aplicação de dispositivo dessa natureza nas licitações do setor de energia elétrica, realizadas pela ANEEL, nos quais o raio de corte era inicialmente de 10% da melhor proposta, e mais recentemente passou a ser de 5% da melhor proposta.

XII.6 – O exame das propostas técnicas

O § 2º do art. 12 da Lei de PPP exige que a qualificação ou julgamento das propostas técnicas seja realizada com base em parâmetros objetivos e pertinentes ao objeto do contrato. Trata-se de dispositivo com objetivo de balizar a utilização do critério técnica para contratação.

Assinale-se que a Lei 8.666/1993, ao disciplinar as licitações de melhor técnica e técnica e preço, restringiu seu uso a serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial a elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, serviços de gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de

³⁷³. O art. 9º da Resolução 65/1998 da ANATEL dispõe:

“Art. 9º. A finalidade da licitação é garantir igualdade de oportunidades aos interessados, quando haja limite ao número de prestadores de serviços ou de uso de radiofrequências.

“§ 1º. A observância do rito procedimental é imprescindível, mas não suficiente, para o atingimento da finalidade da licitação.

“§ 2º. Não importará em afastamento do licitante o desatendimento de exigências formais que não comprometam a aferição da sua qualificação ou a compreensão do conteúdo da proposta, desde que o proponente possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

“§ 3º. As normas que disciplinam a licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados.

“§ 4º. Com vistas a assegurar um maior número de ofertas, os editais de licitação poderão admitir a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o proponente possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório” (grifamos).

³⁷⁴. Cf. item XII.2, acima, onde nos posicionamos contra o estabelecimento de preços mínimos nas licitações de PPPs.

estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46, *caput*, da Lei 8.666/1993). Permitiu, ademais, que, por exceção, com autorização expressa da maior autoridade da Administração contratante, possam os critérios de técnica ou técnica e preço ser aplicados para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admita soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório (§ 3º do art. 46 da Lei 8.666/1993).

Ora, tal restrição na utilização de critério de técnica tem por base suspeita de que sua utilização pode se fazer para dirigir licitações, por exemplo, valorando positivamente, no edital, experiências, *expertises* ou características de um ou de determinado grupo de licitantes, sem aderência às reais necessidades da prestação do serviço.

No marco legal das concessões, contudo, evoluiu-se para maior liberalidade no uso da técnica como critério de julgamento, mantendo-se, entretanto, evidentemente, a necessidade de pertinência das exigências para a adequada prestação do serviço e a obrigação de evitar limitação indevida da competição. Em relação a esse assunto, a Lei 8.987/1995 apenas requer que o edital de licitação contenha os parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas (§ 2º do art. 15). Como a Lei 8.987/1995 trata a questão sem restringir o uso do critério de técnica, afasta a aplicação dos dispositivos da Lei 8.666/1993 sobre o assunto.

A Lei de PPP acompanha a Lei 8.987/1995, exigindo apenas que a qualificação e julgamento de propostas técnicas se façam por ato motivado (exigência que já se aplicava nos quadrantes da Lei 8.987/1995, em decorrência da obrigação de motivar os atos³⁷⁵), com base em parâmetros claros e objetivos, pertinentes ao objeto do contrato e estipulados no edital.

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

XIII – A inversão de ordem nas fases de habilitação e julgamento.

XIII – A inversão de ordem nas fases de habilitação e julgamento

A inversão de ordem de fases de habilitação e julgamento é instrumento para simplificar o procedimento licitatório e lhe conferir maior celeridade. Ela permite iniciar o procedimento de licitação pela abertura das propostas, e somente após definição do licitante melhor classificado a Administração passa à análise da sua documentação de habilitação.

A vantagem fundamental da licitação com inversão de fases em relação às tradicionais está no fato de – enquanto nas licitações tradicionais o Poder Público está obrigado a, antes de abrir a proposta de preço (combinada eventualmente com a proposta técnica), analisar a documentação relativa à qualificação financeira, técnica, regularidade fiscal e jurídica de todos os participantes – nas licitações com inversão de fases o Poder Público só analisar a qualificação e regularidade do licitante que ofereceu a melhor proposta.

Isso torna o procedimento de licitação muito mais ágil e implica grande economia para o Poder Público, pois

³⁷⁵. O princípio da motivação pode ser extraído a partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal, que permite visualizá-lo como corolário dos princípios expressamente destacados na Magna Carta da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade (art. 37). Portanto, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação. Para as decisões administrativas dos tribunais vige, mesmo, regra expressa: art. 93, X, aplicável ao Ministério Público por força do § 4º do art. 129, também da Carta Magna. Além disso, vale notar que a Administração Pública Federal está também obrigada pelo princípio da motivação, em face do art. 2º da Lei 9.784/1999.

reduz a quantidade de documentos a serem analisados no procedimento licitatório e o trabalho para gerenciar e lidar com a grande quantidade de impugnações administrativas e judiciais que ocorrem quando a habilitação se dá antes da abertura das propostas.

Note-se que a inversão das fases no procedimento de licitação não é inovação no nosso Direito. Os arts. 20 e ss. da Resolução ANATEL-65/1998 já a previam, e sua aplicação tem sido feita com sucesso nas licitações dessa Agência,³⁷⁶ assim como no âmbito da licitação sob a modalidade de pregão, nos termos do art. 4º da Lei 10.520/2002.

Cumprir lembrar que, apesar de o dispositivo não mencionar o assunto, a garantia de proposta do licitante deverá ser analisada antes da classificação de proposta e oferecimento de lances. Entendimento contrário tornaria inútil a garantia de proposta.

É interessante notar ainda que a Lei 11.196/2005, por meio da inserção na Lei 8.987/1995 do art. 18-A, estendeu a possibilidade de utilização da inversão de fases também às licitações de concessões comuns.

Capítulo VI

Disposições Aplicáveis à União

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:

I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;

III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;

IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

§ 1º. O órgão mencionado no *caput* deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;

II – Ministério da Fazenda;

III – Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º. Das reuniões do órgão a que se refere o *caput* deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º. Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

§ 4º. Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no *caput* deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

§ 5º. O órgão de que trata o *caput* deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

§ 6º. Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

XIV – O órgão gestor das PPPs: XIV.1 – A definição dos setores prioritários para a realização de PPP. XIV.2 – A disciplina dos procedimentos para a celebração de PPP. XIV.3 – A abertura da licitação e a aprovação do edital. XIV.4 – Os relatórios de execução dos contratos. XIV.5 – A composição do órgão gestor: XIV.5.1 – A participação no órgão gestor de representantes dos contratantes. XIV.6 – Deliberação sobre a contratação de PPP. XIV.7 – A estrutura para apoio técnico ao órgão gestor: XIV.7.1 – Os modelos de estrutura de apoio técnico e as opções do Governo brasileiro: XIV.7.1.1

³⁷⁶. Vale notar que na sistemática estabelecida pelos arts. 20 e ss. da Resolução ANATEL-65/1998 a regra é que a abertura dos invólucros com as propostas se dê antes da abertura dos que contêm documentos relativos à habilitação. Por isso, quando os arts. 101 e 102 da referida resolução disciplinam a inversão de fases nos quadrantes do marco regulatório do setor de telecomunicações, eles estão a dispor sobre a possibilidade de se utilizar o procedimento tradicional de licitação, no qual, como cediço, a abertura dos documentos de habilitação precede a dos da proposta.

XIV – O órgão gestor das PPPs

Vale dizer, preliminarmente, que esse dispositivo abre o capítulo das disposições aplicáveis à União. Como é cediço, compete à União legislar a respeito de *normas gerais* sobre licitações e contratos, conforme art. 22, XXVII, da CF. Por isso, com o escopo de evitar ou, ao menos, de minimizar a discussão sobre em que medida a Lei 11.079/2004 teria tratado apenas de normas gerais ou avançado indevidamente no campo de normas específicas, o próprio diploma normativo apartou, das normas gerais, um conjunto delas, consideradas específicas e aplicáveis apenas à União.

Essas regras específicas, de aplicabilidade restrita à União, encontram-se entre os arts. 14 e 22 da Lei de PPP. Tanto a estrutura do órgão gestor de PPP³⁷⁷ (arts. 14 e 15) quanto as normas relativas ao FGP – Fundo Garantidor de PPP (arts. 16 a 21) tratam da viabilização de instrumentos institucionais para assegurar o sucesso do programa federal de PPP. O art. 22 impõe o limite de 1% da receita corrente líquida para efeito de contratação de PPP pela União. São todas, portanto, regras específicas para a União.

Feito esse breve esclarecimento, passemos à análise do art. 14.

A razão principal de existência do órgão gestor das PPPs está na compatibilização entre a estrutura institucional criada para viabilizar o processo de desestatização havido no Brasil nos últimos anos com as peculiaridades das PPPs.

Ao longo dos anos 90, a reforma institucional destinada a implementar o processo de desestatização transferiu para Agências Reguladoras o poder de emissão das outorgas das concessões comuns em diversos setores econômicos. Isso foi feito porque havia, na época, entendimento no sentido de que, ficasse a implementação da desestatização nas mãos da Administração direta, ela não sairia do papel.

Processos de reforma institucional e administrativa com vista à redução da atuação direta do Estado na economia – tal qual o que ocorreu entre nós nas últimas duas décadas – requerem dupla força propulsora. De um lado, é necessária a decisão política de lhes dar cabo, com determinação para romper com as resistências dos grupos que a ele se opõem. De outro, mostra-se imprescindível a criação da estrutura burocrática capaz de se desvencilhar das práticas anteriores, criando e praticando novos usos, regras, procedimentos, rompendo, assim, com as forças internas da burocracia resistentes à mudança.

As Agências Reguladoras foram criadas para desempenhar em cada setor regulado, entre outros, esse papel de órgão responsável pelo desenvolvimento das novas práticas burocráticas decorrentes do processo de desestatização. Buscou-se concentrar nelas todas as competências necessárias à implementação do processo de desestatização, como, por exemplo, o poder de emissão das outorgas.

Adotou-se essa solução apesar de ser desaconselhável, conforme já indicava a literatura internacional daquela época, reunir em um mesmo órgão o poder regulador e a competência para a promoção do programa de desestatização, que se traduz formalmente no poder de emissão das outorgas. A melhor prática é ser o órgão regulador independente do processo de promoção da desestatização, para assegurar sua independência e neutralidade. A atividade regulatória – isto é, de emissão de normas, acompanhamento e fiscalização dos contratos, solução de conflitos, enfim, de gerenciamento do cumprimento dos contratos pelos entes detentores de outorgas – requer capacidade das Agências de exercer função de mediadora entre o Governo e os parceiros privados contratados para a exploração dos serviços. Essa função de mediação fica, ainda que parcialmente, comprometida se as Agências forem responsáveis pela emissão das outorgas, pois deixam de ser entes neutros, para figurarem como um dos pólos da relação contratual e se tornarem, ao mesmo tempo, responsáveis pelo sucesso do programa de desestatização.

Essa transferência para as Agências Reguladoras do poder de emissão das outorgas, apesar de desaconselhável, é perfeitamente viável, do ponto de vista orçamentário-fiscal, em relação às concessões comuns. Ela é, entretanto, de difícil compatibilização com as PPPs.

Como as PPPs envolvem o comprometimento de recursos orçamentários por prazos médios ou longos, por razões óbvias, não poderiam as Agências Reguladoras decidir sobre a celebração de PPPs, independentemente dos órgãos responsáveis pelo orçamento. Essa é a principal razão de existência do órgão gestor de PPP do Governo Federal. Trata-se de conciliar a estrutura institucional montada para a viabilização da desestatização nos anos 90 com a exigência das

³⁷⁷. O art. 14 da Lei de PPP previu a criação de “órgão gestor de parcerias público-privadas federais”, que foi instituído por meio do Decreto Presidencial 5.385/2005, sob a denominação de “Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal”.

PPPs de comprometimento de recursos públicos futuros. Isso explica também a composição do órgão gestor: formado por representantes dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, que são exatamente os órgãos do Governo responsáveis pela decisão das questões relacionadas ao orçamento público.

Pensado inicialmente apenas para responder pelos aspectos orçamentários das PPPs, o órgão gestor de PPP do Governo Federal tomou na lei e no decreto que o instituiu (Decreto 5.385/2005) feição do órgão a gerenciar todos os aspectos das PPPs concernentes à Administração direta. Por isso, atribuíram-se-lhe competências que dizem respeito não apenas às questões orçamentárias, conforme comentaremos a seguir.

Em cumprimento ao estabelecido no *caput* do art. 14, o Decreto 5.385/2005 instituiu o CGP – Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas e criou estrutura técnica e administrativa para seu apoio, constituída pela CTP – Comissão Técnica de Parcerias Público-Privadas e pela Secretaria Executiva desses órgãos.

XIV.1 – A definição dos setores prioritários para a realização de PPP

O controle dos aspectos orçamentários das PPPs implica definir quais os setores a serem priorizados para gastos dessa natureza. A intenção é que cada Governo estabeleça os setores e os serviços a serem tratados como prioridade para a implementação de projetos sob a forma de PPPs. O nível de generalidade ou especificidade da definição do que é prioritário depende da opção de cada Governo em relação ao planejamento das PPPs. O Decreto 5.385/2005 previu, como instrumento de planejamento do programa federal de PPPs, o PLP – Plano de Parcerias Público-Privadas, que deve, ao mesmo tempo, apontar os setores prioritários e indicar, por exemplo, conjunto de projetos a serem estudados para a implementação sob a forma de PPPs. Isso pode ser especialmente importante, dada a necessidade de investimentos relevantes para a realização dos estudos relativos à avaliação e à modelagem dos projetos.

XIV.2 – A disciplina dos procedimentos para a celebração de PPP

Atribuiu-se ao órgão gestor a competência de disciplinar os procedimentos para a celebração dos contratos de PPP. Basicamente, é necessário disciplinar a forma pela qual os órgãos da Administração direta e indireta competentes para celebrar os respectivos contratos poderão obter a autorização do CGP – Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas.

Dado que a modelagem de contratos de PPP pode envolver custos altos, é conveniente disciplinar separadamente pelo menos dois momentos. O primeiro seria um pedido de autorização preliminar que permitiria ao órgão a contratação da modelagem. O segundo, o procedimento para efetiva aprovação da modelagem como um todo, juntamente com os editais e contratos, e abertura do procedimento licitatório.

XIV.3 – A abertura da licitação e a aprovação do edital

A competência para autorizar a abertura do procedimento licitatório e aprovar o edital (e as minutas de contratos, que a ele seguem anexas) permite ao CGP deliberar sobre aceitar ou não a modelagem do negócio, com todos os riscos que dele resultam para a Administração e com todas as suas conseqüências de caráter econômico-financeiro.

Note-se que é também nessa oportunidade que o CGP aprecia, contesta ou avaliza os estudos e documentos mencionados no art. 10 da Lei de PPP, que constituem requisitos para a abertura do procedimento de licitação.

Questão relevante, do ponto de vista procedimental, é saber o que se entende por “abertura da licitação”. Existem duas opções. A primeira seria entender que o órgão gestor autoriza a abertura do procedimento administrativo que resultará ao final na contratação. Ele autorizaria, portanto, o início da assim chamada “fase interna” da licitação, fase preparatória que ocorre no órgão contratante. A segunda opção seria entender-se que a abertura da licitação se refere à abertura da fase externa da licitação, que ocorre com a publicação do edital.

Parece-nos óbvio que o dispositivo está a ser referir à abertura da fase externa da licitação. A evidência principal disso é que ele menciona a aprovação do edital. Ora, obviamente, no ato de abertura da fase interna da licitação ainda não há edital para ser aprovado. Ademais, não faria qualquer sentido que o órgão gestor de PPP tivesse que opinar sobre a abertura, no órgão setorial ou na Agência Reguladora, da análise de um dado projeto que pode ou não resultar, ao final, na modelagem de uma PPP.

XIV.4 – Os relatórios de execução dos contratos

Tão importante quanto a preparação para a celebração dos contratos de PPP é a montagem de estrutura para

acompanhamento da execução dos contratos.

Apesar de a Lei de PPP não ter alterado as competências para celebração e acompanhamento de contratos – que permanecem com os órgãos setoriais e com as Agências Reguladoras –, deixou ao órgão gestor a apreciação dos relatórios de execução dos contratos a serem preparados pelos órgãos setoriais e pelas Agências Reguladoras. A idéia é estabelecer rotina de acompanhamento e avaliação do andamento dos contratos em cada setor, assim como uma rotina de avaliação pelo órgão gestor do programa de PPP como um todo.

XIV.5 – A composição do órgão gestor

A composição do órgão gestor, conforme explicamos no item XIV, acima, explica-se pela interface entre as PPPs e as questões orçamentárias. Como as PPPs implicam comprometimento de recursos públicos por prazos longos, é conveniente a participação no órgão gestor dos Ministérios mais diretamente envolvidos com as questões orçamentárias (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Fazenda) e com os aspectos políticos (Casa Civil da Presidência da República).

Note-se que o *caput* do dispositivo menciona que o órgão gestor será composto por representantes dos Ministérios que menciona. Dada a importância política do programa de PPP, resolveu-se que o representante de cada Ministério no órgão gestor deveria ser o próprio Ministro, secundado, em regra, pelo Secretário da Secretaria, em cada Ministério, mais envolvida com o programa.

Na nossa opinião, mais adequado seria que o órgão gestor fosse composto pelos titulares das Secretarias, em cada Ministério, mais envolvidas com o programa de PPP. Isso reduziria a burocracia envolvida na tramitação dos processos, pois a assinatura de documentos por Ministros exige, em regra, além do parecer de sua consultoria jurídica, o parecer das assessorias técnicas envolvidas e da sua Secretaria Executiva. A aprovação, entretanto, de documentos por secretários pode prescindir dessas formalidades quando o signatário for competente para o ato e entender ser dispensável prévio parecer da consultoria jurídica do Ministério e da Secretaria Executiva. Nesse caso, os editais e contratos só teriam que ser submetidos à apreciação da consultoria jurídica dos órgãos contratantes (Ministérios setoriais e Agências Reguladoras), o que é, ademais, exigido em vista da competência das consultorias jurídicas e procuradorias para apreciar e aprovar editais e contratos, à luz das normas que incidem sobre a atividade da Advocacia-Geral da União.

XIV.5.1 – A participação no órgão gestor de representantes dos contratantes

Uma vez que o órgão gestor foi vertido em órgão na Administração direta responsável pelo gerenciamento do programa de PPP, tornou-se necessário que nas reuniões sobre assuntos relacionados às competências dos órgãos setoriais tais órgãos estivessem representados, ainda que sem direito de voto.

XIV.6 – Deliberação sobre a contratação de PPP

Além de todos os estudos mencionados no art. 10 da Lei de PPP, deverão constar do processo para a deliberação sobre a contratação de PPP, conforme o art. 14, § 3º, dois pronunciamentos prévios: um do Ministério do Planejamento, sobre o mérito do projeto, e outro do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de 1% da receita corrente líquida para despesas com PPPs.

Em relação ao parecer a ser emitido pelo Ministério do Planejamento, importa verter atenção sobre o conceito de “mérito do projeto”. Evidentemente que ele remete à idéia de mérito do ato administrativo, que abrange a apreciação da sua conveniência e oportunidade.

Note-se que a definição da conveniência e oportunidade da celebração de contrato de PPP implica processo longo e uma série de análises que abrange, entre outros, a definição das demandas que serão atendidas pelo projeto – como parte, evidentemente, do planejamento setorial –, análise preliminar do custo/benefício do projeto³⁷⁸ e comparação com

³⁷⁸. Sobre os critérios a nortear o investimento público, taxa de desconto a ser empregada, custo de capital, custo de oportunidade e taxas de retorno a serem requeridas, v.: R. A. Brealey, I. A. Cooper e M. A. Habib, “Investment appraisal in the public sector”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, n. 4, pp. 12-28; Andrew B. Abel, Avinash K. Dixit, Janice C. Eberly e Robert S. Pindyck, “Options, the value of capital and investment”, *NBER Working Paper* 5.227. Sobre a análise tradicional de custo/benefício, cf.: I. M. D. Little e J. A. Mirrlees, *Manual of Industrial Project Analysis*, 1969, e *Project Appraisal and Planning*, 1974; Partha Dasgupta, Stephen Marglin e Amartya K. Sen, *Guidelines for Project Evaluation*, 1972. Notando deficiências na análise tradicional de custo/benefício e propondo correções de curso e desdobramentos, cf.: I. M. D. Little e J. A. Mirrlees, “Project appraisal and planning twenty years on”, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*

outros com função equivalente,³⁷⁹ concepção e, por fim, desenvolvimento (avaliação e modelagem) do projeto. Durante todas essas análises caberá aos órgãos envolvidos, técnicos e políticos, decidir sobre a conveniência e oportunidade de irem adiante, de realizarem o passo seguinte na direção da implementação do projeto. Daí que, quando da apresentação do projeto ao CGP, já a esta altura devidamente avaliado e modelado, várias decisões sobre seu mérito já foram tomadas. Por essa razão, é nossa posição que o parecer sobre o mérito do projeto a ser emitido nesse ponto pelo Ministério do Planejamento deve se focar (a) eventualmente em resumir as razões que trouxeram o projeto até aquele estágio, ou seja, as justificativas das decisões que levaram ao dispêndio de recursos necessários à sua avaliação e modelagem, que, a rigor, devem traduzir a conveniência e oportunidade de sua implementação; (b) justificar sua implementação sob a forma de PPP em oposição às possibilidades de implantação por meio de investimento público direto (por exemplo, contratos de obra, fornecimento de equipamentos, e depois de operação e manutenção) ou, quando viável, concessão comum.

Quanto ao parecer do Ministério da Fazenda sobre a viabilidade da concessão da garantia e da sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e os limites do art. 22, dado o valor dos compromissos públicos indicados nos estudos preparatórios da modelagem e considerando os riscos atribuídos à Administração, o Ministério da Fazenda deve, de um lado, dizer da viabilidade de outorga de garantias nos montantes exigidos para assegurar o interesse da iniciativa privada pelo projeto, sobre a melhor forma de outorga dessas garantias (por exemplo, se por meio de seguro contratado perante órgãos multilaterais, fiança emitida pelo FGP – Fundo Garantidor de PPP etc.), e, doutro lado, analisar o cumprimento do limite de 1% da receita corrente líquida com despesas relativas às PPPs. A realização dos estudos previstos no art. 10 da Lei de PPP consubstancia material suficiente para a instrução do parecer sobre o cumprimento do limite do art. 22, de maneira que em relação a esse ponto nada de novo será necessário, comparado ao previsto no art. 10.

XIV.7 – A estrutura para apoio técnico ao órgão gestor

O § 4º do art. 14 da Lei de PPP autoriza o órgão gestor a criar sua estrutura de apoio técnico.

O Governo preferiu definir, por decreto, que a estrutura técnica e administrativa do órgão gestor, intitulado, pelo Decreto 5.385/2005, de “CGP – Comitê Gestor de Parceira Público-Privada”, será integrada por órgãos já existentes.

Em relação ao apoio administrativo, utilizou a estrutura criada na ASSEC – Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Já em relação ao apoio técnico preferiu criar conselho formado por representantes dos órgãos implicados nas tarefas necessárias à montagem do programa federal de PPP.³⁸⁰

1990, 1991; Shantayanan Devarajan, Lyn Squire e Sethaput Suthiwart-Narueput, “Beyond rate of return: reorienting project appraisal”, *The World Bank Research Observer*, vol. 12, n. 1, pp. 35-46; A. E. Boardman, D. H. Greenberg, A. R. Vining, e D. L. Weimer, *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, 1996. Sobre o problema da precificação de investimentos públicos sob a forma de obra pública, cf. B. Flyvbjerg, “Undersampling costs in public works projects”, *APA Journal*, vol. 68, n. 3. Para uma visão sistemática da metodologia de avaliação de projetos empregada atualmente no Reino Unido, cf. HM Treasury, *The Green Book – Appraisal and Evaluation in Central Government*, janeiro/2003.

³⁷⁹ A análise de custo/benefício do projeto e comparativa com outros funcionalmente equivalentes deverá ser feita pelo Ministério setorial ou Agência Reguladora. Por exemplo, imagine-se um projeto ferroviário para transportar carga de uma determinada área produtora no interior do país para um porto exportador. Decerto que não faria sentido exigir que o Ministério do Planejamento emitisse parecer sobre as razões por que tal ferrovia é a opção logística preferível em relação, por exemplo, ao transporte rodoviário ou às eclusas que eventualmente viabilizem o transporte hidroviário na região. Esse juízo sobre a conveniência do projeto em relação a outras opções do setor é algo que deve ser feito pelo Ministério setorial por ocasião da inclusão do projeto entre as suas prioridades. Portanto, o parecer do Ministério do Planejamento deve cingir-se a definir por que a opção de implementação sob a forma de PPP é preferível à sua realização como investimento direto ou sob a forma de concessão comum.

³⁸⁰ O art. 10 do Decreto 5.385/2005 estabeleceu a composição da CTP, *verbis*:

“Art. 10. A Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas – CTP será integrada por: I – dois representantes titulares e respectivos suplentes de cada um dos seguintes órgãos: a) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; b) Ministério da Fazenda; e c) Casa Civil da Presidência da República; II – um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos e entidades: a) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; b) Ministério dos Transportes; c) Ministério de Minas e Energia; d) Ministério da Integração Nacional; e) Ministério do Meio Ambiente; f) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES; g) Banco do Brasil S/A; e h) Caixa Econômica Federal.

“§ 1º. Cabe ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão designar os membros da CTP, indicados pelos titulares dos órgãos e entidades referidos neste artigo.

“§ 2º. No âmbito da CTP funcionará Grupo Executivo, integrado por um representante de cada órgão constante do inciso I, com atribuições estabelecidas no Regimento Interno do CGP.

“§ 3º. Os trabalhos da CTP serão coordenados por um dos representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que será designado pelo respectivo Ministro de Estado para esse fim.

“§ 4º. O Coordenador da CTP poderá convidar representantes de entidades públicas ou privadas para participar das atividades da Comissão.

“§ 5º. Das reuniões da CTP destinadas ao exame de projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da

A opção de criação por decreto da estrutura de apoio do órgão gestor não afasta, entretanto, o poder que lhe foi dado pela lei para auto-organização, criando estrutura própria para seu funcionamento. Seria cabível, portanto, ao órgão gestor desdobrar e sofisticar a estrutura de apoio que foi criada por decreto.

XIV.7.1 – Os modelos de estrutura de apoio técnico e as opções do Governo brasileiro

XIV.7.1.1 – Centralização e descentralização horizontal³⁸¹⁻³⁸²

Existem, basicamente, dois modelos³⁸³ de organização da estrutura de apoio técnico a órgãos condutores de programas de PPP. O primeiro seria o modelo centralizado, no qual se concentrariam em órgão único todas as *expertises* e competências necessárias à implementação do programa de PPP.

Tal órgão pode ser parte da Administração direta ou ser uma entidade autônoma, nos moldes de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos, por exemplo, da *PUK Partnerships UK*.³⁸⁴

Os países que optaram por um órgão centralizador geralmente os criaram vinculados, ou como parte, ao equivalente, em sua estrutura administrativa, ou ao Ministério da Fazenda ou ao Ministério do Planejamento. A exceção neste ponto é o Chile, que vinculou tal órgão ao Ministério de Obras Públicas.

Em alguns casos tal órgão, após uma fase inicial de desenvolvimento das linhas mestras do programa de PPP, desdobra-se em subunidades, departamentos ou filiais vinculados aos órgãos setoriais. O melhor exemplo disso, entre nós, é a estrutura montada pela Estado de Minas Gerais, na qual de uma Unidade de PPP central, vinculada à Subsecretaria de Assuntos Internacionais, desenvolveram-se Unidades de PPP setoriais.³⁸⁵ Esse desenho facilita a disseminação dos conhecimentos e metodologias sobre a celebração de contratos de PPP para os diversos órgãos setoriais a se envolverem no programa de PPP.

Uma outra possibilidade é a distribuição das competências e *expertises* necessárias à celebração de contratos de PPP por diversos órgãos da Administração Pública. Essa foi a opção do Governo Federal brasileiro, que manteve sob a

Administração Pública Federal direta, em cuja área de competência esteja enquadrado o assunto objeto da contratação em análise.”

É nosso entendimento que a CTP deveria ser extinta, pois a multiplicidade e a diversidade das missões dos órgãos que a integram tornam virtualmente inviável seu efetivo funcionamento como instância de análise técnica. A se manter a idéia de uma comissão de assessoramento técnico do CGP, melhor seria que tal Comissão fosse composta apenas pelos órgãos mais implicados no gerenciamento do programa de PPP, quais sejam, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o Ministério da Fazenda e a Casa Civil da Presidência da República. Na nossa opinião, entretanto, o melhor desenho seria que o Decreto 5.385/2005 criasse um único órgão de assessoramento ao CGP (e não uma Comissão) e que esse órgão ficasse responsável tanto pelo suporte técnico ao CGP quanto pelo seu assessoramento administrativo. Tal órgão poderia integrar a estrutura do Ministério do Planejamento e ser intitulado “Unidade de PPP”. Essa posição, entretanto, não prevaleceu nas discussões que deram origem ao Decreto 5.385/2005.

³⁸¹. Na doutrina do direito administrativo é comum opor “descentralização” a “desconcentração”, referindo-se a primeira à distribuição de competências entre pessoas jurídicas da Administração, e a segunda ao processo de distribuição interna de competências. Os termos “centralização” e “descentralização” são utilizados no título deste item no seu sentido ordinário, desvinculado do sentido técnico adotado pelos teóricos do direito administrativo.

³⁸². Chamamos de “descentralização vertical” a havida entre os diferentes entes governamentais da Federação, o Governo Federal (ou Central, a depender do modelo de Estado adotado), o Estadual e o Municipal ou local. Esta descentralização é, em vários Estados, uma questão legal, e muitas vezes uma questão constitucional, como no caso do Brasil. Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 atribui aos Estados a competência de realizar a distribuição de gás, à União a transmissão de energia, e aos Municípios a prestação de transporte público local. Em todos os casos, o Governo pode prestar os serviços diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização. A convite do Banco Mundial, o autor Mauricio Portugal Ribeiro tratou do tema da descentralização vertical em apresentação intitulada “Decentralization and central coordination”, em colóquio organizado pelo Banco Mundial, intitulado *PPPI – Public-Private Partnerships in Infrastructure Days*, ocorrido em 8-9.6.2006 em Washington, DC. A mencionada apresentação realizou-se no dia 8 de junho. Um resumo das principais mensagens transmitidas na palestra ministrada bem como cópia dos *slides* utilizados podem ser encontradas no livro intitulado *Proceedings from PPPI Days 2006 – June 8-9, 2006*, editado pelo Banco Mundial, ou no *site* www.wbippi.org. O vídeo da mencionada palestra encontra-se disponível no *website* <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/WBIPROGRAMS/PPPI/P0,,contentMDK:21026497~menuPK:461142~pagePK:64156158~piPK:64152884~theSitePK:461102,00.html>.

³⁸³. A palavra “modelo” é utilizada, aqui, no sentido de “tipos ideais” de organização.

³⁸⁴. Estatal britânica que desempenha a função de unidade de PPP do Governo inglês.

³⁸⁵. Cf., por exemplo, a Portaria 003/2004, de 9.2.2004, da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais, que cria a Unidade Setorial de PPP no âmbito da aludida Universidade.

competência dos órgãos setoriais (Agências Reguladoras e Ministérios) o desenvolvimento de projetos, celebração e acompanhamento de contratos; atribuiu ao Ministério do Planejamento a competência de assessorar e supervisionar o desenvolvimento de projetos, particularmente em relação aos projetos-piloto, e ao Ministério da Fazenda a responsabilidade de avaliar o impacto fiscal de cada projeto, realizar sua classificação do ponto de vista contábil e supervisionar o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal. A atribuição dessas competências a órgãos distintos impõe desafio no que toca à coordenação das atividades desses diversos órgãos, no seu assessoramento ao Comitê Gestor de PPP.

XIV.7.1.2 – Modelos funcionais de unidade de PPP

É possível distinguir, quanto às funções atribuídas às unidades de PPP, pelo menos dois desenhos. Além disso, esses desenhos variam de acordo com a amplitude das funções atribuídas à unidade de PPP.

Já fizemos no presente trabalho, na “Introdução”, item I, que a expressão “PPP” é utilizada em sentido diferente em Inglês e no Português brasileiro. Essa diferença de sentido corresponde também a diferenças na configuração das funções das unidades de PPP.

As unidades de PPP no Brasil são geralmente focadas na implementação de projetos que se caracterizam como PPP, nos termos da Lei 11.079/2004, ou seja, concessões administrativas ou patrocinadas.

Já as unidades de PPP no contexto, por exemplo, anglo-saxão estão focadas na viabilização do projeto, independentemente do exato desenho contratual. São, neste sentido, unidades de negócio. Sua competência define-se como órgão centralizador do assessoramento técnico da Administração Pública para a implementação de projetos por meio da celebração de contratos de longo prazo, inclusive societários, com antes da iniciativa privada. Isso dá flexibilidade a tais unidades quanto ao desenho a ser utilizado para implementar cada projeto, sem que isso afete sua competência de conduzir/assessorar o desenvolvimento dos projetos. O melhor exemplo deste tipo de unidade é a *PUK Partnerships UK*.

No Brasil a prática tem sido a de se criar unidades de PPP voltadas exclusivamente para o suporte no desenvolvimento da estrutura institucional e dos projetos de concessão administrativa e patrocinada. É assim na União. Tem sido assim nos Estados e Municípios. A competência, portanto, dessas unidades cinge-se à viabilização dos programas que envolvem contratos com a estrutura econômica de concessão³⁸⁶ e nos quais há previsão de alguma forma de pagamento público. O gráfico abaixo, de autoria de Marco Contardi, consultor da CAF – Corporação Andina de Fomento, aponta o conjunto de atividades geralmente exercidas pelas unidades de PPP no contexto brasileiro.

Atividades da Unidade de PPP

Na nossa opinião, isso não faz sentido. A melhor prática seria montar unidades de PPP no sentido amplo, unidades responsáveis pelo assessoramento técnico dos órgãos de governo no estabelecimento de parcerias de longo prazo com a iniciativa privada, independentemente do desenho legal ou contratual de tais parcerias. Isso daria a tais unidades a flexibilidade de estudar e adotar, para cada projeto que lhes fosse submetido, o desenho mais eficiente para atingir os objetivos do Governo. Note-se que não é incomum que, após a realização de estudos de viabilidade sobre um determinado empreendimento, se chegue à conclusão de que há formas mais eficientes para sua implementação que a contratação de concessão administrativa ou patrocinada. Nestes casos, a prática atual tem sido de transferência da condução do projeto para as estruturas técnicas já constituídas para a realização dos demais arranjos contratuais. Por exemplo, no caso de se descobrir, após os estudos de viabilidade, que o negócio é auto-sustentável financeiramente, e que, por isso, é viável sua implementação sob a forma de concessão comum, transfere-se a condução do desenvolvimento do projeto da unidade de PPP para a estrutura montada para a realização de concessões de serviço público (por exemplo, uma Agência Reguladora), que, então, terá que se assenhorear de processo em andamento para modelar concessão.³⁸⁷ Evidentemente que isso não faz sentido. O ideal seria que a estrutura técnica a iniciar os estudos

³⁸⁶. Sobre a estrutura econômica da concessão, cf., na “Introdução”, o item I.3.

³⁸⁷. Veja-se o que aconteceu com o projeto do tramo norte da Ferrovia Norte-Sul, que foi estudado pela Unidade de PPP do Ministério do Planejamento para ser implementado sob a forma de concessão administrativa ou patrocinada. Os estudos realizados pela CAF – Corporação Andina de Fomento demonstraram que em alguns cenários seria viável a implementação sob a forma de concessão comum. Houve, então, uma decisão do Governo de não utilizar a forma de PPP, e sim a de obra pública para um determinado trecho e subconcessão (a ser feita pela Valec, empresa pública concessionária da ferrovia) para um outro trecho. Por essa razão, a competência para a condução do desenvolvimento do projeto foi transferida do

sobre a melhor forma de implementação do projeto o conduzisse até pelo menos a assinatura dos contratos. Isso seria possível se a competência das unidades de PPP existentes do Governo Federal, Estados e Municípios fosse estendida, para que elas se tornem unidades de PPP em sentido amplo, ou seja, estruturas técnicas destinadas a assessorar o Governo na criação de estrutura institucional e no desenvolvimento de projetos que envolvem relações contratuais (inclusive de sociedade) de médio e longo prazos com entes privados.

O intento de estender a competência das unidades de PPP existentes é coerente com um conjunto de outras carências de estrutura técnica e administrativa que existem hoje na grande maioria dos entes governamentais no Brasil. A realização de processos de desestatização de uma forma geral ou o estabelecimento de relações de longo prazo com entes privados requerem a centralização em um dado órgão da atividade de sua promoção. Na União, por exemplo, o órgão que centralizou tal atividade durante a década de 90 foi o BNDES, na condição de gestor, indicado pelo CND – Conselho Nacional de Desestatização, de vários processos de desestatização.³⁸⁸ Essa centralização é importante, por várias razões.

Em primeiro lugar, a realização de contratos de longo prazo com a iniciativa privada não pode ser gerenciada *ad hoc*. Seu adequado funcionamento requer a criação de um mercado competitivo pela celebração de tais contratos com o Poder Público, sem o quê a transferência de ganhos de eficiência para o Poder Público e para o usuário pode ficar prejudicada. Ora, isso exige o desenvolvimento de uma carteira de projetos com prazos críveis para sua contratação, que permita à iniciativa privada preparar-se adequadamente para dar cabo do desiderato.³⁸⁹ Note-se que a preparação pela iniciativa privada para participar dos processos licitatórios implica custos e requer tempo. O melhor incentivo para que seja realizado o investimento privado adequado é a existência de um verdadeiro portfólio de projetos e de um compromisso político firme do Poder Público para com a realização das contratações.

Além da existência da carteira de projetos, é importante centralizar em um órgão a comunicação com a sociedade, e especialmente com os setores mais implicados na consecução dos programas de desestatização. Perceba-se que a clareza a respeito das intenções do Poder Público em processos de desestatização, ou, melhor, a redução das assimetrias de informação a respeito das intenções das partes envolvidas na desestatização, é também importante para a obtenção de maior concorrência, percepção pela iniciativa privada de menor risco e, por conta disso, tendência a ter melhores preços nas contratações.

Uma terceira razão para a centralização em um único órgão da gestão de processo de desestatização ou de celebração de contratos de longo prazo com entes da iniciativa privada é a necessidade de formar um centro de conhecimento que acompanhe o desenvolvimento das melhores práticas internacionais a respeito da implementação de processos de desestatização e adaptação de tais práticas ao contexto doméstico.³⁹⁰

Uma última razão é a necessidade de considerar nos processo de modelagem dos projetos a experiência já existente no Brasil de regulação nos diversos setores econômicos. Note-se que inexistente órgão que acompanhe em conjunto (sem se restringir a este ou àquele setor) toda a experiência brasileira de relacionamento contratual de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada.³⁹¹ É indispensável que o órgão a conduzir o processo de desestatização esteja a par e considere a experiência de regulação naquele setor e eventual aplicação de práticas desenvolvidas em outros setores.

Ministério do Planejamento para o Ministério dos Transportes. Apesar de esta ser a solução cabível no desenho institucional atual, evidentemente que ela é extremamente ineficiente.

³⁸⁸. Cf. art. 6º, § 1º, e arts. 17 e 18 da Lei 9.491/1997, que estabelecia ser o BNDES, em regra, o gestor dos processos de desestatização, podendo o CND apontar outro órgão, quando entender conveniente.

³⁸⁹. Essa preparação tem, na verdade, duas fases. A primeira diz respeito ao mercado de consultoria para o desenvolvimento de projetos, que precisa se preparar e, muitas vezes, se sofisticar para atender às expectativas do Poder Público e dos parceiros privados no desenvolvimento (avaliação e modelagem) de projetos para o Poder Público e para os entes privados a participarem das licitações. A segunda fase concerne à preparação dos potenciais parceiros privados propriamente ditos, os operadores, construtores, financiadores e empresas de seguros.

³⁹⁰. Isso requer esforço de recrutamento, formação e manutenção de quadros técnicos capazes de se manter em contato com os centros de excelência no assunto e de fazer a ponte entre as melhores práticas internacionais e a realidade nacional. Para isso é necessária a definição de um sistema de remuneração e incentivos adequado para atração e manutenção de tais quadros no Poder Público, pois, evidentemente, pessoas com esse perfil e treinamento são extremamente valorizadas pela iniciativa privada.

³⁹¹. Atualmente, a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico é o órgão que cumpre função mais próxima disso, pois funciona como uma espécie de *ombudsman* no Governo da atividade de regulação das diversas Agências independentes. O foco da SEAE é, todavia, sobretudo nas consequências macroeconômicas da regulação.

Uma outra questão diz respeito ao papel, à missão atribuída às unidades de PPP.³⁹² Sobre isso, ver o gráfico³⁹³ abaixo:

Percurso estratégico de Unidade PPP

O primeiro modelo é o de uma força-tarefa voltada para a implementação de objetivos de curto prazo, sobretudo para o desenvolvimento e contratação dos primeiros projetos.

O segundo modelo é o de um órgão de assessoramento nas políticas de investimento público por meio do estabelecimento de relações de médio e longo prazos com entes da iniciativa privada. O foco, neste caso, seria a consultoria a órgãos públicos e a difusão do conhecimento sobre o assunto para os agentes setoriais, Estados, Municípios e entidades de classe do setor privado.

A experiência inglesa e a de outros países que montaram programas de PPP leva a crer que a tendência é a de evolução das unidades de PPP do modelo da força-tarefa em direção a assessoria/centro de conhecimento.

XIV.8 – Relatórios de execução dos contratos de PPP

Na condição de órgão a gerenciar o programa de PPP federal, o órgão gestor ficou com a atribuição (art. 14, § 5º, da Lei de PPP) de remeter ao Tribunal de Contas e ao Congresso Nacional os relatórios de desempenho dos contratos de PPP, com periodicidade anual.

Trata-se de mecanismo para permitir ao Congresso e ao Tribunal de Contas o acompanhamento dos contratos de PPP. Note-se que o dispositivo menciona “relatórios de desempenho” dos contratos – o que indica opção por relatórios sumários focados no cumprimento dos indicadores de desempenho relativos ao objeto do contrato.

XIV.8.1 – Disponibilização ao público dos relatórios de execução dos contratos de PPP

Esse dispositivo foca-se em garantir a publicidade dos relatórios com o objetivo de assegurar, em relação às PPPs, o cumprimento do assim chamado “princípio da transparência” dos atos da Administração. Para tanto, exige que, ressalvadas as informações sigilosas, os relatórios enviados ao Tribunal de Contas e ao Congresso Nacional sejam disponibilizados ao público na Internet.

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

XV – A competência e o procedimento para contratação de PPP: XV.1 – Os procedimentos para o desenvolvimento de projeto de PPP. XV.2 – A recepção de estudos, investigações e projetos da iniciativa privada. XV.3 – Acompanhamento pelo órgão gestor dos contratos de PPP.

XV – A competência e o procedimento para contratação de PPP

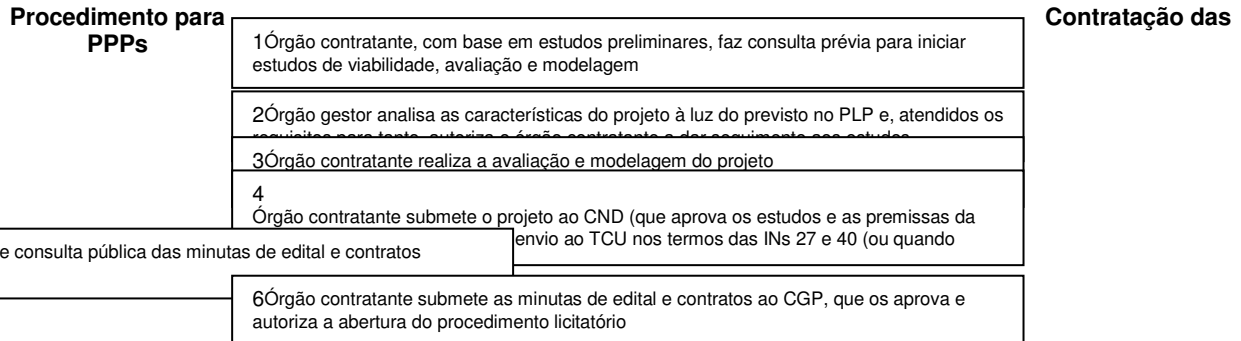
A Lei de PPP buscou manter intactas as competências das Agências Reguladoras e dos Ministérios setoriais no que diz respeito a contratação, acompanhamento e fiscalização dos contratos. Por isso, cabem aos respectivos Ministérios, Agências e demais entes da Administração indireta a contratação, fiscalização e acompanhamento da execução dos contratos de PPP. É também através desses órgãos que o órgão gestor acompanha o andamento dos

³⁹². Somos gratos a Marco Contardi, consultor da CAF – Corporación Andina de Fomento, pelas discussões e diversas contribuições a respeito dos modelos de unidade de PPP.

³⁹³. Gráfico de autoria de Marco Contardi, consultor da CAF – Corporação Andina de Fomento.

contratos de PPP.

Abaixo esboçamos sumariamente o procedimento para a contratação das PPPs do Governo Federal e comentamos cada um dos passos. Dadas a complexidade de determinadas partes do procedimento e a dificuldade de representá-las graficamente, as figuras abaixo devem ser tomadas como simplificações para fins didáticos, cujo detalhamento está nos textos explicativos que lhes seguem. Separamos também o procedimento ordinário de contratação das PPPs do procedimento adotado para a contratação dos assim chamados “projetos-piloto”,³⁹⁴ ou primeiros projetos de PPP.



XV.1 – Os procedimentos para o desenvolvimento de projeto de PPP

O procedimento de consulta prévia não está ainda regulamentado no âmbito do Governo Federal. Espera-se que sua disciplina seja realizada no Regimento Interno do CGP, ainda não aprovado.

A necessidade do procedimento de consulta prévia está na otimização dos gastos com a avaliação e modelagem de projetos. Como os custos de avaliação e modelagem de projetos de PPP são altos, é conveniente que, antes de realizar dispêndios deste jaez, o órgão contratante obtenha do CGP sinal de que o projeto, de fato, se enquadra nos perfis definidos pelo CGP para a contratação sob a forma de PPP. Os Estados de Minas Gerais e de São Paulo já têm procedimentos regulamentados de consulta prévia aos seus órgãos gestores dos respectivos programas de PPP. No caso da União, a análise de enquadramento do projeto deve ser realizada pelo CGP com base nas linhas mestras a serem estabelecidas no PLP – Plano de Parcerias Público-Privadas, previsto no art. 3º, VI, do Decreto 5.385/2005, que também ainda não foi formulado.³⁹⁵

A função da consulta prévia determina a natureza dos estudos que devem ser remetidos ao CGP nessa fase. São os estudos realizados pelo Poder Público, com as informações de campo de que ele dispõe independentemente da contratação de terceiros. Naqueles casos em que o Poder Público dispõe de estrutura para tanto, não é incomum que esses estudos consubstanciem praticamente estudos de pré-viabilidade técnica e econômico-financeira.

Observe-se que, apesar de ser conveniente a realização da consulta prévia, a existência desse procedimento não altera a competência para contratação de PPP dos órgãos setoriais. Por isso, podem os órgãos setoriais contratar a modelagem de projetos independentemente da submissão ao CGP. É, evidentemente, conveniente que, ao se tratar de projeto cujo perfil aponte para PPP, seja ouvido o CGP antes da contratação da modelagem. Pode, entretanto, ocorrer que determinado projeto, pensado inicialmente como uma concessão comum, ao longo da realização dos estudos, mostre que sua implementação deve ser realizada sob a forma de PPP. Nesse caso, o projeto será levado ao CGP, independentemente do procedimento de consulta prévia.

Em regra, o órgão a assinar o contrato de PPP é o que deve levar a consulta ao CGP. No caso, entretanto, de órgão da Administração indireta, é conveniente que a consulta prévia seja realizada pelo órgão da Administração direta (Ministério setorial) ao qual esteja vinculado, de maneira que os Ministérios setoriais possam centralizar e organizar as prioridades do seu setor.

No caso de projeto já incluído no PND – Programa Nacional de Desestatização, em virtude do disposto no art. 13

³⁹⁴. Não confundir os projetos-piloto de PPP com o PPI – Projeto-Piloto de Investimento, que é um projeto acordado com o FMI – Fundo Monetário Internacional, o qual desconsidera, para efeito de mensuração do resultado primário, determinados investimentos em infra-estrutura. O PPI brasileiro está centrado, sobretudo, no setor de transportes.

³⁹⁵. A razão de o PLP não ter sido formulado é a opção do Governo de só fazê-lo após as primeiras experiências de contratação de PPPs, quando, então, se terá melhor conhecimento sobre a que setores e tipos de projetos a estrutura das PPPs brasileiras pode ser melhor aplicada.

do Decreto 5.385/2005, o órgão responsável por apresentar o projeto perante o CGP é o designado pelo CND – Conselho Nacional de Desestatização como responsável por gerenciar a implementação do processo de desestatização nos termos do art. 18 da Lei 9.491/1997.

Questão importante é saber se estatais não-dependentes (por não estarem incluídas no conceito de “estatal dependente” estabelecido nos termos do art. 2º, III, da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal) – como, por exemplo, a Petrobrás e a Eletrobrás – e que comprometem apenas receitas próprias futuras para a realização de PPP precisariam de autorização do CGP e do CND. A questão é especialmente importante nos casos em que se tratar de concessões administrativas ou de contratos que, apesar de receberem nome jurídico diverso, têm a mesma estrutura econômica das concessões administrativas, ou seja, contratos para prestação de serviço à própria estatal ou a terceiros, que consubstanciem atividade econômica em sentido estrito. Decisão recente do CGP³⁹⁶ apontou para a necessidade de todas as concessões administrativas, de estatais dependentes ou não, serem submetidas ao CGP. Parecer da área técnica (emanado pela ASSEC – Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento) apontou também a conveniência de haver um procedimento expedito para a apreciação desses projetos pelo CGP.

Não será necessária a autorização do CND quando o objeto do contrato não envolver serviços públicos. A legislação federal sobre o PND – Programa Nacional de Desestatização só considera desestatização as concessões de serviços públicos (art. 2º, III e § 1º, “b”, da Lei 9.491/1997), pois nelas ocorre delegação à iniciativa privada da exploração de um serviço cujo titular é o Estado, nos termos do art. 175 da CF. Concessões que envolvem a mera exploração de atividade econômica em sentido estrito, como são algumas concessões administrativas, ao contrário, não se submetem ao procedimento previsto na legislação sobre o PND. Entendimento diverso levaria à necessidade de que se submetessem ao CND os contratos de prestação de serviços comuns, celebrados por estatais no âmbito da Lei 8.666/1993 – o que, evidentemente, não faz sentido. Como já fizemos notar nos comentários ao art. 2º, as concessões administrativas são um meio de tornar possível a contratação da prestação de serviço (nos moldes dos já existentes na Lei 8.666/1993) utilizando a estrutura econômica do contrato de concessão. Por isso, no que toca à sua submissão ao Programa de Desestatização, ele estaria na mesma posição dos contratos de prestação de serviço da Lei 8.666/1993. Portanto, apenas nos casos em que o contrato (concessão patrocinada, administrativa ou comum) envolver a delegação de serviços públicos será necessária a submissão ao CND – Conselho Nacional de Desestatização.

Por óbvio, também constitui condição para submissão ao CND a inclusão do projeto no PND. Essa ressalva é importante, porque, a rigor, não é necessário que o projeto tenha sido incluído no PND para que possa ser desestatizado. Apesar disso, a prática tem sido incluir no PND, pois isso permite a incidência da legislação criada especificamente para os processos de desestatização – instrumento facilitador do qual não convém abrir mão.

Já no que concerne ao CGP a questão é mais complexa. Há dois aspectos a serem considerados. O primeiro diz respeito à questão orçamentária. O segundo diz respeito à forma do contrato.

Em relação ao primeiro aspecto, como ponto de partida, é preciso considerar que a Lei de PPP não faz distinção entre PPP celebrada por estatal dependente e PPP celebrada por estatal independente, de maneira que uma interpretação literal levaria a se submeter todos os contratos que têm a estrutura econômica das PPPs ao CGP.

Creemos necessário consignar, contudo, que não nos parece razoável que estatais não-dependentes – que têm, portanto, receitas próprias – devam submeter os contratos que assinarem aos mesmos procedimentos daquelas consideradas dependentes. Novamente, nesse ponto, a justificativa econômica para submissão dos contratos de PPP ao CGP não seria diferente da justificativa para fazê-lo em relação, por exemplo, aos contratos de prestação de serviço nos moldes da Lei 8.666/1993; o que, no nosso entender, demonstra não ter sentido submeter tais contratos ao CGP.

O segundo aspecto relaciona-se com a forma do contrato. Quando do surgimento da Lei de PPP, já existiam no Brasil estatais que, por peculiaridades do marco legal a elas aplicável, podiam celebrar contratos cuja estrutura econômica é em tudo semelhante às concessões administrativas e patrocinadas. Citamos apenas dois exemplos mais eloquentes: o da Petrobrás e o da Eletrobrás.

A Petrobrás, diretamente ou por meio das suas controladas, celebra contratos com entes privados para construção e operação de plataformas em relação aos quais a estrutura econômica e a forma de financiamento obtida pelo parceiro privado são muito semelhantes às utilizadas nas PPPs. Isso é possível porque a Petrobrás, com base no item 7.1.1 do Anexo do Decreto 2.745, de 24.8.1998, entende que seus contratos estão submetidos ao regime de direito privado.³⁹⁷

³⁹⁶. Tomada na sua 4ª reunião, havida em 28.9.2006.

³⁹⁷. Esta posição é um tanto controversa, porque o item 7.1.1 do Decreto 2.745, de 24.8.1998, baseia-se no art. 67 da Lei 9.478, de 6.8.1997. Referido dispositivo legal prevê a possibilidade de regulamento estabelecer procedimento simplificado de licitação, mas nada fala sobre o regime dos contratos. Portanto, o item 7.1.1 do Anexo do Decreto 2.745/1998 vai além da previsão constante do art. 67 da Lei 9.478/1997.

Esse entendimento tem sido importante para permitir que ela mova investimentos para fora do seu balanço (*off-balance sheet*) – o que, no contexto em que seu caixa está submetido ao cumprimento das metas de resultado primário do Governo, tem viabilizado investimentos que atualmente não poderiam ser realizados diretamente.³⁹⁸

Um outro exemplo é a Eletrobrás, cuja atuação enquanto contratante dos projetos incluídos no PROINFA – Programa de Incentivo às Fontes de Energia Alternativa, instituído pela Lei 10.438, de 26.4.2002, permite a celebração de contratos cuja estrutura econômica se assemelha às concessões patrocinadas, nas quais o ente público outorga garantia de demanda mínima. Ora, apesar das semelhanças do ponto de vista econômico entre os contratos de PPP e aqueles realizados para a exploração de PCH – Pequenas Centrais Hidrelétricas no âmbito do PROINFA, dada a especificidade do marco legal do PROINFA, não faz sentido submetê-los à Lei 11.079/2004 e, portanto, à aprovação do CGP.

Como já mencionamos acima, a análise do órgão gestor deve levar em consideração os critérios estabelecidos no PLP, se houver PLP vigente. É importante lembrar, entretanto, que a escolha dos projetos configura ato discricionário. Assim, desde que motivado o ato, não há impedimento algum ao CGP para decidir por dar seguimento aos estudos de um dado projeto mesmo que ele não integre as prioridades estabelecidas no PLP.

Os requerimentos dirigidos ao CGP serão submetidos aos órgãos de apoio técnico, especialmente ao Grupo Executivo da CTP – Comissão Técnica de Parcerias Público-Privadas (mencionado no art. 10, § 2º, do Decreto 5.385/2005) para a realização da análise técnica dos estudos preliminares, verificação da compatibilidade com o PLP e emissão dos pareceres recomendando ao CGP decisão sobre o assunto.

Tomada a decisão do CGP sobre a conveniência de se avançar na modelagem do projeto, o órgão contratante tomará as providências para a realização diretamente, por meio de contratação de terceiros ou da celebração de convênio, dos estudos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos (inclusive os editais e contratos necessários à celebração da PPP). Ver sobre isso o item III da “Introdução” desta obra, no qual consta descrição dos estudos que são necessários para a implantação de uma PPP.

Feitos os estudos de viabilidade econômico-financeira da PPP (que congregam os estudos técnicos, de demanda, projeto de engenharia, ambiental e modelagem econômico-financeira), o órgão contratante deverá enviá-los ao CND, conforme o art. 6º, II, “a” a “e”, para aprovação da modelagem da desestatização.

Feita a aprovação da modelagem pelo CND, o órgão contratante poderá enviar os estudos de viabilidade ao TCU, para cumprir o art. 7º, I (primeiro estágio da análise), da Instrução Normativa 27, de 2.12.1998, do TCU.³⁹⁹ Além dos estudos de viabilidade,⁴⁰⁰ o TCU exige que se enviem os seguintes documentos, nessa primeira fase: (i) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; e (ii) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

O TCU estabelece prazo mínimo de 30 dias⁴⁰¹ entre a recepção dos estudos e a publicação do edital (cf. art. 8º, I, da Instrução Normativa 27/1998). Durante esse prazo a Administração pode, entretanto, iniciar o processo de consulta pública do edital e do contrato, conforme requer o art. 10, VI, da Lei de PPP, e eventuais consultas públicas e audiências requeridas pela lei que disciplina o setor⁴⁰² e pela Lei de Licitações, art. 39.⁴⁰³

³⁹⁸. A Petrobrás move os investimentos para fora do balanço fazendo contratos, por exemplo, que permitem a um dado parceiro seu construir ou operar uma plataforma de petróleo remunerando-se do investimento realizado na construção por meio do recebimento de pagamentos pela operação da infra-estrutura. Ao realizar contratos desse tipo, a empresa move para fora do seu balanço as obrigações de investimento, que são transferidas para o parceiro com o qual celebrou o contrato, que, por sua vez, utiliza as receitas futuras a serem obtidas com a exploração da plataforma para obtenção do financiamento para sua construção. As metas de resultado primário brasileiras, por consequência da metodologia de apuração estabelecida originalmente entre o Governo e o FMI, abrangem a Administração indireta, inclusive as estatais. O mais comum na experiência internacional é, entretanto, que as metas sejam estabelecidas apenas para a Administração direta.

³⁹⁹. Para as concessões rodoviárias há instrução normativa específica, a de n. 46, de 25.8.2004, que, embora reflita a mesma lógica da Instrução Normativa 27/1998, é bastante mais detalhada e apresenta prazos distintos.

⁴⁰⁰. Nos exatos termos da Instrução Normativa 27/1998, trata-se de: “a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados”.

⁴⁰¹. No caso da Instrução Normativa 46/2004, do TCU, específica para concessões rodoviárias, esse prazo é de 45 dias.

⁴⁰². Por exemplo, a Lei 10.233/2001, que disciplina o setor de transportes, exige, no seu art. 34-A, que as condições básicas do edital sejam submetidas a prévia consulta pública.

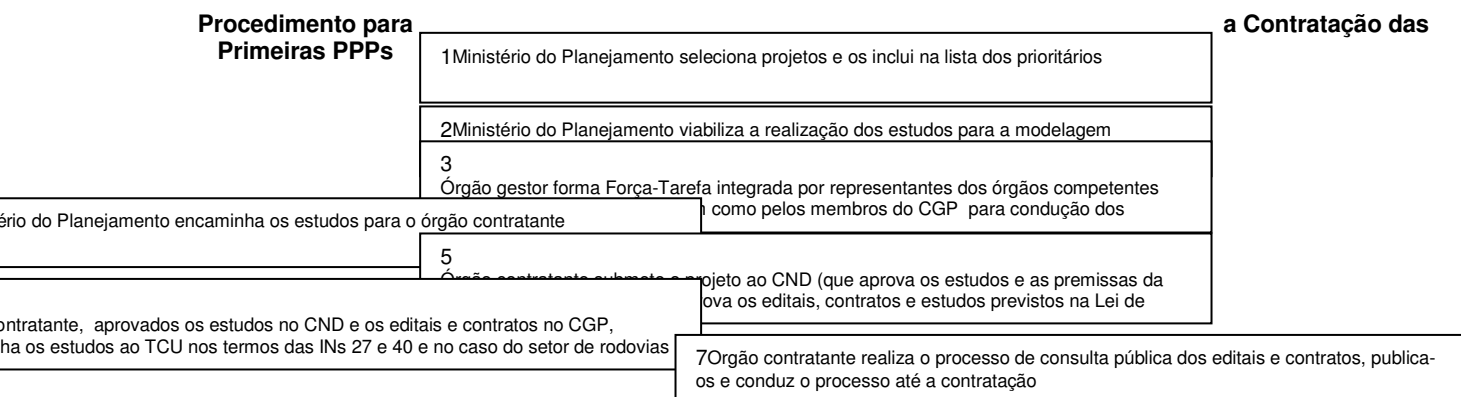
Observe-se que a Lei de PPP não deixa claro o momento de submissão das minutas de contrato e de edital ao CGP; apenas menciona que ele deve aprovar os editais e minutas de contrato e autorizar a abertura do procedimento de licitação (art. 14, III). Evidentemente que a menção à abertura do procedimento de licitação deve ser lida como referindo-se à abertura da fase externa da licitação, ou seja, à publicação do edital e dos contratos, pois não faria sentido algum que a abertura do procedimento administrativo que culmina na licitação fosse condicionada à autorização do CGP.

Há duas opções de construção do procedimento para a contratação da PPP em relação à posição do CGP. A primeira seria obter a aprovação do CGP antes da ida das minutas de edital e de contrato à consulta pública. Essa opção tem a vantagem de levar ao conhecimento e contribuição do público apenas o documento já apreciado pela instância política competente para autorizar a abertura do procedimento licitatório. Nesse caso, se a consulta pública levar a modificações de monta no edital e/ou no contrato, a documentação deverá ser novamente submetida ao CGP, para aprovação final, antes da sua publicação. A outra opção é deixar que o CGP aprecie apenas a versão final dos documentos, após as modificações que decorrem da consulta pública. Qualquer das opções parece-nos perfeitamente possível, dada a forma como a Lei de PPP disciplinou o assunto.⁴⁰⁴

De qualquer forma, o último ato do procedimento no âmbito do CGP será a autorização para abertura do procedimento licitatório. Para essa decisão, todos os estudos exigidos pelo art. 10 da Lei de PPP deverão ser submetidos, juntamente com as minutas de edital e contratos, ao CGP, para sua aprovação.

Decorrido o prazo de 30 dias de envio dos documentos mencionados acima ao TCU, sem manifestação deste ou com manifestação favorável ao seguimento do processo, realizada a audiência pública (se cabível), decorrido o prazo de consulta pública, aprovadas as minutas de edital e contrato no CGP e por ele autorizada a abertura do procedimento licitatório, o órgão contratante poderá publicar o edital, realizar a licitação e contratar o vencedor.⁴⁰⁵

Considerando as novidades trazidas pela Lei e pelo programa de PPP e a necessidade de desenvolver cultura para a contratação das PPPs, o Governo Federal decidiu adotar procedimento diferenciado para as primeiras contratações. O gráfico abaixo descreve perfunctoriamente tal procedimento.



A diferença em relação ao processo ordinário de contratação está sobretudo nos momentos iniciais até a realização dos estudos para a modelagem das PPPs.

O Ministério do Planejamento desenvolveu uma série de critérios para selecionar os primeiros projetos a serem estudados para eventual contratação sob a forma de PPP, quais sejam: (a) contribuição para o desenvolvimento de um eixo logístico de integração e/ou exportação; (b) alta capacidade de geração de receitas do projeto; (c) alto grau de

⁴⁰³. É nossa posição que o procedimento de consulta pública previsto na Lei 11.079/2004 afasta a exigência de audiência pública nos termos do art. 39 da Lei 8.666/1993 para os projetos de PPP. Quanto a esse assunto, remetemos o leitor aos comentários no item X.6.

⁴⁰⁴. No primeiro projeto de PPP do Governo Federal, o das Rodovias BR 116/324, no Estado da Bahia, optou-se por realizar ambas, a aprovação pelo CGP prévia e posterior à consulta pública das minutas de edital e contrato.

⁴⁰⁵. Após a publicação do edital e do contrato, ainda será preciso, além de observar as regras da Lei de PPP e das Leis 8.987/1995 e 8.666/1993 em relação ao procedimento de licitação, enviar ao TCU diversos documentos, conforme a Instrução Normativa 27/1998, para subsidiar os demais estágios de fiscalização.

desenvolvimento do projeto; (d) interesse manifestado pela iniciativa privada.

Com base nesses critérios, foram analisados diversos projetos ainda no final de 2004. Os mais bem colocados foram definidos pelo CGP como prioritários: a Ferrovia Norte-Sul, as Rodovias BR 324 e 116, o Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, o Ferroanel de São Paulo e a Variante Ferroviária Guarapuava-Ipiranga.

Em 2005, após a conclusão pela CAF – Corporação Andina de Fomento e pela VALEC- Engenharia, Construções e Ferrovias S/A dos estudos de viabilidade para a implantação do tramo norte da Ferrovia Norte-Sul, entre as cidades de Babaçulândia e Palmas, chegou-se à conclusão de que em alguns cenários o projeto poderia ser implementado como concessão comum. Por uma série de razões – que não cabe abordar aqui –, o Governo preferiu tratar o projeto como concessão comum, razão por que todos os estudos conduzidos pelo Ministério do Planejamento foram encaminhados ao Ministério dos Transportes e à VALEC para utilização na modelagem da concessão comum.

Para o projeto da Rodovia BR 116/324 foi firmado, em novembro/2005, um termo de cooperação entre *IFC – International Finance Corporation* (órgão do grupo Banco Mundial encarregado do fomento à iniciativa privada), BNDES e Ministério do Planejamento, sob o qual foi desenvolvido o projeto.

Diversos outros projetos foram analisados pela Unidade de PPP do Ministério do Planejamento, alguns dos quais continuam sob acompanhamento da Unidade. Entre esses, podem ser citados os projetos de irrigação do Pontal e do Baixo do Irecê, a Rodovia BR 116, trecho da divisa entre a Bahia e Minas Gerais a Governador Valadares, a BR 040, de Brasília a Belo Horizonte, a BR 381, de Belo Horizonte a Juiz de Fora, e a BR 163, o projeto do Datacenter, cuja construção e operação serão contratadas em conjunto pelo Banco do Brasil e a CEF – Caixa Econômica Federal.

Em relação aos projetos do Ferroanel de São Paulo e da Variante Guarapuava-Ipiranga há discussão em curso no Governo sobre a conveniência de implementá-los por meio de inclusão dos investimentos nos respectivos contratos de concessão ferroviários existentes, da MRS Logística e da Brasil Ferrovias (atualmente controlada pela ALL), e reequilíbrio de tais contratos por meio, por exemplo, da redução dos valores pagos pelo arrendamento.

Apesar dos trabalhos desenvolvidos no plano técnico para aperfeiçoamento da carteira, não houve, no entanto, alteração formal da lista de projetos prioritários.

Note-se que, em relação aos projetos formalmente definidos como prioritários, o CGP autorizou que o Ministério do Planejamento – na condição de coordenador do CGP – praticasse os atos necessários a viabilizar a realização dos estudos, tais como sua contratação, a celebração de convênios etc. Contudo, a CONJUR – Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento desenvolveu entendimento de que o Ministério do Planejamento não tinha competência formal para a realização das licitações para a avaliação e modelagem dos projetos de PPP. Isso impediu que ao longo de 2005/2006 o Ministério do Planejamento realizasse a contratação dos estudos para a implementação dos projetos inseridos na sua carteira.

Dada a necessidade de que os estudos sejam contratados e conduzidos com participação dos órgãos contratantes, e considerando que a implementação dos projetos de PPP envolve diversidade de órgãos, o CGP decidiu formar forças-tarefa para a implementação dos primeiros projetos. Aprovou, para tanto, a Resolução 2, de 19.9.2005, que disciplina a formação de forças-tarefa para implantação de projetos de PPP. Em seguida foi publicada a Portaria 977, de 10.11.2005, que designou os membros das forças-tarefa dos dois primeiros projetos federais de PPP, a Ferrovia Norte-Sul e a Rodovia BR 116/324.

As forças-tarefa, nos termos do art. 1º da Resolução CGP-02/2005, têm por finalidade acompanhar a implementação de projetos de PPP, e não apenas a realização dos estudos. Portanto, mesmo após o envio dos estudos para que o órgão contratante realize o procedimento necessário à contratação, a força-tarefa continuará ativa, participando das decisões dos diversos aspectos do projeto.

Veja-se, o gráfico a seguir (pp. 330-331), de autoria de Cleverson Aroeira da Silva, Paulo de Meira Lins e Henrique Amarante da Costa Pinto, sobre o fluxograma seguido por um dos primeiros projetos de PPP do Governo Federal, o da Rodovia BR 116/324.

Note-se que o gráfico se refere a projeto desenvolvido no âmbito de Termo de Cooperação entre Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, BNDES e *IFC – International Finance Corporation*, o que cria algumas peculiaridades menores no procedimento e na distribuição das atividades realizadas por cada órgão.

XV.2 – A recepção de estudos, investigações e projetos da iniciativa privada⁴⁰⁶

Um tema que tem sido deveras discutido entre os agentes encarregados da implementação de programas de PPP é o procedimento para a recepção pelo Poder Público de levantamentos, projetos, estudos e investigações realizados por entes da iniciativa privada, sob autorização, para tanto, do Poder Público, para a implementação, avaliação e modelagem de projetos de concessão (comum, administrativa ou patrocinada), com possibilidade de ressarcimento dos custos ao ente que os realizou pelo vencedor da licitação da concessão (conforme o art. 21 da Lei 8.987/1995); e sem que o ente que realizou os estudos fique impedido, por essa razão, de participar da licitação da concessão (art. 31 da Lei 9.074/1995).⁴⁰⁷

O objetivo dos dispositivos mencionados acima – aplicáveis às PPPs em virtude do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei de PPP – é extremamente louvável, sobretudo em país com dimensão continental como o nosso. Parte-se, de um lado, do reconhecimento das dificuldades enfrentadas pelo Poder Público para custear diretamente os diversos estudos e investigações que são necessários ou simplesmente úteis à modelagem de projeto. Cria-se, doutro lado, mecanismo que estimula o desenvolvimento em regime competitivo do mercado de consultoria e de projetos, que são, ademais, extremamente importantes para o desenvolvimento de qualquer país.

Mas, se o objetivo é indiscutivelmente louvável, é forçoso reconhecer que a implementação do previsto nos dispositivos mencionados envolve uma série de cuidados e sutilezas que não podem ser olvidados, sob pena de promover a ineficiência econômica e/ou o descumprimento de princípios básicos do direito administrativo.

Como ponto de partida, percebe-se que, evidentemente, não é preciso qualquer autorização do Poder Público para que os particulares promovam investigações e realizem estudos sobre projetos de interesse público. A disciplina legal do assunto existe, em primeiro lugar, para viabilizar o ressarcimento daquele que realizou os estudos, investigações e levantamentos, por meio da inclusão pelo Poder Público, no edital de licitação de PPP, da obrigação do parceiro privado vencedor da licitação de realizá-lo; e, em segundo lugar, para excepcionar o princípio constante do art. 9º, II, da Lei 8.666/1993, que impede que quem elaborou os projetos participe da licitação da obra pública, tornando possível a participação na licitação de PPP ou concessão comum por aquele que fez projeto básico ou executivo de engenharia.

Note-se, ademais, que já é comum a realização de estudos e investigações de projetos deste tipo por particulares, que são muitas vezes de forma velada, ou simplesmente informalmente, oferecidos ao Poder Público como instrumento para demonstração das suas vantagens e estímulo ao engajamento na sua execução. Neste sentido, é conveniente que a regulamentação dos dispositivos mencionados confira o máximo de transparência ao procedimento para emissão da autorização, apresentação pelos entes privados dos estudos, levantamentos e investigações, aproveitamento deles pelo Poder Público para a confecção dos editais de licitação e inclusão nos editais da obrigação de ressarcimento pelos parceiros privados.

Dada essa diretriz geral de busca da transparência, é preciso chamar a atenção para alguns pontos delicados deste tipo de procedimento e outros que são, ao menos, controversos.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a lei não estabelece uma forma específica para essa autorização. Portanto, não haveria ilicitude, por exemplo, na emissão pela Administração Pública de autorização a órgão multilateral do qual o Governo brasileiro faz parte para realizar estudo, e ser depois ressarcido pelo parceiro privado vencedor da

⁴⁰⁶. A recepção de estudos, investigações, levantamentos e projetos de entes da iniciativa privada pelo Poder Público tem sido chamada por alguns – ora por ignorância a respeito do histórico do dispositivo e do procedimento, ora por uma inclinação novidadeira – de “manifestação de interesse”. Trata-se de uma denominação nova para algo que já estava presente em nosso Direito pelo menos desde a Lei 8.987/1995 e vem sendo utilizado com frequência, por exemplo, pela ANEEL. Ademais, é forçoso notar que o rótulo “manifestação de interesse” nada diz de relevante sobre aquilo a que quer se referir.

⁴⁰⁷. Malgrado tais mecanismos já estarem previstos no ordenamento jurídico desde 1995, eis que constantes das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, eles têm sido subutilizados, e a mera referência a eles na Lei de PPP não seria, por si, suficiente para seu adequado emprego. A razão da subutilização destes dispositivos é clara. É que, como se trata de dispositivos que direta ou indiretamente realizam flexibilização de regras incidentes sobre as licitações, muito amiúde levantam suspeitas de órgãos direta ou indiretamente envolvidos com o controle da Administração (como o Ministério Público, os Tribunais de Contas etc.) e, por essa razão, muitas vezes amedrontam, mesmo, administradores públicos proficientes e cômicos das suas tarefas. É neste contexto de suspeita do administrador público que deve ser entendida a falta de efetividade sobretudo do art. 21 da Lei 8.987/1995, que poderia ser utilizado em alguns casos como substituto à contratação tradicional de estudos.

O desafio neste ponto é, portanto, criar, em nível infralegal, por exemplo, os meios para a aplicação proficiente do art. 21 da Lei 8.987/1995 e do art. 31 da Lei 9.074/1995, provendo os órgãos de controle e os administradores públicos do conforto necessário no que toca à lisura e à transparência no uso desses dispositivos.

No que diz respeito ao conteúdo do regulamento dos aludidos arts. 21 da Lei 8.987/1995 e do art. 31 da Lei 9.074/1995, cremos que o melhor seria estabelecer um procedimento nos moldes do que existe atualmente na Itália para propostas de estudos de PPP, cujas regras foram previstas na assim chamada “Lei Merloni”, que estabelece algo semelhante ao procedimento dos nossos concursos.

licitação. Neste caso, o dispositivo estaria sendo utilizado como um mecanismo para viabilizar o custeio de cooperação técnica internacional (disciplinada nos termos do Decreto 5.151/2004).

Em relação aos entes da iniciativa privada em geral, contudo, não nos parece que seja conveniente a emissão desse tipo de autorização sem que haja um regulamento que discipline não apenas a emissão da autorização, mas também a análise e o aproveitamento dos estudos apresentados e o processo de definição do valor de ressarcimento. A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica é o ente governamental pioneiro nesse ponto.⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹ Recentemente, foi editado o Decreto 5.977, de 1.12.2006, que regulamenta o assunto em relação às PPPs.

Em qualquer dos casos mencionados, a idéia é a de que, para obediência ao princípio da isonomia, a Administração Pública dê aos entes da iniciativa privada interessados e com capacidade para a realização dos estudos a possibilidade de obter seu ressarcimento ao final, já que, neste caso, a autorização é condição para obtenção do ressarcimento e meio para direcionamento pela Administração do escopo do estudo, investigação e levantamento a ser realizado, mas não requisito para sua realização.⁴¹⁰

Doutra sorte, além do princípio da isonomia de tratamento dos administrados, é importante que a autorização seja dada sem exclusividade, para que seja possível a competição entre entes interessados na realização dos estudos, investigações e levantamentos.⁴¹¹

Também o procedimento de seleção dos estudos e definição do valor de eventual ressarcimento deverá ser extremamente cuidadoso, para que isso não se transforme em um instrumento de burla ao procedimento licitatório. Note-se que os arts. 21 e 31 respectivamente das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 pressupõem uma capacidade de análise,

⁴⁰⁸. Apesar de o art. 21 da Lei 8.987/1995 ser aplicável a todos os tipos de concessão de serviço público, a lei de criação da ANEEL – Lei 9.427, de 26.12.1996 – trouxe um dispositivo específico para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, dando a esse mecanismo de elaboração de projetos pela iniciativa privada uma conotação mais bem definida, conforme segue:

“Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos deverá ser informada à ANEEL para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público.

“§ 1º. Os proprietários ou possuidores de terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão só estão obrigados a permitir a realização de levantamentos de campo quando o interessado dispuser de autorização específica da ANEEL.

“§ 2º. A autorização mencionada no parágrafo anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a ANEEL estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.

“§ 3º. No caso de serem esses estudos ou projetos aprovados pelo poder concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital. [redação dada pela Lei 10.848/2004]

“§ 4º. A liberdade prevista neste artigo não abrange os levantamentos de campo em sítios localizados em áreas indígenas, que somente poderão ser realizados com autorização específica do Poder Executivo, que estabelecerá as condições em cada caso.”

⁴⁰⁹. Pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei 9.427/1996, a ANEEL publicou a Portaria 40, de 26.2.1997, para estabelecer procedimentos sobre a demonstração dos gastos realizados por pessoas físicas ou jurídicas com o desenvolvimento de estudos ou projetos de aproveitamentos hidrelétricos ou de usinas termelétricas. Essa portaria visava justamente aos casos de aplicação do estabelecido no art. 21 da Lei 8.987/1995 e no § 3º do art. 28 da Lei 9.427/1996, que asseguram ao interessado o reembolso dos gastos realizados com o desenvolvimento de estudos ou projetos, pelo vencedor da licitação de concessão de aproveitamento hidrelétrico, nas condições estabelecidas no edital. Posteriormente, a Resolução 395, de 4.12.1998, estabeleceu os procedimentos gerais para Registro e Aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico de empreendimentos de geração hidrelétrica. A ANEEL ainda editou outros atos normativos que tratam da seleção de projetos apresentados pela iniciativa privada, como, por exemplo, a Resolução 398, de 21.9.2001, que estabelece os requisitos gerais para apresentação dos estudos e as condições e os critérios específicos para análise e comparação de Estudos de Inventários Hidrelétricos, visando à seleção no caso de estudos concorrentes, e a Resolução 393, de 4.12.1998, que estabelece os procedimentos gerais para Registro e Aprovação dos Estudos de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas.

⁴¹⁰. Sugerimos – e esta sugestão foi acatada na discussão da minuta do Decreto 5.977, de 1.12.2006 – que o procedimento inicie com aviso aos particulares sobre a intenção do Poder Público de receber propostas de estudos tais e quais sobre um determinado projeto, estabelecendo prazo para que os interessados apresentem suas propostas. O mais importante é que a Administração Pública, no ato de solicitação dos estudos, especifique de maneira suficientemente minudente o escopo do projeto, deixando claro os resultados que espera obter com sua implementação e deixando aos particulares a atribuição de sugerir os meios mais eficientes de solução do problema. Esta é, aliás, a justificativa de fundo para a implementação de mecanismo colaborativo entre Administração e particulares: obter a melhor relação qualidade/custo na prestação do serviço definido pela Administração – em consonância, aliás, com o princípio constitucional da eficiência. Mas isso, obviamente, pressupõe que a Administração seja capaz de indicar adequadamente o tipo e qualidade do serviço que deseja obter com a implementação do projeto.

⁴¹¹. Note-se que a autorização do Poder Público não deve retirar dos particulares o risco quanto ao pagamento, mesmo quando o Poder Público apontar adequações ou modificações nas propostas de estudo. É que, pelo art. 21 da Lei 8.987/1995, só serão indenizados pelo vencedor da licitação os estudos que forem efetivamente utilizados pelo Poder Público na modelagem do projeto. É, portanto, possível que particular autorizado à realização de estudo não venha a ser indenizado, porque seu estudo não foi aproveitado pelo Poder Público para a modelagem do projeto.

O Poder Público poderá incluir no edital a obrigação de indenização, pelo vencedor da licitação, dos estudos que autorizou e que foram efetivamente aproveitados para a modelagem da licitação. Recomenda-se, ademais, que o regulamento permita que o Poder Público, em caso de aproveitamento parcial do estudo ou investigação, preveja no edital valor compatível com a indenização da parcela efetivamente utilizada do estudo, não podendo o particular, em qualquer caso, exigir do Poder Público pagamento pela parte restante.

escolha de estudos e definição de seu valor que nem sempre existe na prática na Administração Pública. Não é, aliás, por acaso que o único órgão a fazer uso sistemático destes institutos é a ANEEL,⁴¹² dada sua natureza de Agência Reguladora, dotada de corpo técnico apto a realizar adequada análise dos estudos, investigações e levantamentos apresentados. Daí que é preciso reconhecer que a implementação destes dispositivos requererá, dos órgãos encarregados de realizar a análise dos projetos, o desenvolvimento da estrutura para tanto.

A seleção dos estudos e o estabelecimento do valor do ressarcimento são os pontos mais delicados. Como sugestão, o mais interessante é que sejam usadas como parâmetro na regulamentação as licitações com critério de julgamento de pura técnica ou os assim chamados “concursos de projetos arquitetônicos”. Foi essa, aliás, a base conceitual que orientou a elaboração do Decreto 5.977, de 1.12.2006.

Para garantir a lisura do processo, é conveniente a constituição de comissão, semelhante às comissões de licitação ou às comissões julgadoras de concursos arquitetônicos, para realizar não apenas a solicitação dos projetos, mas também seu julgamento e a definição do valor do ressarcimento. É, ademais, recomendável que no ato de solicitação dos estudos já seja definido o teto do valor a ser ressarcido por cada tipo de estudo.

No mais, é indispensável que a comissão solicitante do estudo tenha a sofisticação técnica adequada não apenas para especificar adequadamente o estudo que se quer (a partir, evidentemente, dos resultados que o Poder Público espera alcançar com a implementação do projeto), mas também para estabelecer, no ato de solicitação, os critérios de julgamento a serem utilizados para sua seleção.

Mencionadas as linhas mestras que a regulamentação da aplicação dos arts. 21 da Lei 8.987/1995 e 31 da Lei 9.074/1995 às PPP deve seguir, cabe registrar nosso entendimento no sentido de que tal mecanismo só será útil naqueles setores em que o Poder Público tenha corpo técnico adequadamente preparado para acompanhar, auditar e avaliar a realização dos estudos. Mesmo nestes setores pode acontecer que o processo de auditoria dos estudos, em si, termine se mostrando tão trabalhoso e custoso que mais adequada seria a contratação da realização dos estudos pelo Poder Público.⁴¹³ Por isso, parece-nos que só em situações específicas será recomendável a utilização do mecanismo de recepção pelo Poder Público de estudos da iniciativa privada sobre projetos de PPP.

XV.3 – Acompanhamento pelo órgão gestor dos contratos de PPP

O parágrafo único do art. 15 tem por objetivo prover o órgão gestor de PPP com as prerrogativas necessárias ao acompanhamento da execução dos contratos de PPP.

É de fundamental importância, para a efetividade do programa de PPP, que o órgão gestor tenha a capacidade de acompanhar os contratos de PPP.

Especialmente, é necessário montar uma estrutura técnica para a realização do acompanhamento do programa de PPP, que permitirá ao CGP realizar a avaliação *ex post* dos contratos de PPP. Isso é essencial para o contínuo aperfeiçoamento do programa federal de PPP.

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de Reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º. O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º. O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º. Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos

⁴¹². No Governo Federal o instituto foi utilizado pontualmente pelo Ministério dos Transportes, em relação ao projeto de PPP/concessão da BR 163. Nesse caso, entretanto, o Ministério decidiu não utilizar os estudos recebidos. O Ministério da Integração também utilizou o procedimento para receber estudos relativos à PPP do Projeto do Baixio do Irecê. Posteriormente, a CODEVASF, empresa pública vinculada ao aludido Ministério, contratou o Banco Mundial para auditar os referidos estudos. Essa auditoria estava ainda por se concluir quando do envio desta obra para o prelo. Nos Estados, apesar de não haver também uma utilização sistemática do instituto, o Estado de São Paulo, por meio da SABESP, já utilizou o instituto para desenvolver modelagem de projeto de PPP.

⁴¹³. Veja-se o caso do projeto do Ferroanel de São Paulo, em que a MRS Logística ofereceu gratuitamente os estudos para sua implementação ao Governo. Foi necessária a contratação pelo BNDES de consultoria para realizar auditoria e complementação dos referidos estudos.

relativos aos bens avaliados.

§ 4º. A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º. O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º. A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º. O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado à sua desafetação de forma individualizada.

XVI – O Fundo Garantidor de PPP (FGP): XVI.1 – Criação e participação no FGP: XVI.1.1 – Possibilidade de participação de outros entes federativos no FGP na condição de cotistas. XVI.1.2 – Possibilidade de cobrança da garantia prestada pelo FGP. XVI.1.3 – Autorização para integralização de cotas do FGP. XVI.1.4 – Obrigações pecuniárias. XVI.1.5 – Parceiros públicos federais. XVI.2 – Natureza do FGP: XVI.2.1 – Os bens do patrimônio do FGP não são bens públicos. XVI.2.2 – Não-aplicação do regime de pagamento por meio de precatórios aos débitos do FGP. XVI.3 – O patrimônio do FGP. XVI.4 – A avaliação dos bens e direitos transferidos para o FGP. XVI.5 – A integralização das quotas. XVI.6 – Limite de responsabilidade dos cotistas. XVI.7 – Procedimento para integralização de bens no FGP: XVI.7.1 – Aplicabilidade da Lei de Licitações ao FGP. XVI.7.2 Desafetação de bens de uso comum ou especial.

XVI – O Fundo Garantidor de PPP (FGP)

Os arts. 16 a 21 tratam do FGP – Fundo Garantidor de PPP. Antes de prosseguirmos, cumpre ressaltar que a questão relativa à constitucionalidade de fundos garantidores – sobretudo em face de alegações de afronta ao regime de precatórios e de ausência de lei complementar que regulamente a criação de novos fundos – foi enfrentada quando comentamos o art. 8º, V. Os mesmos argumentos que justificam a constitucionalidade da criação de fundos garantidores em geral se aplicam também à defesa da constitucionalidade do FGP.

XVI.1 – Criação e participação no FGP

O *caput* do art. 16 autoriza a União bem como suas autarquias e fundações públicas a criar e a ser cotistas do FGP. O dispositivo cumpre a função de autorização legislativa, para efeito do disposto no art. 167, IX, da CF, segundo o qual é vedado “a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa”. Considerando, como explicaremos melhor no item XVI.2, abaixo, que o FGP tem personalidade jurídica e exerce atividade econômica em sentido estrito (a atividade de provimento a parceiro privado de seguro de pagamento da União e entes a ela vinculados), pode-se dizer que o art. 16 funciona também como a autorização legislativa para os efeitos dos arts. 37, XIX, e 173 da CF.

XVI.1.1 – Possibilidade de participação de outros entes federativos no FGP na condição de cotistas

Não há impedimento na Lei de PPP para que outros entes federativos, assim como suas autarquias e fundações públicas, sejam cotistas do Fundo. Todavia, o interesse, se houver, dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios está na obtenção de garantia prestada pelo FGP, não propriamente em ser cotista do FGP. Participar do FGP como cotista implica dispor da propriedade de alguns de seus bens, entregando-os para a administração de outra pessoa, o FGP. Por certo, se lhes for possível, estes entes prefeririam obter a garantia sem a necessidade de se tornarem cotistas.⁴¹⁴

Como o FGP está autorizado a garantir obrigações pecuniárias *apenas* de parceiros públicos federais, a princípio, poder-se-ia imaginar que a questão acima apresentada – de participação no Fundo de Estados, Distrito Federal ou Municípios – teria perdido seu sentido, eis que nenhum ente estaria interessado em participar de fundo garantidor do qual não pudesse receber garantias.

Mas a questão não é assim tão simples. Imagine-se o caso de um consórcio público⁴¹⁵ entre a União e algum

⁴¹⁴. A possibilidade de não-cotista receber garantias do FGP será tratada mais adiante.

⁴¹⁵. Exemplo de sucesso de consórcio entre entes públicos para a realização do projeto, construção e operação de rodovia é o projeto da E-470,

Estado ou Município para prestação de um serviço público. Havendo a participação da União, é razoável admitir o consórcio como equivalente à figura de um “parceiro público federal”. Assim, o FGP poderia garantir as obrigações desse consórcio derivadas de contrato de PPP. Se for esse o caso, a participação do Estado ou do Município como cotista do FGP pode ser conveniente, do ponto de vista da União, para assegurar um maior comprometimento desses entes com as obrigações assumidas pelo consórcio, eis que, em caso de execução da garantia, o Estado ou Município envolvido também sofreria prejuízo patrimonial, por meio da redução do valor de suas cotas. Talvez seja o caso de criar um patrimônio de afetação relativo aos bens integralizados no Fundo pelo Estado ou Município, com vistas a garantir as obrigações derivadas do contrato de PPP celebrado pelo consórcio.

De qualquer forma, é preciso restar claro que não há na Lei de PPP vedação legal à participação como cotista do FGP de qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado. Talvez, no futuro, até possa existir interesse por parte de investidores em participar como cotistas do FGP na medida em que esse Fundo esteja obrigado a cobrar preços de mercado pelas garantias prestadas.⁴¹⁶ Nesse caso, o FGP poderia gerar renda para seus cotistas, capaz de compensar o risco assumido pela prestação das garantias. Os cotistas teriam papel similar ao dos sócios de uma companhia seguradora.

Se, por um lado, a Lei de PPP não vedou a participação de qualquer pessoa no FGP, por outro, o Regulamento do Fundo tratou de restringir essa possibilidade. Em seu art. 1º, § 3º, estabeleceu que “a União constitui-se no cotista inicial do FGP, que pode ainda, após manifestação favorável da assembléia de cotistas, autorizar individualmente a subscrição de cotas por autarquias federais e fundações públicas federais”.

Como se nota, a intenção é de, obviamente, restringir o perfil dos cotistas apenas a pessoas jurídicas da Administração Federal. Nada impede, no entanto, que no futuro o Regulamento seja modificado, para permitir a entrada no Fundo, na condição de cotistas, de outros entes federativos ou de investidores. Seria preciso, contudo, criar mecanismos de incentivo para tanto.

Caso se desejasse a participação de cotistas de outros entes federativos, o FGP deveria estar autorizado expressamente a garantir obrigações de Estados e Municípios consorciados com a União. Quanto a possíveis investidores, seria preciso permitir a livre negociação de cotas do fundo e, além disso, estabelecer que o FGP apenas poderia prestar garantia mediante cobrança de remuneração em padrão de mercado. Nenhuma dessas características se encontra presente na versão atual do Regulamento do Fundo.

XVI.1.2 – Possibilidade de cobrança da garantia prestada pelo FGP

A cobrança pela prestação da garantia não é vedada pelo Regulamento do FGP; porém, também não é obrigatória. Assim, a Administração deverá decidir se imputará, ou não, ao parceiro privado um custo pela garantia. Pode ser eficiente transferir para o parceiro privado essa possibilidade, na forma de uma opção.

Ou seja, durante a modelagem do projeto de PPP, o FGP trataria de precificar a garantia a ser prestada à futura contratada. O licitante, por sua vez, ao oferecer proposta, apontaria se deseja, ou não, a garantia. Como a garantia teria um custo, por certo, o parceiro privado apenas a requereria na medida em que o risco político e a credibilidade do FGP como instrumento de mitigação desse risco fossem elevados o suficiente para compensar a despesa.

Esse mecanismo poderia trazer uma informação bastante valiosa para o Governo, qual seja, a de saber em que medida realmente o setor privado exige garantias por parte do Poder Público e reconhece no FGP um instrumento adequado para a mitigação do risco político. Se a opção pudesse ser renovada a cada ano – ou seja, se o parceiro privado pudesse anualmente optar pela prestação, ou não, da garantia para as contraprestações do ano respectivo –, então, teria sido criada uma dinâmica bastante interessante para aferir a percepção do risco político e da eficácia do FGP como instrumento para mitigá-lo. O exercício, ou não, dessa opção sinalizaria como os parceiros privados vêem o risco de não-pagamento da contraprestação pública e como eles percebem o FGP como instrumento para mitigá-lo.

uma rodovia pedagiada de 47 milhas, que segue o perímetro leste da área metropolitana de Denver. Para consecução desse projeto, foi criada a *E-470 Public Highway Authority*, que é fruto de consórcio entre oito entidades governamentais, os condados de Adams, Arapahoe e Douglas e as cidades de Aurora, Brighton, Commerce City, Thornton e a localidade de Parker. Estão vinculados a essa estrutura, mas sem poder de voto, as cidades de Arvada, Broomfield e Greeley e o condado de Weld. Além disso, integram a estrutura os seguintes órgãos: *Colorado Department of Transportation*, *Denver Regional Council of Governments* e o *Regional Transportation District* (cf. <http://www.fhwa.dot.gov/ppp/e470.htm>).

⁴¹⁶. Note-se que, para tanto, seria necessário que o FGP adotasse política de diluição de seus riscos, por meio da outorga de garantias a outros entes, governamentais ou não. Ademais, seria necessário resolver, de alguma forma, o problema do *moral hazard* envolvido na relação entre o FGP e os entes cujos pagamentos são garantidos. Seria preciso criar um custo direto e claro, a evitar que os entes contratantes de PPP garantidos pelo FGP venham a descumprir suas obrigações de pagamento dos contratos de PPP.

A opção, a ser exercida anualmente, de aumentar sua receita mediante a desistência da garantia tem um valor econômico não desprezível, e poderá ser utilizada eficientemente pelo parceiro privado. É provável que, com a criação dessa opção, sejam obtidas melhores propostas comerciais.⁴¹⁷

XVI.1.3 – Autorização para integralização de cotas do FGP

O *caput* do art. 16 estabelece que o montante máximo que poderá ser aportado no FGP é R\$ 6 bilhões. O Decreto 5.411/2005, por sua vez, autorizou a integralização de cotas do FGP mediante a transferência das seguintes ações da União, referentes às suas participações minoritárias e em excesso à manutenção do seu controle em sociedades de economia mista:

I – AÇÕES DEPOSITADAS EM FUNDOS

FUNDOS	EMPRESAS/ ESPÉCIE DE AÇÃO	CLASSE	QUANTIDADE (UNID.) DE AÇÕES
FAD	CTEEP ELETROPAULO	ON	9.556.150.967
		ON	3.335.596.142
FND	BB CVRD	ON	30.000.000
		ON	14.178
	EMBRAER	PN	15.226.023
		ON	1.850.494
	PETROBRÁS	PN	499.416
		ON	970.584
	USIMINAS	PNB	365.813
		ON	12.425.061.863
	TRACTEBEL	ON	40.920
		PNB	

II – DEMAIS AÇÕES

EMPRESAS/ ESPÉCIE DE AÇÃO	CLASSE	QUANTIDADE (UNID.) DE AÇÕES
ELETROBRÁS	ON	20.000.000.000
	PNB	17.595.501.100
COELBA	ON	14.004.288
	ON	38.267.848
CELPE	PNA	122.911.656
	ON	7.231.564
COMGÁS	ON	166.896.894
	ON	832.625.407
COELCE	PNA	832.625.407
	PNB	182.547.363
GERDAU	ON	9.578
	PN	163.288
RHODIA-STER	PN	163.288
	PN	336.285

Foi autorizada também a integralização de outras ações da União “representativas de suas participações minoritárias em percentual inferior a 5% (cinco por cento) do capital total da respectiva empresa e do excesso à manutenção do seu controle em sociedades de economia mista” (art. 2º do Decreto 5.411/2005).

Em 27.1.2006 foi realizada a primeira assembléia-geral de cotistas do FGP, tendo sido deliberadas a aprovação do Estatuto e do Regulamento do FGP bem como a integralização inicial de cotas do FGP, nos termos da Portaria Ministerial 413, 14.12.2005, do Ministério da Fazenda, publicada no *DOU – Diário Oficial da União* de 16.12.2005.

Essa portaria prevê a integralização por meio das seguintes ações:

EMPRESAS	TIPO	QUANTIDADE DE AÇÕES	VALOR ESTIMADO R\$
BB	ON	20.000.000	838.809.153,71
CVRD	PNA	15.226.023	1.278.004.736,24

⁴¹⁷. O reflexo do valor dessa opção na proposta comercial dependerá, por óbvio, da concorrência no certame. Como já afirmado anteriormente, a ausência de concorrência implicará a absorção desse valor integralmente pelo parceiro privado.

ELETOBRÁS	ON	20.000.000.000	785.727.463,13
		TOTAL	2.902.541.353,09

Vale notar que os valores acima apontados constam da portaria⁴¹⁸ e estão sujeitos a flutuações.

A depender do ritmo de implementação de PPPs federais e diante da proibição da alavancagem,⁴¹⁹ é fato que o FGP terá sua capacidade de prestar garantia reduzida, ao longo do tempo.⁴²⁰ Todavia, não se pode olvidar que o FGP está longe de ser a única alternativa de garantia nesses contratos.⁴²¹ Além disso, poderão ser criados outros fundos garantidores semelhantes, ou empresas estatais com a mesma finalidade.

XVI.1.4 – Obrigações pecuniárias

Determina o *caput* do art. 16, em exame, que a finalidade do FGP é prestar garantia de pagamento de “obrigações pecuniárias”. A expressão “obrigação pecuniária” é bastante genérica, podendo englobar qualquer tipo de obrigação que implique pagamento em pecúnia.

O Regulamento do FGP, por sua vez, não esclarece esse ponto. Afirma, em seu art. 1º, § 2º, que “o FGP tem por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias público-privadas de que tratam [sic] a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, sendo vedada a prestação de garantia para qualquer outro tipo de obrigação” (grifos nossos). Ora, “outro tipo de obrigação” é a não-pecuniária, não havendo dúvidas, pois, de que o FGP poderá garantir qualquer tipo de obrigação pecuniária.

Assim, como não há restrição, nem na Lei de PPP nem no Regulamento do Fundo, caberá ao contrato de garantia definir exatamente quais obrigações pecuniárias serão garantidas.

Poderia o FGP garantir não apenas as contraprestações públicas inicialmente contratadas na PPP, mas também outras eventuais obrigações de natureza pecuniária do Poder Público. Imagine-se, por exemplo, que atrasos no início das obras, causados por fato imputável exclusivamente ao Poder Público, tenham feito o parceiro privado incorrer em prejuízos consideráveis e, em decorrência, seja necessário indenizar o contratado.

Isso poderia ser feito, ao menos, das seguintes maneiras: (i) redução dos investimentos a serem realizados pelo concessionário, (ii) aumento da tarifa, (iii) aumento da contraprestação pública, (iv) aumento do prazo contratual ou (v) pagamento de montante único a título de indenização. Obviamente, essas opções também podem ser combinadas.

Havendo aumento da contraprestação⁴²² ou determinação de pagamento de montante único, estaríamos frente a novas obrigações pecuniárias, sem qualquer dúvida. Todavia, imputar automaticamente ao FGP a garantia por essas novas obrigações significaria tornar sua responsabilidade ilimitada. Isso não é admissível, pois poderia afetar o

⁴¹⁸. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, dessa portaria, “o preço das ações foi estimado tomando-se como base a média ponderada do valor de mercado apurado entre os dias 14 e 18 de novembro de 2005”.

⁴¹⁹. A proibição de alavancagem do FGP deriva do art. 18 da Lei de PPP e dos arts. 24 e 25 do Regulamento do FGP.

⁴²⁰. Tendo em vista a estimativa do Governo de que em menos de oito anos o país alcançará o patamar de *investment grade* (o que, em tese, tornaria desnecessária a outorga de garantias adicionais ao compromisso de pagamento da Administração), o FGP deve ser divisado como um instrumento temporário, destinado a permitir a celebração de contratos de PPP durante a transição entre a situação atual e o momento em que o país vier a alcançar o patamar de crédito mencionado.

⁴²¹. Nesse sentido as diversas hipóteses do art. 8º.

⁴²². É preciso notar que o aumento das contraprestações pode ocorrer por duas formas. Uma, pelo aumento das contraprestações periódicas. Assim, por exemplo, suponha-se um aumento de R\$ 50 milhões para R\$ 60 milhões anuais, a título de contraprestação pública. Todavia, é possível aumentar a contraprestação sem alterar seu valor periódico. Basta aumentar o prazo do contrato com a determinação de que, durante esse período estendido, o parceiro público continuará a pagar contraprestações. Nesse sentido, imagine-se a hipótese em que o mesmo contrato fosse estendido em três anos com pagamento de contraprestação nesse período. Nesse caso, teria ocorrido um aumento de R\$ 150 milhões (desconsiderando o valor das contraprestações no tempo) nas contraprestações devidas em razão do contrato de PPP. Pretende-se fazer notar que o aumento do prazo contratual pode ou não estar acompanhado do pagamento de contraprestação nesse período. Sempre que houver pagamento de contraprestação no período estendido, ter-se-á, por consequência, aumento global da contraprestação. Naturalmente, o parceiro privado que dispunha de garantia para o prazo inicial contratado pretenderá a extensão dessa garantia para o período adicionado (em nosso exemplo, três anos), pois de outra forma não se teriam mantido as condições iniciais do contrato de PPP. A prestação de garantia para esse novo período, embora não tenha ocorrido alteração no valor periódico da contraprestação, não pode ser automática. Depende de concordância do FGP; e, por isso, a necessidade de aditivo ou de celebração de novo contrato de garantia.

equilíbrio entre os ativos do FGP e as garantias já prestadas, conforme determinado pelo art. 18 da Lei de PPP. Além disso, o art. 25 do Regulamento exige que seja estabelecido um montante máximo para a garantia.

Dessa forma, a solução aceitável é que, havendo a indenização do parceiro privado por meio de assunção pelo Poder Público de nova obrigação pecuniária, o FGP deverá verificar a possibilidade de prestar garantia quanto a essa variação nas obrigações pecuniárias do parceiro público. Em caso positivo, ter-se-á que aditar o contrato de garantia ou, mesmo, celebrar novo contrato. É preciso destacar, pois, que qualquer cobertura pelo FGP depende dos termos do contrato de garantia, o qual não poderá ter por objeto garantia ilimitada.

A prestação de garantia para as novas obrigações pecuniárias que eventualmente surjam em razão de reequilíbrio contratual pode significar uma redução do risco inerente ao projeto, possibilitando melhores condições de financiamento e, por consequência, melhores propostas comerciais na licitação. Todavia, essa hipótese, para que seja considerada pelos parceiros privados, deve estar prevista expressamente no contrato de PPP. De outra forma, diante da incerteza acerca da existência de garantia para as novas obrigações pecuniárias do parceiro público surgidas no processo de revisão do contrato, certamente esse risco seria tido como assumido pelo parceiro privado com a correspondente precificação.

Portanto, o contrato de PPP deveria prever expressamente, caso se deseje reduzir o risco inerente ao projeto, que o parceiro privado fará jus à garantia das novas obrigações pecuniárias surgidas em virtude de eventual processo de revisão. Não se poderá estabelecer *a priori*, no entanto, que a garantia por essas novas obrigações será prestada pelo FGP, eis que, no momento da revisão, pode ser que o FGP não tenha capacidade disponível para prestar novas garantias, diante da regra do art. 18 da Lei de PPP. Assim, o direito à obtenção de garantia para as novas obrigações pecuniárias do parceiro público, se houver, deverá ser genérico, admitindo a prestação de garantias por outros mecanismos, desde que seja oferecida garantia com qualidade semelhante à inicialmente proposta.

XVI.1.5 – Parceiros públicos federais

Cumpra mencionar que o FGP tem por finalidade cobrir obrigações de parceiros públicos *federais*. Veda-se, assim, que o FGP preste garantias a parceiros públicos estaduais ou municipais. Todavia, se houver interesse da União, poder-se-á constituir com esses entes um consórcio público no qual participe a União. Dessa forma, a nosso ver, seria possível que o FGP viesse a oferecer garantia a um consórcio do qual a União participasse, eis que não há uma definição precisa do que seja “parceiro público federal”. Ao lado disso, essa solução vai ao encontro da Lei de Consórcios Públicos, que visa justamente às situações em que existem interesses comuns entre entes federativos distintos.

Apesar disso, conforme anteriormente mencionado, o Regulamento do FGP tratou de restringir os parceiros públicos federais que podem receber garantia. Nos termos do seu art. 24, § 1º, “o FGP poderá garantir, total ou parcialmente, de acordo com a solicitação dos cotistas, as obrigações pecuniárias *desses* em contratos de parcerias público-privadas” (grifo nosso). Ora, o vocábulo “*desses*” apenas pode estar a se referir aos “cotistas”. Portanto, apenas os parceiros públicos federais que sejam cotistas podem receber garantia do FGP, diante da versão atual do Regulamento do FGP.

Como a única cotista atual é a União, pode-se concluir que, por enquanto, apenas os contratos de PPP firmados em nome dela poderão ser garantidos pelo FGP. Ademais, considerando que, diante art. 1º, § 3º, do Regulamento do FGP, apenas a União, suas autarquias e fundações públicas podem ser admitidas como cotistas do FGP, não se pode vislumbrar a possibilidade de garantia de obrigações assumidas por consórcios públicos, ainda que deles participe a União. Isso porque, na versão em vigor do Regulamento, essas pessoas não poderiam ser admitidas como cotistas – e, portanto, também não poderiam ter suas obrigações garantidas pelo FGP.

Contudo, cumpre observar que essas limitações trazidas pelo Regulamento do Fundo não estão na Lei de PPP. A Lei 11.079/2004 fala em “parceiros públicos federais”, sem definir se precisam ser cotistas, ou não, do FGP.⁴²³

⁴²³. No caso específico de contragarantia, a princípio, sua prestação apenas poderá ocorrer para garantir o cumprimento de obrigações pecuniárias de cotista. Isso porque, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei 11.079/2004, “o FGP poderá prestar contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das *obrigações pecuniárias dos cotistas* em contratos de parcerias público-privadas” (grifos nossos). Essa, todavia, é a única oportunidade em que a Lei de PPP se refere a “obrigações pecuniárias dos cotistas”. Trata-se de uma exceção à regra geral segundo a qual o FGP pode garantir as obrigações de quaisquer parceiros públicos federais, nos termos do art. 16, *caput*. Pode-se questionar, é verdade, o sentido de tal exceção, eis que a “contragarantia” é uma garantia como outra qualquer. Embora seja difícil encontrar uma explicação lógica para essa distinção, fato é que está legalmente prevista. Por isso, eventual previsão contrária no Regulamento do FGP corre o risco de ter sua legalidade questionada. Numa hermenêutica sistemática dos dispositivos do FGP, no entanto, parece-nos razoável substituir a leitura literal da expressão “obrigações pecuniárias dos cotistas” pela interpretação de que se trata de obrigações pecuniárias de quaisquer cotistas, por não haver sentido em tratar diferentemente a prestação de “garantia” ou de “contragarantia”, eis que sua essência econômica é a mesma. Diante da incerteza gerada pelo fato de se recorrer a uma interpretação sistemática, com a qual o Poder Judiciário pode eventualmente discordar, é mais seguro que, para a

Também não traz uma definição específica do que possa ser caracterizado por “parceiro público federal” – o que permitiria incluir consórcios públicos dos quais participe a União. E, ainda, apenas autoriza a União, suas autarquias e fundações a participarem do FGP; e não veda a participação de quaisquer outras pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Portanto, basta uma simples deliberação da assembléia de cotistas que determine a alteração do Regulamento para que o FGP possa garantir as obrigações de quaisquer parceiros públicos federais, independentemente de serem, ou não, cotistas do Fundo, bem como para que possam ser garantidas obrigações assumidas por consórcio público do qual participe a União.⁴²⁴

XVI.2 – Natureza do FGP

Sem dizer expressamente que o FGP dispõe de personalidade jurídica própria, o § 1º do art. 16 da Lei de PPP lhe confere as características essenciais de um ente dotado de personalidade jurídica.

Caracteriza a personalidade em sentido jurídico a existência de um sujeito de direito, que pode contrair obrigações e exercer direitos em nome próprio – o que, por si só, deve servir para aplicar ao FGP tratamento análogo ao que seria cabível a uma pessoa jurídica.

Além disso, o parágrafo em exame atribui ao FGP patrimônio próprio separado do dos cotistas. Trata-se de outra das características típicas de ente com personalidade própria. Não se pode inferir de sua redação, contudo, se há responsabilidade dos cotistas limitada ao capital integralizado. Em algumas sociedades, por exemplo, os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, embora ela tenha personalidade jurídica e patrimônio próprio.

Todavia, o § 5º, mais adiante, estabelece que “o FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem”. Assemelha-se o FGP, assim, quanto à responsabilidade de seus cotistas, a uma sociedade de responsabilidade limitada.

Como terceira característica, o dispositivo em comento atribui ao Fundo a natureza de direito privado. Desta forma, o FGP deve receber tratamento idêntico ao de uma pessoa jurídica de direito privado.⁴²⁵

Cabe mencionar, ainda, que, perante a Receita Federal, classificou-se o FGP como fundo de investimento,⁴²⁶ que, na tradição brasileira, não dispõe de personalidade jurídica, por ser constituído sob a forma de condomínio. A razão para essa classificação, ao que tudo indica, deve-se ao tratamento tributário mais benéfico aplicado ao fundo de investimento em comparação ao tradicionalmente incidente sobre pessoas jurídicas.

A classificação perante a Receita Federal, contudo, não tem o condão de transformar a natureza do FGP. As normas e práticas internas que orientam a classificação das entidades registradas no CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica não podem modificar a natureza legal do FGP, estabelecida na Lei 11.079/2004. Como os fundos de investimento são constituídos sob a forma de condomínios, não há, propriamente, separação patrimonial. As obrigações e os direitos do fundo de investimento existem em nome de todos os cotistas, e não de uma entidade única. Por isso,

prestação de contragarantia, o parceiro público federal integralize ao menos uma cota no FGP. Assim, ter-se-á cumprido o requisito formal do art. 18, § 2º, da Lei 11.079/2004. A interpretação alternativa, de restringir a interpretação do *caput* do art. 16 para entender que ali está permitida a prestação de garantia apenas a parceiros públicos federais *cotistas* do FGP, não pode ser admitida logicamente, pois a “exceção” do § 2º do art. 18 não tem o condão de subverter a “regra geral” do *caput* do art. 16.

⁴²⁴. Considerando que a Lei de PPP se aplica às empresas estatais e que pode ser conveniente utilizar o FGP para garantir PPPs celebradas por estatais, especialmente para as dependentes, seria conveniente que o Regulamento e o Estatuto do FGP previssessem a possibilidade de outorga de garantias para as PPPs celebradas por estatais.

⁴²⁵. A opção pela forma de fundo garantidor, em lugar de empresa pública, foi realizada pela PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela STN – Secretaria do Tesouro Nacional, por acreditarem que, assim, poderiam evitar a incidência do regime tributário das empresas e advogar a incidência do regime aplicável aos fundos de investimento sobre o ente garantidor. A opção também tinha por objetivo evitar os problemas de governança corporativa que eventuais ingestões políticas poderiam, no futuro, trazer para a saúde do ente garantidor. Parece-nos, entretanto, que melhor teria sido usar a forma de empresa estatal, nos moldes, por exemplo, da CPP – Companhia Paulista de Parcerias Público-Privadas, pela clareza do regime legal incidente sobre as estatais, pela facilidade de estabelecer regras adequadas de governança e pela segurança quanto à sua constitucionalidade.

⁴²⁶. Essa informação é de fácil acesso. Basta verificar o sítio eletrônico da Receita Federal e buscar pelo número do CNPJ do FGP, qual seja 07.676.825/0001-70.

imputar ao FGP, sem qualquer ressalva, a natureza de fundo de investimento e, por conseqüência, de condomínio implicaria retirar a eficácia do dispositivo legal ora em exame. Por certo, a retirada de eficácia de um dispositivo legal não poderia se dar por uma classificação perante a Receita Federal.

Além disso, é fato que o FGP está longe de ser um fundo de investimento típico, a começar pela sua finalidade. O FGP não tem por escopo aplicar os recursos de seus cotistas com vistas a obter uma remuneração sobre o investimento. Esse é um objetivo apenas indireto. A finalidade é, sobretudo, garantir a contraprestação pública;⁴²⁷ e, nesse sentido, suas regras estão mais voltadas a assegurar a solidez da garantia, para um caso de eventual acionamento pelo parceiro privado, que a rentabilidade do Fundo. O FGP é antes uma companhia seguradora que um fundo de investimento. Não fora assim, por certo não se justificaria a proibição de alavancagem do Fundo. Além disso, fosse o FGP fundo de investimento típico, haveria grande incongruência, em face da ausência de cobrança pela prestação da garantia – o que, até o momento, não é obrigatório nas regras do FGP. Se fosse para aplicar recursos públicos com vistas a obter rentabilidade, definitivamente, a opção por um fundo garantidor que não cobra pela garantia prestada seria absolutamente sem sentido.

Em suma: a classificação do FGP no CNPJ como fundo de investimento é relevante, vale frisar, apenas para efeitos fiscais. Para os demais aspectos, não se pode olvidar que o FGP tem as características essenciais de uma pessoa jurídica: tem patrimônio próprio e é sujeito de direitos e obrigações. Sob esse prisma é que o FGP deve ser interpretado.

Mais uma prova nesse sentido constitui a utilização de um estatuto para sua criação – conforme aponta o § 1º do art. 17 –, instrumento típico para criação de sociedade por ações.⁴²⁸ E, ainda, o art. 18, § 7º, da Lei 11.079/2004, ao estabelecer que, “em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”, implica o tratamento do FGP como pessoa distinta da União, eis que, de outra forma, haveria nulidade nesse dispositivo legal, por afronta ao regime de precatórios, previsto no art. 100 da CF, e aos princípios de inalienabilidade e impenhorabilidade de bens públicos. Ora, não se pode interpretar a Lei 11.079/2004 de forma a tornar inconstitucional qualquer de seus dispositivos, se for possível interpretação alternativa que assegure sua constitucionalidade.

No controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal apenas pode ocorrer quando não lhe for possível conferir interpretação consoante a Constituição. Tratado o FGP como pessoa jurídica de direito privado, o art. 18, § 7º, não fere o direito constitucional brasileiro. Se a opção for por lhe retirar o tratamento de pessoa jurídica, ainda que por equiparação, ter-se-á, via transversa, decretado sua nulidade. Se assim é, por certo, do ponto de vista do controle de constitucionalidade, cumpre imputar ao FGP tratamento idêntico ao de uma pessoa jurídica, tornando-se inútil discutir se é efetivamente pessoa jurídica, ou se recebe esse tratamento apenas por equiparação.

Pelos argumentos acima apontados, e conforme as características descritas no § 1º, ora em exame, o FGP deve ser visto como uma pessoa jurídica de direito privado. Os efeitos dessa classificação são, especialmente, os de afastar (i) o regime de direito público incidente sobre os bens que compõem seu patrimônio e (ii) a aplicação da regra de pagamento por meio de precatórios em caso de sentença judicial condenatória.

XVI.2.1 – Os bens do patrimônio do FGP não são bens públicos

O conceito de “bem público” está definido em lei, mais precisamente no Código Civil:⁴²⁹ “Art. 98. São públicos

⁴²⁷. Ao contrário do que se poderia pensar, o art. 11 do Regulamento – ao afirmar que “o FGP tem por objetivo proporcionar a valorização das cotas através da gestão e administração de uma carteira de ativos financeiros, títulos e valores mobiliários, moeda corrente, bens móveis e imóveis, ou outros direitos com valor patrimonial, buscando a manutenção de sua rentabilidade, segurança e liquidez” – não torna o FGP um fundo de investimento. Esse é objetivo da gestão dos ativos do FGP. O objeto do FGP, em verdade, está contido na Lei 11.079/2004, e não poderia ser modificado pelo Regulamento do Fundo, por respeito à hierarquia de normas. Segundo o *caput* do art. 16 da Lei 11.079/2004, *in fine*, o FGP terá “por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

⁴²⁸. Vale lembrar que os fundos de investimento típicos, de natureza condominial – e, portanto, sem personalidade jurídica –, não têm estatutos, mas regulamentos e prospectos.

⁴²⁹. O Código Civil ainda especifica os tipos de bens públicos:

“Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual, Territorial ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

“Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.”

os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Como se vê, considera-se *bem público* o pertencente ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público interno. Cumpre verificar, por conseguinte, quem são as pessoas jurídicas de direito público interno. Novamente, é o Código Civil o instrumento definidor: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

Os bens do patrimônio de pessoas jurídicas de direito privado, portanto, não podem ser considerados bens públicos, sob pena de contrariar o disposto em lei. Como visto acima, o FGP deve receber o tratamento de pessoa jurídica de direito privado, pois detém as características essenciais. Logo, os bens do FGP não são bens públicos.

Por não constituírem bens públicos, os ativos que compõem o patrimônio do FGP podem ser dados em garantia sem restrições, mesmo do tipo real, eis que não estão onerados por características de inalienabilidade e impenhorabilidade.

No caso do FGP, os bens que lhe pertencem não fazem mais parte do patrimônio da União. Entender o contrário significaria esvaziar o comando legal segundo o qual o FGP tem patrimônio próprio separado do de seus cotistas.

Cabe mencionar, por outro lado, que é possível defender que, mesmo no patrimônio de pessoa jurídica de direito privado, os bens afetos à prestação de serviço público teriam natureza de bens públicos. Ainda assim, os bens do patrimônio do FGP não adquiririam a natureza pública, eis que se trata de atividade securitária, que não é, nem nunca foi, considerada serviço público.⁴³⁰

XVI.2.2 – Não-aplicação do regime de pagamento por meio de precatórios aos débitos do FGP

Além disso, uma execução contra o FGP implica pagamento por ente distinto das Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, e, por isso, não se sujeita à regra de pagamento por meio de precatórios.⁴³¹ A sujeição passiva em eventual ação judicial seria distinta. Para que se aplicasse o art. 100 da CF seria preciso que a ação fosse movida contra a União, o Distrito Federal ou algum Estado-membro, Território ou Município.

O que se pode reconhecer, em hipótese extensiva, é a aplicação da regra em caso de ação contra pessoas jurídicas de direito público interno, o que está a incluir, por força do art. 41 do CC, também as autarquias.

Como o FGP tem natureza privada, nem mesmo essa interpretação extensiva poderia sujeitá-lo ao regime de pagamento por precatórios.

É preciso notar, ainda, que essas características do Fundo – penhorabilidade e alienabilidade de seus bens e não-sujeição ao regime de pagamento por meio de precatórios – decorrem do fato de ele não ter sido constituído sob a forma de condomínio, como costumam ser constituídos os fundos de investimento no país.

Tratando-se de condomínio, como é conceito basilar do direito civil, não há separação patrimonial entre o “patrimônio do condomínio”⁴³² – isto é, os bens em co-propriedade – e os dos condôminos. Os bens em co-propriedade pertencem aos patrimônios dos condôminos na proporção de suas quotas ideais. Assim, a assunção de obrigação por um fundo condominial significaria obrigar diretamente os condôminos. E, além disso, eventual pagamento por meio do Fundo afetaria negativamente os patrimônios dos condôminos. No caso de algum dos condôminos ser um ente federativo, terá que se sujeitar, então, às características de impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos e ao regime de pagamentos por meio de precatórios em caso de sentença judicial condenatória.

XVI.3 – O patrimônio do FGP

⁴³⁰. Vale notar que o fato de a atividade securitária ser altamente regulada não decorre nem implica natureza de serviço público. Aliás, não é incomum que atividades econômicas em sentido estrito sejam rigidamente reguladas. Notem-se, nesse sentido, as inúmeras atividades reguladas pelo Banco Central.

⁴³¹. Conforme estabelecido no art. 100 da CF, “à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. Como o FGP tem configuração de pessoa jurídica de direito privado, responde pessoalmente até o limite de seu patrimônio, de maneira que eventual execução contra o FGP não implica pagamento pelas Fazendas Públicas, e sim pelo próprio FGP, entidade distinta.

⁴³². Não existe, em sentido jurídico-formal, um patrimônio do condomínio. A expressão é utilizada apenas para efeito didático. O bem em co-propriedade pertence ao patrimônio dos condôminos.

O § 2º do art. 16 da Lei de PPP deve ser lido juntamente com o § 4º, o qual admite a integralização das cotas em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Como se nota, o dispositivo é o mais amplo possível, de maneira que o patrimônio do FGP poderá ser formado por qualquer tipo de bem, material ou imaterial, que detenha valor econômico.

Vale notar que a eventual incorporação dos rendimentos ao patrimônio do Fundo deve ensejar a correspondente atualização do valor da quota, de maneira que, em eventual resgate, essa diferença – entre o valor atualizado e o antigo – possa ser captada pelo cotista resgatante.

Por derradeiro, é preciso esclarecer um ponto. Da forma como está redigido, o dispositivo pode levar a entender que existem três mecanismos para compor o patrimônio do Fundo: (i) aporte de bens e direito, (ii) integralização de quotas e (iii) incorporação dos rendimentos obtidos com a administração do patrimônio do Fundo. Todavia, parece-nos equivocada a distinção entre os itens “i” e “ii”, acima mencionados, pois o aporte de bens e direitos em um fundo ocorre justamente pela integralização das quotas.

XVI.4 – A avaliação dos bens e direitos transferidos para o FGP

A regra prevista no § 3º do art. 16 demonstra a preocupação de assegurar que o Fundo não venha a receber ativos superavaliados, isto é, com valores acima dos de mercado. Isso porque, nesse caso, o valor contábil do patrimônio do Fundo seria distinto do valor real de mercado, permitindo-lhe prestar garantias sem lastro efetivo em seu patrimônio. Seria um mecanismo de burla à proibição da alavancagem, contida no art. 18 da Lei 11.079/2004 e nos arts. 24, *caput*, e 25 do Regulamento do FGP.

A indicação dos “critérios de avaliação adotados” e a apresentação “dos documentos relativos aos bens avaliados” facilitam a verificação da qualidade da avaliação dos ativos aportados no Fundo. Constitui mais uma regra que visa a assegurar a qualidade da garantia prestada pelo FGP.

XVI.5 – A integralização das quotas

Inferese da redação do § 4º do art. 16 da Lei de PPP que qualquer bem ou direito que tenha valor econômico poderá ser aportado no Fundo. Vale notar que o Governo Federal autorizou a integralização de quotas por meio de ações, conforme o Decreto 5.411/2005.

A composição dos ativos do FGP é de extrema importância para os parceiros privados, sobretudo quando se considera a liquidez dos ativos que compõem a carteira do Fundo. Isso porque, uma vez acionado, o Fundo deverá pagar o parceiro privado em pecúnia, salvo se contratualmente houver sido estipulada a possibilidade de outro meio de pagamento.

É preciso adotar, assim, uma política de investimentos que assegure a liquidez necessária em caso de pagamentos pelo FGP. Nesse sentido, vale citar os arts. 16 e 17 do Regulamento do Fundo, que dispõem:

“Art. 16. Fica o administrador autorizado a promover a conversão dos ativos das classes 2, 3, 4, 5 e 6 para a classe 1, observadas as condições e oportunidades do mercado e as diretrizes da assembléia de cotistas.

“Parágrafo único. No caso de ativos comprometidos com garantias nas modalidades de caução, hipoteca, penhor e alienação fiduciária, bem como dos ativos segregados sob a forma de patrimônio de afetação, a conversão estará condicionada à revisão da modalidade de garantia, sendo admitida somente em caso de conversão para ativos da classe 1 e desde que inalterados todos os demais termos da garantia.

“Art. 17. Fica vedado ao administrador promover a conversão dos ativos das classes 1 e 2 para os das demais classes.”

Os ativos das classes 1 e 2 são, respectivamente, consoante o art. 12 do Regulamento do Fundo, “valores em caixa, operações compromissadas, títulos públicos federais, operações em mercado de derivativos” e “ações de companhias listadas em bolsa de valores e outros ativos mobiliários negociados em mercado de balcão organizado (SOMAFIX e BOVESPAFIX), seus derivativos e proventos”.

Já os ativos das classes 3, 4, 5 e 6 são, respectivamente, “outros ativos mobiliários não negociados em mercado de balcão organizado”, “direitos creditórios”, “imóveis” e “outros bens móveis”.

Como os ativos das classes 1 e 2 são os mais líquidos, verifica-se que a política de investimentos do FGP está voltada a assegurar elevada liquidez do patrimônio do FGP. Ao que nos parece, a tendência é de concentração dos ativos do FGP em títulos públicos federais, que apresentam elevada liquidez e podem ser transformados em pecúnia,

para efeito de pagamento ao parceiro privado, a qualquer momento e sem deságio relevante.

XVI.6 – Limite de responsabilidade dos cotistas

Como visto, o § 1º do art. 16 atribui ao FGP patrimônio próprio separado do dos cotistas. A existência de patrimônio próprio ou, mesmo, de personalidade jurídica, todavia, nada permite afirmar sobre a natureza da responsabilidade, se limitada ou não. Em diversas sociedades os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, sem se ter que recorrer à desconsideração da personalidade jurídica.

O § 5º do art. 16, entretanto, oferece ao FGP tratamento muito semelhante ao de uma sociedade de responsabilidade limitada. A única hipótese de se acionar o cotista por obrigação do fundo, salvo em caso de desconsideração da personalidade, é a não-integralização das cotas. Como é cediço, o sócio pode subscrever as cotas e deixar a integralização para momento posterior.

O Regulamento do FGP, em grande medida, repete o § 5º do art. 16, ora em exame. A diferença fica por conta de dispor também sobre a responsabilidade do administrador do fundo. Consoante o art. 1º, § 5º, do Regulamento, “o FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo o administrador, ou os cotistas, por qualquer obrigação do FGP, salvo aquelas elencadas no art. 6º, no caso do administrador, e pela integralização das cotas que subscreverem, no caso dos cotistas”.

Nos termos do art. 6º, referido, o administrador responde “por quaisquer danos causados ao patrimônio do FGP, decorrentes de: a) atos que configurem má gestão ou gestão temerária; b) atos que configurem violação da lei, do Regulamento do FGP, ou de determinação da assembléia de cotistas; c) operação de qualquer natureza realizada entre o FGP e seus cotistas, seu administrador ou quaisquer terceiros, quando caracterizada situação de conflito de interesse manifestada pelo administrador” (inciso I do art. 6º).

Além disso, responde o administrador “pela evicção de direito,⁴³³ no caso de alienação de imóveis ou direitos integrantes do patrimônio do FGP, caso o cotista não tenha sido alertado desse risco no momento de integralização do ativo no FGP, sendo facultado ao administrador vetar a integralização de ativos, desde que devidamente justificado” (inciso II do art. 6º).

A princípio soa estranha a responsabilização do administrador pelo risco da evicção, sobretudo porque é o cotista, proprietário do bem, quem o indica para efeito de integralização. Em outras palavras, se o cotista indicar um bem do qual não é proprietário ou sobre o qual não pode garantir a posse mansa e pacífica, e isso passar despercebido, o prejuízo ficará com o administrador.

Regra semelhante existe tradicionalmente para os fundos imobiliários. Porém, nesses casos é o administrador quem escolhe os bens que serão adquiridos para compor o patrimônio do Fundo. Por isso, se, por exemplo, celebrar um contrato de compra e venda com quem não é proprietário, haverá prejuízo direto aos cotistas sem que eles tenham, por qualquer meio, concorrido para essa situação.

O mesmo não se passa com os cotistas do FGP. A integralização pelos cotistas por meio de bens de que não são proprietários, a rigor, não lhes causa qualquer prejuízo. Ao contrário, conforme o dispositivo, os cotistas acabam se beneficiando dessa atitude, na medida em que a responsabilidade fica inteiramente com o administrador, sem que com isso esteja autorizado a proceder a qualquer redução no valor das quotas.

A despeito das observações acima lançadas, vale notar que o administrador do Fundo, ao aceitar essa função e, inclusive, por ela se remunerar, concordou com os termos do Regulamento. Além disso, não há, aí, partes hipossuficientes – e, portanto, não se pode alegar abusividade da cláusula. Não resta ao administrador, assim, outra opção senão redobrar o cuidado com a integralização de quotas.

XVI.7 – Procedimento para integralização de bens no FGP

O § 6º do art. 16 da Lei de PPP estabelece que a integralização das quotas do FGP será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

A menção à não-aplicabilidade de licitação é desnecessária. Evidentemente que a integralização de bens no FGP não requer prévia licitação, simplesmente porque é inviável haver concorrência. Aliás, houvesse entendimento diverso

⁴³³ *Grosso modo*, isso importa que, se o comprador não puder adquirir a propriedade (porque o vendedor não é efetivamente o proprietário), o administrador será responsável por indenizá-lo. A responsabilidade pela evicção está regada no CC, nos arts. 447 a 457.

e seria necessário haver licitação para quaisquer integralizações que a Administração viesse a fazer em sociedades de economia mista e em empresas públicas.

A avaliação faz-se, evidentemente, para garantir que os bens sejam recebidos no Fundo pelo seu valor de mercado. A necessidade de proposta do Ministro da Fazenda decorre do fato de a supervisão e o acompanhamento das atividades do FGP estarem no âmbito do aludido Ministério.

XVI.7.1 – Aplicabilidade da Lei de Licitações ao FGP

Outra discussão que vem à tona com a criação e aporte de bens no FGP é a da aplicabilidade da Lei de Licitações às alienações de ações ou outros bens aportados ao Fundo.

Em tese, a alienação de qualquer bem do FGP, móvel ou imóvel, deve pautar-se por um procedimento competitivo, com vistas a alcançar o maior preço possível. Isso não significa, por outro lado, que deva ser realizada licitação nos moldes da Lei 8.666/1993.

É preciso ter em conta que o FGP desempenha atividade econômica em sentido estrito e apresenta natureza de sujeito privado de direitos e obrigação. Portanto, o regime jurídico é diverso.

Não é esse o momento para discutirmos os diferentes regimes jurídicos estabelecidos constitucionalmente na dicotomia traçada pelos arts. 170 (complementado pelo art. 173, no que diz respeito ao exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado) e 175, respectivamente sobre atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos. Contudo, não se pode pretender tratar essas atividades de forma idêntica para efeito de aplicação de regras de licitação e contratação.

Enquanto não se legisla sobre as regras de licitação e contratação aplicáveis a empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, a tendência é a continuidade na obrigatoriedade de observância da Lei 8.666/1993. É nesse sentido o entendimento do TCU nos acórdãos 121/1998 e 624/2003, apesar do evidente prejuízo em termos de eficiência em face das inúmeras exigências burocráticas que não se justificam para um sujeito de direito privado que se pretenda competitivo no mercado.

Todavia, tem-se consagrado na doutrina e na jurisprudência⁴³⁴ a distinção entre atividades-fim e atividades-meio como critério para saber sobre a exigência de licitação para celebração de contratos que envolvam, em um dos pólos, empresa pública ou sociedade de economia mista que explore atividade econômica em sentido estrito.

Não é razoável exigir licitação para celebração de contratos que constituem o núcleo do objeto de uma empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica em sentido estrito. Para citar exemplos trazidos pelo professor Marçal Justen Filho, “uma distribuidora de combustíveis não pode ser constrangida a realizar licitação para ‘alienar combustível’”. Do mesmo modo, uma instituição financeira não está obrigada a licitar contratos de conta corrente bancária”.⁴³⁵

Ora, um fundo garantidor não pode exercer suas funções sem liberdade para alienar e adquirir os ativos que compõem seu patrimônio, sujeito apenas aos limites estabelecidos pela política de investimentos estabelecida no regulamento. Há dois grandes blocos: a gestão do passivo, constituído pelas garantidas prestadas pelo Fundo, e a gestão do ativo, constituído por todos os bens que compõem seu patrimônio. Exigir licitação para celebrar contratos relacionados à gestão do ativo significa impor limitação sobre o próprio cerne da atividade do FGP.

XVI.7.2 – Desafetação de bens de uso comum ou especial

Os bens do patrimônio do FGP não podem ter natureza de bens públicos de uso comum ou de uso especial, sob pena de se sujeitarem aos princípios da impenhorabilidade e inalienabilidade. Ao revés, caracterizados como bens privados, podem ser livremente alienados e se sujeitam a penhora. Podem, pois, ser oferecidos em garantia sem quaisquer restrições, salvo se houverem sido onerados com as cláusulas de inalienabilidade ou impenhorabilidade, admitidas pelo direito civil.⁴³⁶

Os bens públicos são classificados, nos termos do art. 99 do CC, da seguinte forma: “I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a

⁴³⁴. V. acórdãos 121/1998 e 624/2003 do TCU, citados.

⁴³⁵. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 10^a ed., p. 20.

⁴³⁶. Embora essa possibilidade exista em abstrato, não se pode cogitar seriamente do aporte no FGP de bens onerados com cláusulas de inalienabilidade ou impenhorabilidade, em face da inutilidade econômica desses bens num Fundo cuja principal função é justamente prestar garantias.

serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual, Territorial ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

A classificação dos bens públicos ganha importância pelo fato de existir expressa proibição legal de alienação dos bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, conforme determina o art. 100 do CC.⁴³⁷

Os bens de uso comum do povo, em regra, não podem ser desafetados. Isso porque, caso se tornassem bens dominicais por meio da desafetação, poderiam ser alienados livremente, tornando-se eventualmente patrimônio privado. Não se cogita no Direito brasileiro de submeter à propriedade privada os bens de uso comum do povo (rios, mares, estradas, ruas e praças). Esses bens jamais poderiam pertencer a patrimônios privados. Aliás, interessa notar que esses bens não costumam aparecer nem mesmo no balanço patrimonial das pessoas jurídicas de direito público, como a União.

Já os bens de uso especial, uma vez desafetados, tornam-se dominicais e, assim, podem ser alienados. Trata-se de bens que poderiam perfeitamente pertencer a patrimônios privados e apenas circunstancialmente encontram-se no patrimônio do Poder Público.

Em atenção ao dispositivo ora em comento, pode-se afirmar que, havendo a desafetação, o bem público será considerado dominical e poderá ter sua propriedade transferida a outra pessoa. Em seguida, se for transferido para o patrimônio do FGP, tornar-se-á bem privado, eis que pertencerá a patrimônio de sujeito de direito privado não prestador de serviço público.

Art. 17. O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 1º. O Estatuto e o Regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas.

§ 2º. A representação da União na assembléia dos cotistas dar-se-á na forma do inciso V do art. 10 do Decreto-lei n. 147, de 3 de fevereiro de 1967.

§ 3º. Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

XVII – A criação, administração e representação do FGP: XVII.1 – Aprovação do Estatuto e Regulamento do FGP. XVII.2 – A representação da União na assembléia de cotistas. XVII.3 – Gestão e alienação de bens e direitos do FGP.

XVII – A criação, administração e representação do FGP

Ao se exigir a condição de instituição financeira controlada pela União, limitou-se o rol de atores capazes de criar, administrar, gerir e representar o FGP. O dispositivo, no entanto, foi omissivo quanto à capacidade de delegação dessas funções.

No que tange à delegação para instituições financeiras também controladas pela União, não deve haver dúvidas quanto a essa permissão legal, eis que em nada afronta a finalidade do art. 17, ora em comento, seja quanto a funções principais ou acessórias, desde que permitido no Regulamento do Fundo.

Mais controversa é a questão de saber sobre a possibilidade de delegação dessas funções a instituições financeiras não controladas pela União. Nesse caso, surge potencial burla ao comando do art. 17.

Não nos parece que toda e qualquer atividade relacionada à administração ou gestão do Fundo deva ser executada necessariamente por instituição controlada pela União. Deve-se admitir a terceirização, para entidades não controladas pela União, de atividades acessórias à administração e à gestão, sobretudo quando se mantenha a responsabilidade solidária da instituição controlada pela União quanto aos serviços terceirizados.

Ora, se até mesmo em relação aos serviços públicos admite-se, em regra, a terceirização de atividades acessórias, não se justificaria tal vedação para uma atividade econômica em sentido estrito, como é a atividade securitária do FGP.

Pense-se, por exemplo, na atividade de custódia dos títulos e ações que compõem o patrimônio do FGP. Não há sentido em vedar a transferência desse tipo de atividade a instituições privadas não controladas pela União, pois

⁴³⁷. “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”

apresenta natureza meramente acessória. Potencialmente, essa proibição tornaria a gestão e a administração do Fundo menos eficientes, sem qualquer justificativa de interesse público.

Por isso, na ausência de proibição legal expressa e na presença de autorização pelo Regulamento do Fundo, deverá ser admitida a delegação de atividades acessórias de gestão e administração a instituições financeiras não controladas pela União.

No Regulamento do Fundo, o administrador do FGP poderá delegar a gestão de garantias e dos ativos a terceiras empresas, permanecendo, no entanto, solidariamente responsável por essas atividades.

Nesse sentido, vale citar os §§ 3º, 4º e 7º do art. 2º do Regulamento do FGP:

“§ 3º. A responsabilidade pela gestão de garantias é do administrador, ainda que contrate empresas para a realização dessa tarefa. Nesse caso, *o administrador responderá, perante os cotistas, solidariamente ao gestor contratado*, devendo constar do contrato com o gestor cláusula expressa nesse sentido, sob pena da contratação não produzir nenhum efeito perante o FGP e os cotistas. [grifos nossos]

“§ 4º. O administrador poderá contratar terceiros para exercer, total ou parcialmente, a gestão de ativos do FGP, individual ou conjuntamente. Também poderá ser contratada instituição para realizar as atividades de custódia, controladoria e escrituração da emissão, resgate de cotas e tesouraria.

“(…).

“§ 7º. A responsabilidade pela gestão dos ativos do FGP é do administrador, ainda que contrate pessoas jurídicas para a realização dessa tarefa. Nesse caso, *o administrador responderá, perante os cotistas, solidariamente ao gestor contratado*, devendo constar do contrato com o gestor cláusula expressa nesse sentido, sob pena da contratação não produzir nenhum efeito perante o FGP e os cotistas” (grifos nossos).

A despeito da solidariedade acima destacada, o art. 2º, § 6º, do Regulamento estabelece que: “§ 6º. Cada prestador de serviço contratado responde *individualmente* perante o FGP e os cotistas por seus próprios atos e omissões contrários à lei, a este Regulamento e às disposições regulamentares aplicáveis” (grifo nosso).

Essa redação poderia levar ao equivocado entendimento de que se teria afastado a responsabilidade do administrador caso o gestor atuasse em contrariedade à lei, ao Regulamento ou às disposições regulamentares aplicáveis. Ou seja, solidariedade existiria apenas para os casos em que não houvesse contrariedade à lei, ao regulamento ou às disposições regulamentares.

A nosso ver, no entanto, mesmo nesses casos há solidariedade. A opção pela delegação é do administrador do Fundo. Se assim o faz, por decisão própria, a lógica indica sua responsabilização pelos atos de seus delegatários. A isenção de responsabilidade do administrador não se justificaria, a menos que se obtivesse uma manifestação expressa da assembléia de cotistas concordando com essa delegação e com a referida isenção de responsabilidade. Desta forma, o art. 2º, § 6º, deve ser lido apenas como uma reafirmação da responsabilidade do prestador do serviço, sem prejuízo da responsabilidade solidária do administrador.

Vale destacar também que, conforme a Resolução 3.289, de 3.6.2005, do CMN – Conselho Monetário Nacional, a administração do FGP somente poderá ser exercida por instituição financeira, controlada direta ou indiretamente pela União, autorizada pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários para o exercício de administração de carteira de valores mobiliários (art. 1º).⁴³⁸ Essa exigência também se encontra no Regulamento do Fundo (art. 2º, § 5º, e art. 5º).

Além da criação, administração e gestão, o art. 17, em comento, ainda se refere à representação judicial e extrajudicial do FGP. Cumpre esclarecer, todavia, que não há um contrato de mandato ou qualquer outro negócio jurídico entre o FGP e seu administrador. Os poderes do administrador derivam do Estatuto e do Regulamento do Fundo, assim como os poderes dos administradores e diretores de uma sociedade derivam de estatuto ou contrato social.

O administrador é, a rigor, um órgão do FGP, e não um seu representante.⁴³⁹ Todavia, tem-se mostrado corriqueira a utilização da expressão “representar” mesmo nesses casos, não sendo incomum ouvir que “o diretor ‘X’ representa sua companhia na celebração de contratos”, por exemplo. Vale destacar que, entre nós, muitos autores se esforçaram para esclarecer essa diferença, que, na terminologia de Pontes de Miranda, manifesta-se na distinção entre

⁴³⁸. A resolução determina, ainda: “Art. 2º. A instituição financeira administradora do FGP deverá observar as normas emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários relativas à administração de carteira de valores mobiliários, ficando sujeita às penalidades por seu descumprimento”. E, em seguida: “Art. 3º. Fica a Comissão de Valores Mobiliários autorizada a adotar as medidas complementares ao cumprimento do disposto nesta Resolução”.

⁴³⁹. É preciso lembrar, uma vez mais, que o FGP apresenta natureza de pessoa jurídica, eis que a ele foram atribuídas as características essenciais desse instituto. Por isso, não se pode confundir-lo com os corriqueiros fundos de investimento estruturados sob a forma de condomínio, nos quais o administrador é tratado como um representante dos cotistas, por não ser um órgão do Fundo.

“apresentação” e “representação”. Pontes dizia que o administrador apresenta a pessoa jurídica, eis que é parte dela. Já o procurador representaria aquele que lhe atribuiu mandato.

Outra questão a merecer comentários relaciona-se à possibilidade de criação de mais de um fundo garantidor. Nos termos da Resolução 1 do Comitê Gestor de PPP, além do Fundo Garantidor administrado pelo Banco do Brasil,⁴⁴⁰ previu-se a possibilidade de contratação de fundos garantidores junto à Caixa Econômica Federal e ao BNDES.⁴⁴¹

A criação de fundos garantidores é uma das maneiras de viabilizar a estruturação de garantias em contratos de PPP, nos termos do art. 8º da Lei 11.079/2004. Todavia, vale mencionar que a criação de fundos de qualquer natureza depende de lei, por expressa determinação constitucional (art. 167, IX; e, quando se tratar de fundos com a estrutura do FGP, incidem também os arts. 37, XIX, e 173).

Entre os arts. 16 e 21 a Lei de PPP tratou da criação de um Fundo Garantidor específico, cumprindo o mandamento constitucional. Chamado pela Lei de PPP como FGP, foi autorizado o aporte global de recursos pela União, sua autarquias e fundações públicas no limite de R\$ 6 bilhões.⁴⁴²

A criação de outros fundos garantidores dependerá de lei específica que fixe seus termos, como a Lei de PPP o fez em relação ao FGP. Assim, a criação de outros fundos garantidores, a serem administrados pela Caixa ou pelo BNDES, fica, por enquanto, obstada pela ausência das leis específicas autorizadoras. Isso não impede, todavia, sejam apresentadas as minutas para análise do CGP e tomadas as providências para obtenção das autorizações legislativas requeridas.

Por fim, mencione-se que, consoante determina o dispositivo em exame, a instituição financeira escolhida para criar, gerir, administrar e representar o FGP deverá observar as normas estatuídas pelo CMN destinadas a preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos da Lei 4.595/1964.⁴⁴³

XVII.1 – Aprovação do Estatuto e Regulamento do FGP

O Estatuto e o Regulamento do FGP foram aprovados em 27.1.2006 pela assembléia dos cotistas.

Rigorosamente, um estatuto faz sentido no caso de criação de pessoa jurídica. Os fundos de investimento tradicionais, por exemplo, que são criados sob a forma de condomínio, não dispõem de personalidade jurídica própria, e para sua criação basta um regulamento. O regulamento de um fundo de investimento, assim, equivale ao estatuto social de uma sociedade por ações, por exemplo.

Desta forma, para o FGP, a rigor, bastaria seu Estatuto, pois é esse o documento de sua criação, no qual podem e devem estar as regras de seu funcionamento, a competência de seus órgãos etc. O fato de se prever também um Regulamento do Fundo em nada altera sua natureza de pessoa jurídica, e apenas se justifica pelo costume de os fundos terem regulamentos próprios.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰. Neste trabalho, as citações ao Estatuto e ao Regulamento do FGP referem-se exclusivamente ao administrado pelo Banco do Brasil. Até o presente momento, aliás, não há qualquer proposta conhecida de minutas desses documentos para eventuais fundos garantidores a serem contratados junto à Caixa ou ao BNDES.

⁴⁴¹. Diz o art. 1º da Resolução CGP-1: “Art. 1º. A Secretaria do Tesouro Nacional – STN submeterá, em conformidade com o art. 5º do Decreto n. 5.411, de 6 de abril de 2005, à aprovação do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP minuta do Regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, a ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo Banco do Brasil S/A ou subsidiária, consoante o art. 17 da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004”. E o art. 3º, por sua vez:

“Art. 3º. Fica a STN autorizada a contratar junto à Caixa Econômica Federal e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social fundos da mesma natureza do mencionado no art. 1º.

“Parágrafo único. As minutas de regulamento dos fundos mencionados no *caput* deverão ser submetidas pela STN à aprovação do CGP, no prazo de 120 (cento e vinte) dias após a criação do Fundo mencionado no art. 1º.”

⁴⁴². A Lei de PPP não tratou da forma nem do momento de aferição desse montante. Pensamos que o limite de R\$ 6 bilhões faz sentido para efeito de autorização para integralizar cotas no Fundo. Se o patrimônio do FGP já detiver esse valor, não será mais possível integralizar qualquer cota. Isso não quer dizer que, uma vez integralizadas as cotas, no caso de haver variação patrimonial do Fundo (por valorização das ações nele aportadas, por exemplo), esteja a União obrigada a resgatar cotas de forma a manter o patrimônio do FGP limitado a R\$ 6 bilhões. Trata-se de uma regra que produz seus efeitos no momento em que se verifica a possibilidade de integralização de cota; não cria qualquer obrigação de resgate. Ao lado disso, vale dizer que o mais razoável é aferir o valor dos ativos no momento da integralização, o que pode, eventualmente, a depender do tipo de ativo, implicar a necessidade de trazê-lo a valor presente, eis que, como é regra basilar de finanças, não se pode somar valores em tempos distintos sem levar essa diferença em consideração.

⁴⁴³. “Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) XXII – estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei; (...)”

⁴⁴⁴. Por fim, cumpre mencionar que a utilização de Estatuto para criação do FGP constitui mais uma prova acerca da sua personalidade jurídica,

XVII.2 – A representação da União na assembléia de cotistas

Em atenção ao § 2º do art. 17 da Lei de PPP, e consoante o disposto no inciso V do art. 10 do Decreto-lei 147/1967,⁴⁴⁵ a União será representada na assembléia de cotistas do FGP pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que poderá delegar essa competência a Procurador da Fazenda Nacional.

XVII.3 – Gestão e alienação de bens e direitos do FGP

O § 3º do art. 17 da Lei de PPP retira quaisquer dúvidas sobre eventual necessidade de consulta à assembléia de cotistas para alienar os bens e direitos do FGP. É competência da instituição financeira encarregada da gestão dos ativos. A interferência da assembléia na gestão dos ativos se dá pela definição da política de investimentos do Fundo, ao qual o gestor está obrigado. Definida a política de investimentos pela assembléia, o administrador tem total liberdade para alienar e adquirir ativos.

Ao lado disso, apesar de o FGP ter por principal finalidade a prestação de garantia – o que implica assegurar liquidez compatível com o nível de garantias prestadas –, não se pode descuidar da rentabilidade. Por certo, deverá o gestor buscar um equilíbrio entre esse objetivos, eis que nem sempre rentabilidade e liquidez caminham no mesmo sentido. A opção pela maior liquidez ou rentabilidade, em cada momento, deve ser realizada com vistas a tornar a garantia mais robusta.

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º. A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

§ 2º. O FGP poderá prestar contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º. A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º. No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

§ 5º. O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º. A quitação de débito pelo FGP importará sua sub-rogação nos direitos do parceiro privado.

conforme já mencionado nos comentários ao § 1º do art. 16.

⁴⁴⁵. “Art. 10. Ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional compete: (...) V – representar e defender os interesses da Fazenda Nacional, podendo delegar competência, para esse fim, a Procurador da Fazenda Nacional: a) nos atos constitutivos e nas assembléias de sociedades de economia mista e outras entidades de cujo capital participe o Tesouro Nacional; b) nos atos, de que participe o Tesouro Nacional, relativos a subscrição, compra, venda ou transferência de ações de sociedades; c) nos contratos, acordos ou ajustes de natureza fiscal ou financeira, em que intervenha, ou seja parte, de um lado, a União, e, de outro, o Distrito Federal, os Estados os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, ou entidades estrangeiras, bem como os de concessões; e d) em outros atos, quando o determinar o Ministro da Fazenda ou se assim dispuser lei, decreto ou regimento.”

§ 7º. Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

XVIII – O objeto do art. 18: XVIII.1 – O conceito de “garantia”, sua ambigüidade e vagueza: XVIII.1.1 – O regulamento do FGP e o sentido amplo de “garantia” nele utilizado. XVIII.2 – As garantias em espécie: XVIII.2.1 – A fiança. XVIII.2.2 – O penhor de bens do FGP. XVIII.2.3 – Hipoteca de bens do FGP. XVIII.2.4 – A alienação fiduciária de bens do FGP. XVIII.2.5 – A celebração pelo FGP de outros contratos que produzam efeito de garantia. XVIII.2.6 – Garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação. XVIII.3 – Contragarantias do FGP a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais. XVIII.4 – Efeitos dos pagamentos do parceiro público. XVIII.5 – Prazo para acionamento da garantia: XVIII.5.1 – Acionamento da garantia em caso de aceitação dos serviços. XVIII.5.2 – Acionamento da garantia em caso de não-aceitação dos serviços. XVIII.6 – Sub-rogação pelo FGP nos direitos do parceiro privado. XVIII.7 – Exequibilidade do patrimônio do FGP.

XVIII – O objeto do art. 18

O art. 18 apresenta dois comandos distintos: o primeiro indica que as garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista; e o segundo veda a concessão de garantia cujo “valor presente líquido” (*sic*), somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

O primeiro deles nada mais é que uma decorrência da compreensão do FGP como uma pessoa jurídica. É bastante elucidativa a visualização do FGP como uma sociedade cujo objeto social é a prestação de garantias em contratos de PPP. Como em qualquer sociedade, as obrigações do FGP são proporcionais à participação de cada cotista.

Isso não significa que, perante o beneficiário da garantia, essa proporcionalidade poderá ser oposta, por qualquer forma. Perante o parceiro privado que contrata a garantia existe uma única parte no outro pólo contratual: o FGP. Não lhe interessa saber qual a participação de cada cotista no Fundo, eis que todo o patrimônio do FGP responde integralmente pelas obrigações de garantia assumidas.

A proporcionalidade produz efeitos sobretudo para os cotistas. Não se admite que a execução de uma determinada garantia do FGP signifique execução apenas contra as cotas de um cotista específico.

Vale pensarmos em termos concretos para esclarecer o assunto. Imagine-se que o FGP tenha três cotistas: a União, com ½ das quotas; a autarquia “A” com ¼ e a autarquia “B” com o ¼ restante. Suponha-se, então, que a autarquia “A” celebre um contrato de PPP cuja garantia prestada equivalha a cerca de ¼ do patrimônio do Fundo. Agora, imagine-se que nenhuma contraprestação pública seja paga pela autarquia “A”, de maneira que, após a execução da garantia, o FGP é obrigado a pagar as contraprestações devidas, em princípio, pela autarquia “A”.

Poder-se-ia pretender que, tendo a garantia sido prestada a um parceiro privado da autarquia “A”, então, eventual execução significaria redução das cotas apenas dessa cotista. Todavia, como as garantias são prestadas proporcionalmente à participação de cada cotista, isso significa que as cotas de todos os cotistas, e não apenas as da autarquia “A”, terão seu valor reduzido. Ou seja, o prejuízo com o pagamento das garantias executadas é distribuído proporcionalmente entre os cotistas, na medida da participação de cada um. Além disso, importa destacar que a proporção das cotas se mantém inalterada; isto é, mesmo após a execução de garantia em virtude da inadimplência da cotista autarquia “A”, a União mantém ½ das quotas, a autarquia “A” ¼ e a autarquia “B” ¼.⁴⁴⁶

Em suma: a proporcionalidade existe para regular a relação entre os cotistas e significa, na prática, uma regra de distribuição das conseqüências da ocorrência (nesse caso, execução de garantia) nas participações no FGP, na medida do capital integralizado. Perante os terceiros beneficiários não há qualquer relevância, eis que para eles o FGP é um único sujeito, sendo irrelevante a proporção das participações de cada cotista.

O segundo comando do dispositivo em comento veda a concessão de garantia cujo valor presente “líquido” (*sic!*), somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

Importa discutir, preliminar e brevemente, a linguagem utilizada. Não há sentido em comparar o valor presente

⁴⁴⁶ Pode parecer injusto que, em face do inadimplemento da autarquia “A”, todos os cotistas participem proporcionalmente do prejuízo com a execução da garantia. Todavia, não se devem confundir os papéis. Enquanto contratante da PPP, a autarquia “A” é mera cliente do FGP. De maneira que deverá o FGP, do qual a autarquia “A” é cotista, cobrar a própria autarquia “A” pelo valor gasto em razão do pagamento pela execução das garantias. Como em qualquer seguro, o FGP estará autorizado (e, mais que isso, estará obrigado, em face do interesse dos seus cotistas) a buscar a recuperação do prejuízo perante o causador do dano (nesse caso, o parceiro público inadimplente, a autarquia “A”). Nesse sentido, vale lembrar que o art. 18, § 6º, da Lei de PPP estabelece que “a quitação de débito pelo FGP importará sua sub-rogação nos direitos do parceiro privado”. Ou seja, o FGP se sub-rogará nos direitos do parceiro privado que havia contratado PPP com a autarquia “A”, para cobrá-la pelas obrigações inadimplidas.

“líquido” das garantias com o ativo total do FGP. A idéia de “líquido”, em finanças, implica a diferença. Ou seja, a rigor, o que se compara é o valor presente das garantias com o valor presente dos ativos. A partir daí, a diferença entre esses números indicaria o “valor presente líquido” do FGP.

Esse é um dos dispositivos mais importantes no que toca ao FGP. É nele, sobretudo, que se encontra a proibição de alavancagem. Em outras palavras, estabelece que, para cada Real dado em garantia, é necessário que efetivamente exista um Real correspondente no patrimônio do Fundo.

Vale dizer, ainda, que, uma vez considerado o valor presente da garantia, é preciso, para evitar distorções, trazer a valor presente todos os demais números. Assim, todas as garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, assim como os ativos do FGP, deverão ser considerados em termos de valor presente. De outra forma correr-se-á o sério risco de distorcer a proibição da alavancagem.

Nesse sentido, vale trazer à colação, uma vez mais, o Regulamento do Fundo, art. 24, § 11: “O limite de garantia do FGP é dado pela diferença entre o valor presente das garantias emitidas e dos ativos em carteira, sendo apurado em consonância com as diferentes classes de ativos existentes”.

A proibição de alavancagem contribui para dar solidez à garantia do FGP, na medida em que se pode ter certeza de que existirá patrimônio suficiente para cobrir a totalidade das garantias prestadas.

Por outro lado, esse método de contabilização pelo Fundo reduz enormemente a capacidade de prestação de garantias. Isso porque, como se sabe, é bastante improvável – para não dizer, mesmo, impossível – que todas as garantias do Fundo venham a ser exigidas num mesmo momento.

Assim, uma estimativa conservadora do risco de *default* do parceiro público permitiria, ao mesmo tempo, garantir satisfatoriamente o risco político do ponto de vista do parceiro privado e aumentar a capacidade de prestação de garantias pelo Fundo. Nos termos da lei e também do Regulamento, contudo, ao se proibir a alavancagem, prevaleceu o objetivo de segurança da garantia em detrimento da capacidade garantidora do Fundo.

O dispositivo em comento foi repetido no Regulamento do FGP, em seu art. 24: “As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP”.

Além disso, o art. 25 do Regulamento do FGP,⁴⁴⁷ ao exigir a contratualização de um valor máximo a ser garantido, facilita a operacionalização da proibição da alavancagem. Basta que se contabilize o impacto no FGP pelo valor máximo garantido. Independentemente das obrigações garantidas pelo Fundo e das disposições contratuais da PPP, prevalecerá o valor nominal máximo garantido – o que retira da administração do fundo o ônus de identificar e avaliar as obrigações e riscos implicitamente assumidos pelo parceiro público.

Do ponto de vista do Fundo, não há qualquer risco de surpresa quanto ao montante garantido. Para evitar efeito de alavancagem, a garantia deverá ser contabilizada pelo valor máximo estabelecido no contrato. Desta forma, uma vez determinado o valor máximo garantido, a responsabilidade do Fundo estará limitada, sendo absolutamente irrelevantes, na ótica do FGP, os riscos e obrigações assumidos pelos parceiros públicos.

XVIII.1 – O conceito de “garantia”, sua ambigüidade e vagueza

Antes de tratar das modalidades, é preciso realizar algumas breves considerações sobre o termo “garantia”, o qual tem sido utilizado com diversos significados e, na maioria dos casos, sem qualquer ressalva, especialmente na literatura técnica e jurídica sobre PPP.

Da análise dos diversos usos do termo “garantia”, parece-nos haver, claramente, dois sentidos. Um mais amplo, que engloba qualquer instrumento, seja contratual ou legal, que permita ao credor obter maior segurança quanto à satisfação de seu crédito. Nesse sentido, o termo abrange todas as menções a hipoteca, penhor, anticrese, fiança, aval, seguro, vinculação de receita, depósito, responsabilidade pela evicção, penhora, patrimônio de afetação, alienação fiduciária etc. O segundo sentido, mais estrito, restringe a noção de “garantia” às reais ou pessoais. A título de exemplificação, discorreremos brevemente, a seguir, sobre os diversos usos do termo “garantia” relacionado com PPP.

Por vezes utiliza-se o termo no sentido de prestação de garantias reais ou pessoais. As reais podem se constituir sob as formas de hipoteca, penhor ou anticrese. As pessoais, sobretudo por aval e fiança. Em outras hipóteses o termo é utilizado com um sentido mais econômico-financeiro, para se referir a uma garantia orçamentária no sentido de que

⁴⁴⁷. “Art. 25. As garantias outorgadas pelo FGP deverão especificar o valor máximo garantido, em moeda corrente nacional, passível de correção anual por índice a ser especificado, acima do qual o FGP não será responsável.”

certas receitas não serão utilizadas para outras finalidades senão para o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP.

Quando se trata de garantias pessoais ou reais, caso seja inadimplida uma obrigação, o credor se servirá da garantia como forma de obter o crédito devido e não pago pelo devedor principal. Assim, por exemplo, o credor que não recebe um aluguel do locatário (devedor principal) se utiliza da garantia de fiança para cobrar a dívida do fiador e, assim, tentar receber seu crédito.⁴⁴⁸

O mesmo não se passa com a garantia orçamentária. Nesse caso, o adimplemento se dá pela própria receita vinculada arrecadada. Se não houver esse pagamento, não há uma garantia – no sentido civilista – a ser acionada. Não terá o credor qualquer bem disponível para penhora, e tampouco poderá iniciar qualquer procedimento de execução. Deverá – isto, sim – buscar uma sentença judicial ou laudo arbitral para promover a execução.

Além disso, temos notado também a utilização das expressões “patrimônio de afetação” ou “contragarantia” como “modalidades de garantia”⁴⁴⁹ – o que, evidentemente, está ligado ao significado econômico-financeiro do termo.

Fala-se, ainda, na prestação de caução como se fosse uma modalidade de garantia autônoma. A caução não é uma modalidade específica de garantia no sentido do direito civil. A caução pode ser – assim como qualquer garantia do direito civil – real ou fidejussória, nos termos do art. 826 do Código de Processo Civil – CPC. Se não for definida por lei a espécie pela qual a caução será instrumentalizada, o CPC prevê que poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança (art. 827).

Vale notar, ademais, que o Código de Processo Civil também utiliza o conceito de caução em paralelo a outras garantias, como em seu art. 805, que estabelece: “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de *caução ou outra garantia* menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente” (grifos nossos).

A própria penhora de bens também pode ser considerada uma forma de garantia, como decorre da finalidade do instituto, que é justamente assegurar a satisfação do crédito. Nesse diapasão, determina o art. 652 do CPC que o devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora. Se o oficial de justiça não encontrar o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução (art. 653).

A utilização do termo “garantia” também é realizada de forma indiscriminada no Código Civil. Assim, a responsabilidade pela evicção, por exemplo, é considerada uma garantia (art. 447). E também o contrato de seguro, como se pode notar a partir da leitura dos arts. 757 e ss. do CC de 2002. Por derradeiro – mas sem o escopo de esgotar o assunto –, nota-se ainda que a noção de “propriedade fiduciária” também se estabelece como uma forma de garantia, nos termos do art. 1.361 do CC, ao determinar que “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Do exposto, pretende-se ter demonstrado que o termo “garantia” comporta distintos significados. Num sentido amplo, podemos considerar como garantia qualquer instrumento, seja contratual ou legal, que permita ao credor obter maior segurança quanto à satisfação de seu crédito. Nesse sentido, poderíamos englobar todas as menções à garantia acima realizadas: hipoteca, penhor, anticrese, fiança, aval, seguro, vinculação de receita, depósito, responsabilidade pela evicção, penhora, patrimônio de afetação etc.

Num sentido estrito, poderíamos restringir a noção de “garantia” às espécies de garantia real ou pessoal. É preciso que o intérprete esteja atento a essa indeterminação do conceito de “garantia”, de forma a evitar confusões.

XVIII.1.1 – O regulamento do FGP e o sentido amplo de “garantia” nele utilizado

É sobretudo no sentido mais amplo, acima descrito, que se deve compreender a coluna “garantias” na tabela do art. 12 do Regulamento do FGP, que estabelece: “Os ativos integralizados no FGP serão classificados em classes/séries, conforme discriminado abaixo:

⁴⁴⁸. Vale lembrar que, no aval, o avalista, a rigor, também é considerado devedor principal. Vencida a obrigação, portanto, o credor pode cobrar a dívida tanto do emitente do título quanto do avalista, indistintamente. Na fiança isso apenas ocorre quando o fiador renuncia ao benefício de ordem, estipulado no art. 827 do Código Civil.

⁴⁴⁹. Nesse sentido a tabela do art. 12 do Regulamento do FGP.

CLASSE DE ATIVOS	SÉRIE DE ATIVOS	O QUE COMPÕE	GARANTIAS	CLASS E DE COTAS	SÉRIE DE COTAS
Classe 1	Única	Moeda corrente, operações compromissadas, títulos públicos federais, operações em mercado de derivativos	Fiança, contragarantia, patrimônio de afetação ou caução	Classe 1	Única
Classe 2	Única	Ações de cias. listadas em bolsa de valores e outros ativos mobiliários negociados em mercado de balcão organizado (SOMAFIX e BOVESPAFIX), seus derivativos e proventos	Fiança, contragarantia, patrimônio de afetação ou caução	Classe 2	Única
Classe 3	Única	Outros ativos mobiliários não negociados	Caução, patrimônio de afetação	Classe 3	Única
Classe 4	Série para cada ativo	Direitos creditórios	Fiança, contragarantia, patrimônio de afetação ou caução	Classe 4	Série para cada ativo
Classe 5	Série para cada ativo	Imóveis	Alienação fiduciária, hipoteca, patrimônio de afetação	Classe 5	Série para cada ativo
Classe 6	Série para cada ativo	Outros bens móveis	Penhor ou patrimônio de afetação	Classe 6	Série para cada ativo

Todavia, a utilização da coluna “Garantias” no sentido amplo pode levar a alguns equívocos. Por exemplo, quando, para ativos da classe 1, se estabelece a possibilidade de utilização de caução, seria possível imaginar que a caução pudesse ser oferecida por qualquer espécie de garantia pessoal ou real (conforme admite o CPC, em seu art. 826), uma vez que o Regulamento não restringiu expressamente. Aliás, para os ativos das classes 1 a 4 está prevista a utilização de caução, o que permitiria, por esse raciocínio, a utilização de qualquer espécie de garantia pessoal ou real.

Contudo, se fosse essa a intenção (de permitir a utilização de qualquer espécie de garantia pessoal ou real), a tabela apresentada, obviamente, seria de pouca utilidade, além de confusa.

Por isso, parece-nos fazer mais sentido a leitura da tabela que permita, nos casos dos ativos de classes 1, 2 e 4, apenas a prestação de garantia sob a espécie “fiança”. Isso porque as hipóteses de patrimônio de afetação, de contragarantia ou de caução pressupõem a utilização de uma espécie de garantia pessoal ou real. Portanto, nada mais razoável, para dar sentido ao dispositivo, que interpretá-lo como capaz de obrigar a prestação de garantia sob a espécie “fiança”, ainda que seja respaldada por patrimônio de afetação ou dada em contragarantia⁴⁵⁰ ou a título de caução.

Já no caso dos ativos da classe 3 o mesmo raciocínio é de pouca utilidade. Como não há previsão de qualquer espécie de garantia pessoal ou real, mas apenas de caução e patrimônio de afetação, que, por sua vez, admite qualquer espécie de garantia, a única conclusão a que podemos chegar é que o administrador do FGP poderá prestar a garantia sob qualquer espécie, real ou pessoal, quando tiver por lastro ativos da classe 3.

Para os ativos da classe 5 admitem-se expressamente a alienação fiduciária e a hipoteca. Nesses casos, a espécie de garantia, por si só, impõe desconsiderar a possibilidade de patrimônio de afetação.

Quando se estabelece uma hipoteca sobre um bem imóvel, automaticamente, esse bem está destinado a responder pelas obrigações garantidas pela hipoteca. É verdade que outras hipotecas sucessivas podem recair sobre o imóvel.

⁴⁵⁰. Essa noção ficará mais clara quando tratarmos do significado de patrimônio de afetação (art. 21) e contragarantia (§ 2º do art. 18), mais à frente.

Todavia, será preciso respeitar a ordem das hipotecas, de maneira que se configura descabida a formação de um patrimônio de afetação para bens imóveis hipotecados.

No caso da alienação fiduciária também não há sentido na formação de um patrimônio de afetação, eis que o bem passa a pertencer ao patrimônio do beneficiário da garantia, embora a posse direta continue com o FGP.

Quanto aos ativos da classe 6, a espécie de garantia expressamente prevista é o penhor. Há que se mencionar, uma vez mais, não fazer sentido a utilização de patrimônio de afetação para bens empenhados. Aliás, sempre que se tratar de garantia real a utilização de patrimônio de afetação fica prejudicada.⁴⁵¹

A utilização de patrimônio de afetação para os ativos das classes 5 e 6 apenas terá sentido se for utilizada uma espécie de garantia pessoal.

Além das considerações acima apontadas, vale notar que o Regulamento do FGP pretendeu relacionar o perfil dos ativos com o tipo de garantia a ser prestada. Nesse sentido, vale citar o teor do § 2º do seu art. 13, ao determinar que “o administrador deverá procurar outorgar a modalidade de garantia compatível com o grau de liquidez dos ativos que compõem a correspondente classe/série”.

De acordo com o Regulamento do FGP, o administrador, ao outorgar garantia, “deverá especificar em seus controles e registros a classe de ativos correspondente, sendo responsabilizado por zelar pelo equilíbrio entre o valor presente das garantias outorgadas e dos ativos componentes de cada classe de ativos” (§ 3º do art. 13 do Regulamento).

Pretendeu-se, assim, que o administrador separasse, contabilmente, ativos para cada garantia prestada, de forma a assegurar que, em caso de execução da garantia, já existissem ativos previamente escolhidos que possibilitassem a satisfação do crédito.

Nesse sentido, caso o parceiro público seja afiançado pelo FGP, o administrador do Fundo tratará de especificar em seus controles e registros a classe de ativos correspondente. Na verdade, antes mesmo de propor a prestação da fiança, o administrador deverá verificar se dispõe de limite para essa modalidade de garantia. Isso porque apenas poderá prestar fiança até o limite dos ativos das classes nas quais se admite essa modalidade de garantia. Olhando pelo ângulo oposto, o administrador não poderá prestar garantia sob a modalidade de fiança se os únicos bens disponíveis⁴⁵² no patrimônio do Fundo forem de classes que não admitem fiança.

Vejamos um exemplo hipotético. Suponha-se que o Fundo disponha de R\$ 500 milhões em títulos da dívida pública federal, R\$ 250 milhões em ações de companhias listadas em bolsa de valores e R\$ 250 milhões em imóveis.

CLASSE DE ATIVOS	VALOR DOS ATIVOS
Classe 1	R\$ 500 milhões
Classe 2	R\$ 250 milhões
Classe 5	R\$ 250 milhões
TOTAL	R\$ 1 bilhão

Conforme os arts. 12 e 13 do Regulamento do Fundo, o FGP poderá prestar fiança até o limite de R\$ 750 milhões, pois não pode prestar fiança associada a ativos da classe 5. Não fosse essa separação em classes, o limite para fiança seria R\$ 1 bilhão, pois a fiança, como cediço, não tem por lastro um bem específico, mas todo o patrimônio do fiador. Na prática, portanto, essa separação em classes cria limites para o administrador propor as modalidades de garantias a serem prestadas.

Perante os beneficiários da garantia, contudo, essa regra é irrelevante. Explique-se.

Uma vez prestada a fiança, a rigor, qualquer bem do patrimônio do FGP, desde que sobre ele não incida garantia real ou faça parte de patrimônio de afetação, poderá ser utilizado para a satisfação do crédito do parceiro privado. Ao lado disso, vale mencionar que a fiança não dá ao credor o poder de escolher bens no patrimônio do FGP, em caso de execução da garantia.⁴⁵³ Por isso, não faz diferença, para o parceiro privado, quais ativos (ou classes de ativos) foram

⁴⁵¹. Nesse sentido, o texto do inciso VI do § 1º do art. 18 apenas faz sentido para a hipótese de garantia pessoal. A previsão da utilização de garantia real, nesses casos, apenas pode ser entendida ante a inspiração, evidente no dispositivo, de permitir o leque mais amplo possível de garantias em contratos de PPP. Na prática, contudo, fica prejudicada, em face da evidente desnecessidade.

⁴⁵². Por “bens disponíveis” entendam-se os que ainda não foram contabilmente especificados para garantir outros contratos de PPP.

⁴⁵³. Por exemplo, o parceiro privado beneficiário de “fiança da classe 1” não pode exigir que, em caso de execução, o bem a satisfazer o crédito seja ativo da classe 1. Poderá ser qualquer bem do patrimônio do FGP; trata-se de uma característica intrínseca à garantia na modalidade “fiança”.

contabilmente especificados para lastrear a garantia prestada.

Dessa forma, a noção de uma “fiança classe 1” ou “fiança classe 4” é, do ponto de vista do parceiro privado, irrelevante. Ao parceiro privado interessa saber qual o montante total do patrimônio do FGP que estará sujeito à satisfação do crédito em caso de execução da fiança. Por isso, na medida em que sejam estabelecidas garantias reais sobre bens do FGP ou que se constituam patrimônios de afetação, o parceiro privado beneficiário de uma fiança terá à sua disposição um menor patrimônio disponível caso deseje executar a garantia.

Isso não quer dizer que a constituição de garantia real ou de patrimônio de afetação implique, necessariamente, a fragilização da garantia de fiança prestada. Conforme determina o Regulamento, o Administrador deverá zelar para que estejam disponíveis, a qualquer momento, bens em montante equivalente ao valor garantido, considerada cada classe em particular. Nas palavras do Regulamento, o Administrador é responsável “por zelar pelo equilíbrio entre o valor presente das garantias outorgadas e dos ativos componentes de cada classe de ativos” (§ 3º do art. 13). Por isso, desde que o administrador atue no estrito cumprimento dessa política, não deverá o parceiro privado beneficiário de fiança ser prejudicado, por qualquer meio, com a constituição de garantias reais ou patrimônio de afetação.⁴⁵⁴

No que toca às garantias reais, perante o parceiro privado, a especificação, pelo administrador, da classe de ativos correspondente também se afigura irrelevante. Como beneficiário de uma garantia real, o parceiro privado detém direito sobre a coisa em si, que poderá ser oponível a qualquer terceiro, independentemente da classificação contábil em classes pelo administrador.

Por isso – há que se frisar uma vez mais –, a contabilização de ativos e garantias em classes é uma regra que obriga o administrador, por estar no Regulamento do Fundo, mas não apresenta maiores consequências para os parceiros privados.⁴⁵⁵ O único efeito importante é a criação de um limite para a prestação de garantias em cada modalidade. Assim, não poderão ser prestadas fianças, por exemplo, cujo montante garantido ultrapasse o valor dos ativos das classes que admitem essa modalidade de garantia. Por conseguinte, o aporte de bens imóveis no Fundo, por exemplo, não aumentaria sua capacidade de prestar fiança, mas apenas a de prestar garantia sob a forma de hipoteca ou alienação fiduciária.

Como se nota, a sistemática adotada é bastante complexa, o que deve deixar o leitor algo confuso, numa primeira leitura. Melhor teria sido que se tivesse optado por um modelo mais simplificado. Se o Regulamento do FGP permitisse o aporte apenas de ações e títulos da dívida pública federal (como de fato parece ser a intenção do Governo, em face do Decreto 5.411/2005), por exemplo, seria possível utilizarmos exclusivamente a modalidade de garantia “fiança”. Esse modelo simplificaria drasticamente a administração do Fundo e certamente melhoraria sua percepção de risco.

De um lado, o aporte de outros tipos de bens, sobretudo imóveis e bens móveis de pouca liquidez, e, de outro, a constituição de patrimônios de afetação tornam a administração do Fundo muito mais complexa, podendo gerar dúvidas para o investidor. É o preço que se paga pela maior flexibilidade quanto ao tipo de bem a ser aportado ao Fundo.

XVIII.2 – As garantias em espécie

XVIII.2.1 – A fiança

De início, vale notar que diversos aspectos sobre a prestação de fiança pelo FGP foram apontados nos comentários ao *caput* do art. 18.

O contrato de fiança está regulado nos arts. 818 a 839 do CC. Trata-se de um contrato necessariamente escrito (art.

Dessa forma, por não poder escolher entre os bens do patrimônio do FGP, para o parceiro privado será indiferente se dispuser de “fiança da classe 1”, da “classe 2” ou de qualquer outra. A única forma de, na presença de fiança, admitir a escolha entre os bens do FGP para efeito de satisfação do crédito é a constituição de patrimônio de afetação. Assim, uma vez constituído um patrimônio de afetação, a fiança poderia ser oferecida com base nesse patrimônio, que pode ser um bem específico. Para se atingir esse efeito, contudo, seria mais eficiente e simples oferecer uma garantia real, que, por natureza, implica direito sobre uma coisa específica.

⁴⁵⁴. Seria adequado computar, além do valor presente da garantia, os custos de transação para a conversão dos ativos em recursos para a satisfação de eventual crédito do parceiro privado contra o FGP.

⁴⁵⁵. A preocupação maior, como já mencionado, é dos beneficiários de garantias pessoais que podem ser fragilizadas pela constituição de garantias reais ou patrimônios de afetação se o administrador não zelar pelo equilíbrio entre o valor presente das garantias outorgadas e dos ativos componentes de cada classe de ativos, conforme determina o § 3º do art. 13 do Regulamento do FGP. Todavia, no limite, essa preocupação existe mesmo não havendo garantias reais ou patrimônios de afetação, pois, considerado o FGP como um todo, sempre haverá a possibilidade de descasamento entre o valor presente das garantias e dos ativos do seu patrimônio.

819) pelo qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (art. 818). Além disso, está sempre vinculado a um contrato principal (entre o devedor principal afiançado e o credor), o que leva os doutrinadores a classificá-lo como contrato acessório.

Disso decorrem duas conclusões, como muito bem apontado por Eduardo Salomão Neto.⁴⁵⁶ A primeira, que, como contrato acessório, eliminada a responsabilidade do devedor principal, também deve desaparecer a responsabilidade do fiador.⁴⁵⁷

A segunda conclusão refere-se à comparação entre a natureza contratual da fiança e a prática de se documentar esse tipo de garantia por meio de carta de fiança. Como “carta de fiança”, por não ter natureza contratual, a garantia acaba por perder sua natureza de fiança e passa a se afigurar como promessa de pagar, na ocorrência de inadimplemento.

Em geral, a fiança é ilimitada. Nesse caso, compreende todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador (art. 822). Todavia, nada impede que seja limitada; e, inclusive, pode ser de valor inferior ao da obrigação principal (art. 823).

No caso do FGP, tem-se obrigatoriamente a estipulação de fiança limitada, eis que o art. 25 do Regulamento do Fundo determina que “as garantias outorgadas pelo FGP deverão especificar o valor máximo garantido, em moeda corrente nacional, passível de correção anual por índice a ser especificado, acima do qual o FGP não será responsável”.

O dispositivo ora em comento impede o FGP, ao prestar fiança, de opor o benefício de ordem ao credor. Trata-se do direito do fiador demandado pelo pagamento da dívida de exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor (art. 827). Como se vedou ao FGP opor o benefício de ordem, poderá ser demandado independentemente de cobrança prévia do devedor principal.

Por fim, cumpre notar que a fiança é uma garantia pessoal, de maneira que o fiador responde com todo o seu patrimônio, conforme já assinalado anteriormente.

XVIII.2.2 – O penhor de bens do FGP

O contrato de penhor também está regulado no CC, entre os arts. 1.419 a 1.472. Trata-se de um direito real sobre bem móvel.

Vale destacar que, “quando, excutido o penhor, (...) o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante” (art. 1.430). É preciso notar que nos contratos de PPP a figura do devedor principal continua a ser o parceiro público. Em nenhum momento o FGP se torna devedor solidário, salvo se houver disposição contratual expressa. Lembre-se que, nos termos do art. 265 do CC, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. No caso do FGP, não há determinação legal quanto à solidariedade. Portanto, se não houver estipulação no contrato de garantia que imponha a solidariedade, o devedor será tão-somente o parceiro público inadimplente.

Assim, na ausência de solidariedade entre o FGP e o parceiro público inadimplente, se o produto obtido com a alienação do bem empenhado não for suficiente para pagar a dívida, o devedor principal (parceiro público) continuará obrigado pelo restante. O FGP, todavia, terá cumprido sua obrigação, e não poderá ser demandado pelo restante da dívida.

Ao lado disso, importa mencionar que “é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício (...) a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (art. 1.428). É o que tecnicamente se chama de “proibição do pacto comissório”. Em caso de execução contra o FGP, será preciso alienar o bem em hasta pública, para satisfazer

⁴⁵⁶. Eduardo Salomão Neto, *Direito Bancário*, p. 453.

⁴⁵⁷. Em sua obra *Direito Bancário*, assim se manifesta Eduardo Salomão Neto: “(...) a fiança é sempre um contrato acessório em que o fiador aceita responsabilidade por dívida de terceiro. A principal consequência disso é que, eliminada a responsabilidade do principal obrigado, deve também desaparecer a responsabilidade do fiador. Nisso a fiança se distingue totalmente do seguro de crédito e das cartas de crédito, em que o obrigado faz promessa em nome próprio e responde por dívida própria. Assim, por exemplo, o segurador no seguro de crédito que paga por dívida não honrada pelo devedor não o faz como fiador deste, mas quita sua própria obrigação. A dívida não paga é mero sinistro, com tal contratualmente definido, cuja principal consequência é gerar o pagamento indenizatório, assim como a morte geraria pagamento indenizatório caso se tratasse de seguro de vida. Raciocínio análogo existe em relação às promessas unilaterais de pagamento sob a forma de cartas de crédito: são feitas pelo devedor principal, geralmente um banco, para ter eficácia em caso de não-pagamento ou em caso de apresentação de solicitação por uma parte. Nestes casos, o inadimplemento ou solicitação do credor constituem simples condições para a eficácia da promessa efetuada. As promessas unilaterais do tipo das cartas de crédito eram alvo de previsão expressa no art. 264 do CCComercial de 1850, ora revogado. A revogação não prejudica sua existência, em nosso entender, ao lado dos casos previstos nos arts. 854 a 886 do CC de 2002” (p. 453).

o credor com os recursos obtidos nessa alienação. Após o vencimento, no entanto, o FGP poderá dar a coisa em pagamento da dívida (interpretação por analogia do parágrafo único do art. 1.428).

A regra geral do Código Civil é que o penhor se constitui pela transferência efetiva da posse de uma coisa móvel, suscetível de alienação. Todavia, nem sempre há transferência efetiva da posse direta. Nesse sentido, por exemplo, o parágrafo único do art. 1.431 do CC, o qual afirma: “No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar”.

Nos casos de penhor rural (agrícola ou pecuário), industrial e mercantil, sua constituição se dá mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem situadas as coisas empenhadas (arts. 1.438 e 1.448), não havendo transferência para o credor da posse direta sobre os bens empenhados.

O penhor de veículos, por sua vez, constitui-se mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e anotado no certificado de propriedade do veículo, consoante o art. 1.462 do CC.

Já o penhor de direitos e títulos de crédito constitui-se mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos (art. 1.452). Nesses casos, costuma-se entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios do direito empenhado.

No caso específico de penhor de ações, se nominativas, sua constituição se dará pela averbação do respectivo instrumento no livro de Registro de Ações Nominativas (art. 39 da Lei das Sociedades por Ações). No caso de ação escritural, o penhor se constitui pela averbação do respectivo instrumento nos livros da instituição financeira, a qual será anotada no extrato da conta de depósito fornecido ao acionista (§ 1º do art. 39, citado).

Questão interessante constitui o exercício dos direitos inerentes às ações. Conforme a Lei das Sociedades por Ações, o penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto. Será lícito, todavia, estabelecer no contrato que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações (art. 113). Assim, é possível, num penhor de ações tradicional, regulamentar o exercício do direito de voto pelo acionista, no contrato de penhor.

Todavia, considerando que o dispositivo da Lei de PPP em exame veda a transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia, parece-nos que, numa interpretação teleológica e extensiva do dispositivo, também está vedada a imposição de quaisquer ônus ou limitações sobre os direitos do acionista antes da execução da garantia. Análogo raciocínio se deve aplicar, a nosso ver, a títulos de crédito ou direitos relativos ao FGP que tenham sido empenhados.

A vedação à transferência da posse da coisa empenhada antes da execução se justifica, de um lado, por evitar que o credor possa deteriorar, corromper, danificar etc. a coisa empenhada e, de outro, por assegurar ao FGP o livre uso da coisa empenhada enquanto não houver a execução da garantia. A imposição de limitações a qualquer dos direitos do acionista antes da execução da garantia, ainda que não constitua propriamente transferência da posse sobre a coisa empenhada, vai de encontro ao objetivo de assegurar o livre uso da coisa empenhada pelo FGP.

XVIII.2.3 – Hipoteca de bens do FGP

A hipoteca é um direito real de garantia, regulada no CC em seus arts. 1.473 e ss., que pode ter por objeto: os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles, o domínio direto, o domínio útil, as estradas de ferro, os recursos naturais a que se refere o art. 1.230 do CC, independentemente do solo onde se acham, os navios e as aeronaves. O art. 18, § 1º, III, ora em comento, no entanto, trata exclusivamente da hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP.

De acordo com o Código Civil, a constituição desse tipo de hipoteca se dá por meio de registro no Cartório de Registro de Imóveis do lugar do imóvel, podendo haver mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem. Sua extinção ocorre pela extinção da obrigação principal, pelo perecimento da coisa, pela resolução da propriedade, pela renúncia do credor, pela remição, pela arrematação ou adjudicação ou com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova.

Vale destacar que, assim como no penhor, “quando, (...) executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante” (art. 1.430); e, de igual modo, a figura do devedor continua a ser o parceiro público, salvo se houver disposição contratual que estabeleça a solidariedade em relação ao FGP. Na ausência de solidariedade entre o FGP e o parceiro público inadimplente, se o produto obtido com a alienação do bem hipotecado não for suficiente para pagar a dívida, o devedor (parceiro público) continuará obrigado pelo restante. O FGP, todavia, terá cumprido sua obrigação, e não poderá ser demandado pelo

restante da dívida.

Ao lado disso, também em semelhança ao penhor, “é nula a cláusula que autoriza o credor (...) hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (art. 1.428). Assim, se for executada a hipoteca, será preciso alienar o imóvel em hasta pública. Após o vencimento, o FGP poderá dar o imóvel em pagamento da dívida (novamente, mediante interpretação por analogia do parágrafo único do art. 1.428).

XVIII.2.4 – A alienação fiduciária de bens do FGP

O instituto da alienação fiduciária, depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, precisa ser analisado em vista do instituto da propriedade fiduciária, regulamentado pelos arts. 1.361 a 1.368-A desse diploma legal.

A rigor, temos um regime geral da propriedade fiduciária, de que trata o Código Civil de 2002, e regimes especiais de propriedade fiduciária, nos termos da legislação específica. Isso, aliás, ficou bem delimitado com o acréscimo ao Código Civil do art. 1.368-A, o qual assim dispõe: “Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial” (incluído pela Lei 10.931/2004).

A expressão “as demais espécies de propriedade fiduciária” refere-se, a nosso ver, justamente a tipos específicos de alienação fiduciária, já previstos para os bens imóveis (Lei 9.514, de 20.11.1997), para as aeronaves (regulada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica) e a alienação fiduciária no âmbito dos mercados financeiro e de capitais (Lei 4.728, de 14.7.1965, tendo sua disciplina sofrido alterações em razão do Decreto-lei 911, de 1.10.1969, e, mais recentemente, em face da Lei 10.931, de 2.8.2004).

Há um ponto em comum entre esses regimes de propriedade fiduciária. Em quaisquer deles trata-se de transferir a propriedade de um bem do devedor ao credor, como garantia de uma dívida específica, permanecendo o devedor na sua posse direta. Paga a dívida, a propriedade do bem retorna ao seu proprietário original, ou seja, à pessoa que tinha o domínio da coisa antes de ocorrer a alienação fiduciária. Por isso, a propriedade é tida como resolúvel.

A par disso, esses regimes apresentam distinções, das quais as mais relevantes serão tratadas a seguir. Não será comentada a alienação fiduciária de aeronaves, por se tratar de tema bastante específico e por não se vislumbrar qualquer probabilidade de que aeronaves venham a ser aportadas no FGP.

A alienação fiduciária foi pensada inicialmente para estimular o mercado financeiro e de capitais. Buscou-se criar uma forma de garantia bastante forte e ágil. Como o credor é, na alienação fiduciária, o proprietário do bem, tem um direito real sobre a coisa. Além disso, o Decreto-lei 911/1969 previu um procedimento expedito para execução da garantia de alienação fiduciária.

Nesse contexto, a alienação fiduciária, conforme nos lembra Eduardo Salomão Neto, com base em opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, “não poderia beneficiar credores estrangeiros de qualquer natureza ou credores que não fossem instituições financeiras. Não obstante a possível eficácia até hoje de tais restrições, a discussão perdeu parcialmente seu sentido em razão do advento do Código Civil de 2002, que permitiu a constituição de propriedade fiduciária, instituto análogo à alienação fiduciária, em favor de qualquer pessoa”.⁴⁵⁸

Do ponto de vista prático, portanto, é preciso atentar para esse fato, a fim de aumentar o grau de segurança jurídica em relação às garantias prestadas pelo FGP. Por isso, sempre que o beneficiário da garantia não for instituição financeira, é melhor que a estruturação da garantia se dê com observância dos dispositivos do Código Civil, os quais admitem o estabelecimento desse tipo de garantia em favor de qualquer pessoa.

Apesar de mais amplo quanto aos sujeitos que podem se beneficiar desse tipo de garantia, a propriedade fiduciária do Código Civil é mais restrita, à primeira vista, em relação aos bens que podem ser seu objeto, conforme destaca Eduardo Salomão Neto.⁴⁵⁹ Nos termos do art. 1.361, a propriedade fiduciária apenas pode ser estabelecida sobre bens móveis infungíveis; já a alienação fiduciária no âmbito dos mercados financeiro e de capitais pode ocorrer sobre bens fungíveis, infungíveis e direitos. O próprio Eduardo Salomão Neto, no entanto, aponta a fragilidade dessa distinção, pois a fungibilidade não seria característica objetiva dos bens,⁴⁶⁰ de maneira que sempre seria possível tornar bens

⁴⁵⁸. Eduardo Salomão Neto, *Direito Bancário*, p. 467. As opiniões doutrinárias por ele citadas são as de José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª ed., pp. 106-121, e, em contrário, Sérgio Carlos Covello, *Contratos Bancários*, 3ª ed., 1999.

⁴⁵⁹. Eduardo Salomão Neto, *Direito Bancário*, p. 472.

⁴⁶⁰. São suas as palavras:

“Apontamos, por outro lado, a pouca monta dessa diferença, na medida em que a fungibilidade não é característica objetiva dos bens, mas da abordagem subjetiva de quem os descreve. Um automóvel pode ser descrito por sua marca e cor, e ser fungível, ou por seu número de chassi, o que o

fungíveis em infungíveis, mediante sua especificação.

Outra distinção – essa, mais relevante – trata da forma de execução da garantia, eis que a alienação fiduciária em favor de instituições financeiras conta com o procedimento mais rápido previsto no Decreto-lei 911/1969, enquanto a propriedade fiduciária do Código Civil depende do rito mais lento previsto no Código de Processo Civil.

Afora essas distinções, a alienação fiduciária no âmbito dos mercados financeiros e de capitais e o regime da propriedade fiduciária do Código Civil são bastante semelhantes. As regras do Código Civil foram visivelmente inspiradas no regime já previsto para os mercados financeiro e de capitais.

Sigamos, pois, com o regime previsto no Código Civil.

No caso de inadimplemento da dívida, o credor não pode ficar com a coisa dada em garantia, salvo se o devedor quiser, e o credor aceitar, dar a coisa em pagamento da dívida (art. 1.365 do CC). Assim, à parte a hipótese retromencionada, a coisa deverá ser alienada a terceiros, utilizando-se os recursos obtidos a partir dessa venda para satisfazer o credor. Se, após o pagamento da dívida e das despesas com a cobrança, houver saldo residual, esse valor deverá ser repassado ao devedor (art. 1.364 do CC). Caso, por outro lado, o produto da alienação não seja suficiente para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante (art. 1.366 do CC). Essa alienação a terceiros pode ser judicial ou extrajudicial (art. 1.364 do CC).

Pensamos que, assim como na hipoteca e no penhor, o devedor principal continua a ser o parceiro público inadimplente. Portanto, salvo disposição contratual que determine a solidariedade, quem continuará responsável pelo eventual resíduo da dívida será apenas o parceiro público da PPP, e não o FGP.

Vale destacar, ainda, que a propriedade fiduciária de bem móvel constitui-se com “o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro” (art. 1.361, § 1º, do CC).

Ações de sociedades também podem ser alienadas fiduciariamente, mediante averbação, “se nominativas, no livro de ‘Registro de Ações Nominativas’”, ou, “se escriturais, nos livros da instituição financeira, que os anotarás no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista” (art. 40 da Lei das Sociedades por Ações). Quanto ao direito de voto, ele fica proibido de ser exercido pelo credor e poderá ser exercido pelo devedor, nos termos do contrato.

Por derradeiro, vale tecer breves comentários sobre a alienação fiduciária de bens imóveis.

Como forma de estimular o financiamento para o mercado imobiliário, a Lei 9.514, de 20.11.1997, introduziu a alienação fiduciária para bens imóveis. O art. 22 desse diploma legal dispõe que se trata de “negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Com o pagamento da dívida e de seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel (art. 25 da Lei 9.514/1997), retornando o bem ao patrimônio do fiduciante.

Apesar de ter sido pensada para estimular o SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário, a alienação fiduciária de bens imóveis pode ser contratada por pessoas físicas ou jurídicas que não operem no SFI, consoante permitido pelo art. 22, § 1º, da Lei 9.514/1997. Pensamos, pois, que não há óbice à utilização da alienação fiduciária de bem imóvel pelo FGP, pelo fato de ele não pertencer ao SFI.⁴⁶¹ Todavia, esse tipo de garantia está previsto originalmente para operações de financiamento imobiliário em geral, nos termos do art. 17, IV, da Lei 9.514/1997 – o que não é o caso do FGP.

Isso pode levantar alguma dúvida sobre a possibilidade jurídica de o FGP utilizar esse tipo de garantia em favor dos parceiros privados ou seus financiadores em contratos de PPP. Um argumento a favor da possibilidade é o fato de não haver proibição expressa para que a alienação fiduciária em garantia seja utilizada para garantir outras dívidas que não as oriundas de financiamento imobiliário. Como em direito privado não se pode ter por proibido o que a lei não veda, logo, a alienação fiduciária em garantia poderia ser utilizada para garantir qualquer tipo de dívida, inclusive as oriundas de contratos de PPP.

Conforme o art. 23 da Lei 9.514/1997, constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no

individualiza e o torna infungível.

“Mesmo os direitos podem ser enquadrados na regra do art. 1.361, porque são considerados móveis para os efeitos legais (art. 83, inciso III, do CC de 2002). Restaria apenas serem infungíveis, para o quê basta serem identificados de maneira única, por exemplo com menção da data do contrato que os criou. Já as ações de sociedades anônimas podem ser objeto do regime do Código Civil de 2002 e constituir garantia em benefício de credor que não seja instituição financeira, desde que possa infungibilizá-las por menção a número de série ou outras notações. O mesmo se pode dizer em relação a quotas de sociedades limitadas, cuja infungibilização dependerá de descrição precisa de dados como data de sua aquisição, titular etc.” (*Direito Bancário*, p. 472).

⁴⁶¹. Pertencem ao SFI as entidades mencionadas no art. 2º da Lei 9.514/1997 e, a critério do Conselho Monetário Nacional, outras entidades.

competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Se a dívida não for paga nos termos do contrato, consolida-se a propriedade em nome do credor, o qual, no prazo legal, terá que alienar o imóvel em leilão público (arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997). Se houver concordância do credor, o devedor poderá optar por dar o imóvel em pagamento.

Conforme os parágrafos do art. 27 da Lei 9.514/1997, realizada a venda do imóvel no leilão, o credor deverá entregar o saldo residual, se houver, ao devedor. Adotado o procedimento legal do leilão previsto na Lei 9.514/1997, ao final, ainda que não seja possível pagar integralmente a dívida, ela será considerada extinta, e o credor dará quitação ao devedor.

XVIII.2.5 – A celebração pelo FGP de outros contratos que produzam efeito de garantia

O inciso V do § 1º do art. 18 da Lei de PPP deixa claro que a intenção da lei é permitir todo e qualquer contrato de garantia, com a única limitação no sentido de que a titularidade ou a posse direta dos bens não sejam transferidas ao parceiro privado antes da execução da garantia.

Portanto, as formas de garantia enumeradas nos incisos do § 1º do art. 18 da Lei de PPP são meramente exemplificativas.

XVIII.2.6 – Garantia real ou pessoal vinculada a patrimônio de afetação

Conforme determina a Lei de PPP, o FGP tem patrimônio próprio separado dos patrimônios de seus cotistas. A criação de um patrimônio de afetação significa separar, entre os bens do FGP, um conjunto deles ou, mesmo, um único bem, que passaria a ter tratamento distinto em relação ao restante dos bens.

Qualquer pessoa responde por suas obrigações com todos os bens de seu patrimônio. Essa regra apresenta algumas raras exceções, como, por exemplo, a proteção ao “bem de família”, que não pode ser objeto de penhora e alienação para satisfação dos credores.⁴⁶²

Mesmo na presença de garantia real, o devedor continua a responder com todo seu patrimônio, e não apenas com o bem oferecido em garantia.⁴⁶³ A garantia real apenas cria um vínculo entre o bem dado em garantia e o cumprimento da obrigação (art. 1.419 do CC). Em caso de execução do devedor, há uma preferência no pagamento ao credor que dispõe da garantia real, consistente no direito de executar a coisa em primeira mão, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro (art. 1.422 do CC).

Ao se formar um patrimônio de afetação, todavia, o que se está a fazer é separar alguns bens que, a partir desse momento, responderão apenas por obrigações específicas. É como se uma mesma pessoa tivesse mais de um patrimônio: o patrimônio comum, que responde por suas obrigações gerais, e o patrimônio afetado, o qual responde por obrigações específicas.

No setor de construção civil tem-se procurado estimular a utilização de patrimônios de afetação, inclusive, mediante incentivos fiscais. Em 2004, a Lei 10.931 introduziu na Lei de Edificações e Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/1964) um capítulo sobre patrimônio de afetação.

A formação de um patrimônio de afetação visa à separação de riscos, de maneira que cada empreendimento responda pelas dívidas e obrigações que se constituíram em benefício desse mesmo empreendimento. Na ausência de um patrimônio de afetação, os diversos empreendimentos imobiliários de uma construtora respondem por todas as suas obrigações, sem qualquer distinção.

Consoante o costume de se alienar unidades condominiais (apartamentos residenciais, por exemplo) ainda na planta, nada impede que os recursos obtidos com a venda de unidades do empreendimento “X” sejam utilizados no empreendimento “Y”. Assim, é possível que um novo empreendimento seja lançado com recursos de um empreendimento anterior, ainda em fase de construção. No limite, o que se está a fazer é utilizar recursos de um empreendimento para financiar outro. Além disso, é possível o levantamento de empréstimos pela construtora dando em garantia um determinado empreendimento e utilizar esses recursos para financiar outro.

⁴⁶². Apesar disso, o art. 3º, VII, da Lei 8.009, de 29.3.1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, excepciona a obrigação decorrente de contrato de fiança.

⁴⁶³. Mesmo a existência de garantia real sobre determinado bem não impede que qualquer credor passe a persegui-lo com o intuito de satisfazer seu crédito.

Enquanto o mercado estiver aquecido esse processo ocorre sem maiores transtornos, pois a alienação de unidades dos novos empreendimentos permite financiar a finalização dos empreendimentos anteriores e pagar pelos empréstimos.

Todavia, se num novo lançamento não houver compradores bastantes ou, ainda, se não houver novos lançamentos num ritmo suficiente, a construtora não conseguirá honrar seus compromissos. Isso poderá levá-la à falência e, como não há patrimônio de afetação relativo a cada empreendimento, todos os credores serão indistintamente tratados na massa falida.

Diante disso, a Lei 4.591/1964 previu, em seu art. 31-A, que, “a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”. Em seguida, no § 1º do referido artigo, estabelece-se que “o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”.

O patrimônio de afetação funciona, assim, como uma garantia para os investidores imobiliários, na medida em que permite separar riscos relativos aos diversos empreendimentos levados a cabo por uma mesma construtora.

Em regra, esse tipo de separação patrimonial apenas pode ser obtido mediante a formação de uma pessoa jurídica distinta. A opção pelo patrimônio de afetação, no entanto, permite transferir bens para um patrimônio separado sem necessidade de se transferir sua propriedade (entre pessoas distintas).

Há uma série de outras regras na Lei 4.591/1964 a respeito do patrimônio de afetação, as quais, todavia, não serão objeto de menção no presente trabalho, por excederem o seu escopo. Por ora, vale ressaltar que o instituto do patrimônio de afetação encontra seu regramento mais detalhado na legislação imobiliária e, por isso, eventualmente, o conhecimento dessas regras pode auxiliar no entendimento desse instituto jurídico.

Na Lei de PPP, o art. 21 apresenta algumas características relativas ao patrimônio de afetação que seja constituído no âmbito do FGP, determinando que o patrimônio de afetação “não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP”.

Além disso, o parágrafo único do citado artigo regulamenta a constituição de um patrimônio de afetação no âmbito do FGP, ao estabelecer que “será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente”.

Enquanto o patrimônio de afetação de uma construtora responde por certas obrigações dessa mesma entidade, o patrimônio de afetação constituído no âmbito do FGP responde perante o parceiro privado por obrigações de um parceiro público em contrato de PPP. Isso só é possível na medida em que exista um contrato de garantia celebrado entre o FGP e o parceiro privado.

Havendo um patrimônio de afetação no âmbito do FGP, os bens afetados não poderão ser utilizados para satisfazer quaisquer outras obrigações senão as que lhe tenham sido expressamente vinculadas.

Por exemplo, o FGP determina a formação de um patrimônio de afetação que será reservado para garantir um contrato específico de PPP. Dessa forma, outros parceiros privados não poderão executar os bens que fazem parte do patrimônio afetado. Esses bens apenas podem ser perseguidos pelo parceiro privado cujo contrato de PPP está garantido pelo patrimônio de afetação.

Embora o exemplo se refira a um único contrato de PPP garantido pelo patrimônio de afetação, seria possível, teoricamente, que diversos contratos fossem ao mesmo tempo garantidos pelo mesmo patrimônio de afetação. Todavia, o art. 21 da Lei de PPP, ao utilizar a palavra “exclusivamente”, impediu que um patrimônio de afetação pudesse ser utilizado para garantir mais de um contrato ao mesmo tempo.

O dispositivo legal ora em comento refere-se a “garantia real ou pessoal”. A rigor, havendo um patrimônio de afetação, a existência de garantia real apenas faz sentido caso se imagine um conjunto de bens afetados a garantir mais de um contrato de PPP – o que está vedado, conforme se acaba de mencionar.

Se o patrimônio de afetação for criado para um contrato específico, então, como nenhum outro parceiro privado poderá perseguir os bens que compõem esse patrimônio, será desnecessária a celebração de contrato de garantia real. Isso porque a vantagem da garantia real, consistente no fato de criar uma preferência sobre determinado bem em

benefício de um credor específico,⁴⁶⁴ já existe por meio do patrimônio de afetação.

Ademais, há um fator desfavorável na utilização da garantia real, conforme anteriormente apontado em relação ao penhor e à hipoteca. Enquanto a garantia pessoal obriga o garantidor por toda a dívida, respeitado o limite contratual, se houver, na garantia real, se não existir solidariedade estipulada no contrato, o garantidor estará livre se o produto da alienação do bem oferecido em garantia não for suficiente para pagar a dívida. Apenas o devedor (parceiro público) permanecerá responsável pelo saldo residual da dívida.

Assim, na presença de garantia pessoal, se, após a execução dos bens afetados, houver saldo residual, o FGP poderá ser demandado pelo restante, até o limite estabelecido no contrato de garantia.

Diante dessas características, pode-se afirmar que a utilização de garantias reais, embora não esteja vedada em lei, não faz sentido na presença de patrimônio de afetação estabelecido no âmbito do FGP.

XVIII.3 – Contragarantias do FGP a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais

A contragarantia nada mais é que uma garantia prestada à “pessoa garantidora” pela “pessoa garantida”. Por exemplo, imagine-se que o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento venha a garantir obrigações da União relativas a um contrato de PPP firmado com uma concessionária qualquer. Dessa forma, caso a União fique inadimplente, essa concessionária poderá acionar o BID para receber seus créditos.

Para convencer o BID a oferecer essa garantia ou, mesmo, para reduzir seu custo, o FGP poderá lhe prestar uma contragarantia. Assim, caso o BID seja acionado pela concessionária, poderá, na seqüência, executar a contragarantia em relação ao FGP.

Há, nessa estrutura, dois contratos de garantia. Um firmado entre o FGP e o BID, no qual se estabelece a contragarantia. Outro celebrado entre o BID e a concessionária. Embora receba o título de “contragarantia”, deve restar claro que se trata de um contrato de garantia, como outro qualquer. A peculiaridade fica por conta do fato de que a instituição garantidora das obrigações da União (em nosso exemplo, o BID) é, ao mesmo tempo, garantida pelo FGP.

É provável – embora se tenha plena liberdade para dispor de forma distinta – que as condições e os valores envolvidos nesses contratos de garantia sejam os mesmos, de maneira que os eventuais pagamentos realizados pelo BID em benefício da concessionária possam ser recuperados, em idêntico valor, perante o FGP.

O contrato de contragarantia pode se estruturar por qualquer modalidade de garantia, pessoal ou real, independentemente do tipo da garantia prestada à concessionária. Assim, seria possível que o BID desse garantia na modalidade de fiança à concessionária e obtivesse uma contragarantia do FGP na modalidade de hipoteca.

Importa destacar que a prestação de contragarantia pelo FGP tem o mesmo impacto da prestação de uma garantia regular (nesse sentido, v. o art. 23, § 2º, do Regulamento do FGP).

Uma possível vantagem na utilização da estrutura de contragarantias está no fato de o mercado privado aparentemente preferir garantia prestada por um organismo multilateral a uma garantia prestada por um Fundo administrado por uma instituição financeira controlada pela União.

Se, por um lado, esse maior conforto ao setor privado pode estimular sua participação nos investimentos por meio de PPP, por outro, imputa um custo adicional na implementação de cada projeto, pois provavelmente o organismo multilateral envolvido cobrará alguma taxa para assumir o risco de não-pagamento das contraprestações públicas, ainda que conte com uma contragarantia. No que concerne a esse assunto, o importante é sopesar em que medida a queda do preço cobrado pelo parceiro privado – por conta do *credit enhancement* (melhoria da classificação do crédito) obtido por meio da contratação do organismo multilateral em relação à classificação ordinária do crédito do FGP – supera o custo cobrado pelo organismo multilateral para provimento da garantia. Se a redução na contraprestação superar o custo da garantia emitida pelo organismo multilateral, não há razão para não contratá-la.⁴⁶⁵

XVIII.4 – Efeitos dos pagamentos do parceiro público

⁴⁶⁴. Essa preferência se mantém mesmo que a propriedade do bem seja, por qualquer motivo, transferida. É o que se chama, tecnicamente, de “direito de seqüela”.

⁴⁶⁵. Em programa de PPP incipiente, como é o caso do brasileiro, uma outra justificativa para não se realizar a contratação de contragarantia em relação aos primeiros projetos seria o interesse do Governo de, antes de realizar qualquer *credit enhancement*, verificar qual será o exato funcionamento e *credit rating* (classificação do crédito) do próprio FGP. A contratação de organismo multilateral para prover o crédito antes do funcionamento regular do FGP levaria à criação de uma pressão do mercado para que todas as PPPs fossem feitas com garantias de organismos multilaterais. Por isso, talvez seja prudente esperar para verificar qual o exato valor que o mercado dará às garantias ofertadas pelo FGP.

A garantia prestada pelo FGP envolve um fluxo de pagamentos do parceiro público para o parceiro privado. Na medida em cada um desses pagamentos seja realizado, com a respectiva quitação, o FGP deverá dar baixa contábil no montante total garantido, de maneira a liberar limite para a prestação de novas garantias.

Lembre-se que, conforme o art. 18 da Lei de PPP, é “vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, *[sic!]* somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP”.

Assim, o dispositivo em comento permite recalcular o limite estabelecido no art. 18 na medida em que os pagamentos devidos pelos parceiros públicos sejam efetivados.

XVIII.5 – Prazo para acionamento da garantia

XVIII.5.1 – Acionamento da garantia em caso de aceitação dos serviços

A Lei de PPP tratou de estabelecer, no § 4º do art. 18, prazo mínimo para o acionamento da garantia. Todavia, não especificou prazo máximo para o pagamento pelo FGP.

O Regulamento do FGP supriu essa omissão estabelecendo, em seu art. 31, § 4º, que, “verificada a certeza e exatidão do pedido de execução de garantia, fica o administrador obrigado a honrá-la, caso ainda não tenha sido efetuado o pagamento pelo ordenador de despesa ou a publicação de ato motivado de rejeição expressa da fatura, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contados do decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, devendo encaminhar correspondência ao ordenador de despesa, ao cotista e ao Conselho Consultivo do FGP comunicando o pagamento efetivado”.

O prazo do § 1º do art. 31 é de 10 dias úteis a partir da comunicação, ao órgão superior do ordenador de despesa responsável pela PPP, da solicitação de execução da garantia.⁴⁶⁶ Destarte, em tese, o FGP deverá pagar o parceiro privado em até 15 dias úteis.

Em realidade, esse tempo pode ter alguma dilação, na medida em que não há um prazo definido para que o administrador do FGP, após o acionamento do Fundo pelo parceiro privado, comunique o órgão superior do ordenador de despesa. Desse modo, o termo inicial desse prazo de 10 dias depende de uma ação do administrador do Fundo. Além de não haver prazo expresso para que esse ato seja realizado, também não está claro o momento em que se inicia a contagem do prazo, se a partir do envio ou do recebimento da comunicação.

Apesar da omissão do Regulamento, o administrador está obrigado a comunicar o órgão superior do ordenador de despesa imediatamente após o acionamento do FGP pelo parceiro privado, pois se trata de ato meramente procedimental, que independe de qualquer análise de mérito.

É verdade que o § 4º do art. 31 do Regulamento exige a verificação da “a certeza e exatidão do pedido de execução de garantia” como condição para a realização do pagamento pelo FGP. Todavia, essa verificação pode perfeitamente ocorrer no prazo de 10 dias úteis concedido à Administração Pública para explicar o motivo do não-pagamento ao parceiro privado, se houver.

Ao lado disso, importa mencionar que o § 3º do art. 31 determina que “cabe ao administrador realizar diligências, no prazo estabelecido no § 1º, perante o órgão superior do ordenador de despesa responsável pela parceria público-privada com o intuito de verificar a pertinência da solicitação do parceiro privado, consoante cláusulas previstas no contrato de parceria” (grifos nossos). Por ser possível realizar essas diligências no prazo do § 1º do art. 31, não há razoabilidade em se defender outra conclusão senão a de que o administrador está obrigado a enviar a comunicação imediatamente após o acionamento do FGP pelo parceiro privado.

Ademais, tratando-se de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, absolutamente nada há a ser verificado pelo administrador do FGP, exceto (i) se houve, ou não, o pagamento pelo ordenador de despesas, de forma a não pagar duas vezes pelos mesmos serviços, bem como (ii) a veracidade do título em si e de seus aspectos formais, sobretudo para evitar pagamento com base em títulos falsos.

Aliás, mesmo na hipótese do dispositivo seguinte (§ 5º do art. 18 da Lei de PPP) – qual seja, a de títulos não aceitos expressamente pelo parceiro público – não há que se cogitar de verificação de mérito pelo administrador do FGP quanto à prestação dos serviços objeto da PPP. Ao FGP não foram carreados quaisquer poderes de fiscalização quanto ao cumprimento do contrato. Não cabe a ele verificar se os serviços foram prestados, ou não, conforme o padrão contratado, nem o valor devido. Pretender que o FGP tenha esses poderes causaria grande perplexidade do ponto de

⁴⁶⁶. Diz o § 1º do art. 31 do Regulamento do FGP: “O administrador deverá comunicar, por meio de correspondência com aviso de recebimento (AR), a solicitação de execução da garantia ao órgão superior do ordenador de despesa responsável pela parceria público-privada, bem como indagar sobre a pertinência do pleito do parceiro privado, estabelecendo o prazo máximo de 10 (dez) dias úteis para sua manifestação e regularização”.

vista do concessionário, o qual, além da avaliação pelo órgão fiscalizador do contrato, ainda teria que se submeter à fiscalização do FGP. Ademais, seria despropósito pretender que o FGP desenvolvesse ou contratasse *expertise* para avaliar o adequado cumprimento de obrigações contratuais nos mais diversos setores em que se venha a fazer contratos de PPP.

Além disso, esses poderes de fiscalização para pagamento são típicos de um ordenador de despesa. Por isso, o FGP comunica o órgão superior do ordenador de despesa, com vistas a possibilitar à Administração rejeitar o pagamento do título, se for o caso, e mediante ato justificativo. Aliás, se o FGP tivesse esses poderes, então, também lhe teriam que ser imputados os deveres equivalentes, tornando-se tão responsável quanto qualquer ordenador de despesas.

Portanto, a leitura do Regulamento, ao dispor sobre a verificação pelo Administrador do FGP quanto “à certeza e exatidão do pedido de execução de garantia”, deve ser no sentido de que essa verificação se restrinja aos aspectos formais do título, de forma a assegurar que o título em si é juridicamente existente e válido, até para evitar o pagamento com fundamento em título falso. Havendo, por exemplo, apresentação de duplicata, trata-se de verificar apenas os aspectos formais do título, nada mais.

Concluimos, pois, que o administrador está obrigado a encaminhar a comunicação referida no § 1º do art. 31 do Regulamento imediatamente após o acionamento do FGP pelo parceiro privado, eis que se trata de ato meramente procedimental, que não comporta justificativa para sua não-realização. Além disso, pelos motivos acima expostos, a verificação da certeza e da exatidão do pedido de execução da garantia, nos termos do § 4º do referido artigo, pode ser perfeitamente realizada no prazo de 10 dias. E, ainda, essa verificação deve se restringir (i) a indicar se houve, ou não, o pagamento do título apresentado e (ii) aos aspectos formais do título em si, sob pena de se dar interpretação incompatível com a função de uma entidade garantidora e não fiscalizadora, tal qual o FGP. Por derradeiro, as diligências mencionadas no § 3º devem ser compreendidas no sentido de se averiguar se houve o pagamento pelo ordenador de despesa, para evitar pagamento em duplicidade; nada mais, eis que não cabe ao FGP o papel de fiscalizador quanto à prestação de serviços no âmbito de contratos de PPP.

Na hipótese de (i) ausência do pagamento pelo ordenador de despesa e de (ii) regularidade formal do título apresentado, o FGP deverá realizar o pagamento ao parceiro privado.

XVIII.5.2 – Acionamento da garantia em caso de não-aceitação dos serviços

O procedimento para execução de títulos não aceitos pelo parceiro público e que, ao mesmo tempo, também não foram expressamente rejeitados é muito similar ao do dispositivo anterior.

No cotejo entre os dispositivos, vale notar que a garantia no caso do § 5º apenas poderá ser acionada após o decurso de, ao menos, 90 dias, contados a partir da data de vencimento do título – o que se distancia do prazo de 45 dias referido no § 4º, a contar também da data de vencimento, mas que se aplica apenas a títulos líquidos, certos e exigíveis.

Apesar disso, a principal diferença fica por conta da possibilidade de rejeição do título que embasa o pedido de execução da garantia, no prazo de 10 dias referido no § 1º do art. 31 do Regulamento do FGP.

No caso do § 4º, como os títulos já foram aceitos pela Administração, não faz sentido imaginar sua rejeição, a menos que exista causa capaz de inquirar a validade desse ato ou que circunstâncias desconhecidas tenham vindo à tona nesse ínterim e possam justificar sua revogação. Na hipótese do § 5º, todavia, como nunca houve aceitação do título, é plenamente possível que no prazo de 10 dias úteis concedido à Administração seja rejeitado o título que embasa o pedido de execução da garantia.

Havendo a rejeição expressa do título, não poderá o FGP realizar o pagamento. Nesse caso, não restará outra opção ao parceiro privado senão recorrer ao Poder Judiciário ou a um tribunal arbitral, sendo que, nesse último caso, é preciso verificar a existência dessa possibilidade nos termos dos contratos de PPP e de garantia.⁴⁶⁷

XVIII.6 – Sub-rogação pelo FGP nos direitos do parceiro privado

⁴⁶⁷ Nos termos do art. 31, § 8º, do Regulamento do FGP, “nos casos em que a minuta de contrato da parceria público-privada previr expressamente a possibilidade de emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de parceria, fica o administrador autorizado a prever no instrumento de garantia o emprego de mecanismos de resolução similares”.

O FGP não tem por finalidade *pagar* pelas obrigações assumidas por parceiros públicos federais, mas *garantir* essas obrigações. Dessa forma, não se admite que o FGP pague as contraprestações públicas sem que, ao mesmo tempo, se volte contra o parceiro público inadimplente, para se ressarcir.

Assim, no momento seguinte ao pagamento de qualquer obrigação do parceiro público pelo FGP, ele deverá acionar esse parceiro inadimplente, até mesmo judicialmente, se houver resistência, com vistas à recomposição do patrimônio do Fundo em valor no exato montante das despesas incorridas com a execução da garantia.

Isso é juridicamente possível porque, ao pagar as contraprestações públicas, o FGP passa a deter créditos contra o parceiro público inadimplente, eis que se sub-rogou nos direitos do parceiro privado.

Aliás, nos termos do art. 349 do CC, mediante a sub-rogação são transferidos ao novo credor “todos os direitos, ações, privilégios e garantias do [credor] primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”.

XVIII.7 – Exequiabilidade do patrimônio do FGP

Conforme o art. 16, § 1º, o FGP caracteriza-se por (i) ter natureza privada, (ii) dispor de patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e (iii) ser sujeito de direitos e obrigações próprios.

Nos comentários a esse dispositivo pretendemos ter esclarecido que, independentemente de não haver na lei expressa referência à natureza de pessoa jurídica do FGP, fato é que todas as características essenciais lhe foram atribuídas. Assim, se não se quiser reconhecer-lhe a natureza de pessoa jurídica, ao menos se terá que admitir a aplicação de tratamento análogo por equiparação.

Por consequência, os bens do patrimônio do FGP devem receber tratamento idêntico aos do patrimônio de quaisquer pessoas jurídicas de direito privado. Não deve haver dúvida, pois, quanto à possibilidade de serem penhorados e alienados para satisfazer as obrigações garantidas, eis que, como também já se disse anteriormente, não são bens públicos.

Apesar disso, o legislador fez questão de esclarecer – até para espancar qualquer indagação que pudesse existir sobre esse assunto – que os bens do FGP podem ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

Art. 19. O FGP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurando-se a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo.

XIX – Resgate das cotas do FGP.

XIX – Resgate das cotas do FGP

Os cotistas do Fundo podem requerer o resgate total ou parcial de suas cotas a qualquer momento, eis que, nos termos do § 1º do art. 33 do Regulamento do FGP, não há prazo de carência. Todavia, não se admite que possam, por meio desse ato, prejudicar, de qualquer forma, garantias prestadas em contratos de PPP.

Por isso, será preciso verificar, antes de se proceder ao resgate, se o pedido não implica reduzir o patrimônio do FGP a um nível incompatível com as garantias prestadas. Em caso positivo, o resgate deverá ser negado.

O art. 33, § 2º, determina que “fica o administrador obrigado a verificar o equilíbrio entre o valor presente dos ativos e das garantias outorgadas por classe/série, somente podendo atender o pedido de resgate até o montante em que não prejudique o equilíbrio mencionado”.

Cabe destacar, ao lado disso, que o equilíbrio entre o valor presente dos ativos e das garantias deve ser mantido em cada classe de cotas.⁴⁶⁸ Assim, o pedido de resgate apenas poderá ser atendido se tiver por objeto uma classe de cotas na qual, após o resgate, ainda restem cotas suficientes para assegurar o pretendido equilíbrio.

O Regulamento do FGP ainda estabelece prazos para o atendimento da solicitação de resgate (art. 33, § 3º) e outras regras adicionais sobre o procedimento de resgate.

Art. 20. A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação

⁴⁶⁸. O art. 33, § 6º, do Regulamento do FGP estabelece que “o valor do resgate não poderá exceder o valor presente dos ativos não comprometidos com garantias outorgadas ao parceiro privado à disposição do cotista resgatante na data da solicitação do resgate, calculada em relação ao FGP como um todo e em relação a cada classe em que se encontra dividido o patrimônio do FGP” (grifos nossos).

da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores.

Parágrafo único. Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

XX – Dissolução do FGP: XX.1 – Efeitos da dissolução.

XX – Dissolução do FGP

Uma vez mais – embora seja inerente a qualquer cotista de fundo, bem como a qualquer sócio ou acionista, deliberar sobre a dissolução da sociedade ou do fundo –, não se pode admitir que, por meio desse ato, os parceiros privados sejam prejudicados. A garantia prestada pelo FGP deve manter sua validade e eficácia até o pagamento de todos os débitos a que estiver vinculada ou até que o parceiro privado interessado decida por liberar a garantia.

Assim, em eventual dissolução, será preciso demonstrar que o FGP não está a garantir qualquer obrigação, seja porque todas as obrigações já foram adimplidas ou pelo fato de os credores terem liberado as garantias.

XX.1 – Efeitos da dissolução

Dissolvido o FGP, os bens de seu patrimônio serão repartidos na proporção das cotas. Haverá efetiva transferência de propriedade, eis que os bens sairão do patrimônio do FGP para adentrar os patrimônios de seus antigos cotistas.

Vale destacar que a “situação patrimonial” do FGP não envolve apenas os bens que estejam em seu domínio no momento da dissolução. Quaisquer direitos do FGP – como, por exemplo, os créditos que lhe sejam eventualmente devidos em face de sub-rogação – deverão fazer parte desse rateio. Esses direitos permanecerão válidos após a dissolução e poderão ser exercidos pelo cotista que os tiver recebido.

Art. 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

XXI – O patrimônio de afetação.

XXI – O patrimônio de afetação

O tema do patrimônio de afetação foi tratado por ocasião dos comentários ao art. 18, § 1º, VI, aos quais remetemos o leitor.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

XXII – Limite de despesas da União com contratos de PPP.

XXII – Limite de despesas da União com contratos de PPP

O art. 22 foi criado para dar solução a impasse sobre a interface entre as PPPs e o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal que se configurou ao longo da tramitação da Lei de PPP no Senado Federal. Em diversos dispositivos da Lei de PPP, a preocupação com a responsabilidade fiscal é manifesta (art. 4º, inc. IV; art. 10, incs. I, alíneas “b” e “c”, II e IV; art. 22; art. 25 e art. 28).

Ao longo da tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei de PPP, quando poucos entre nós tinham compreensão do assunto, alardeou-se, indevidamente, que o projeto de lei estaria a estimular o descumprimento das regras de responsabilidade fiscal. Feito o alarde, a arena política encarregou-se de tornar necessário que a própria Lei de PPP veiculasse os mecanismos a assegurar o cumprimento pelas PPPs das regras de responsabilidade fiscal. Daí a necessidade de desenvolver controles para as PPPs cuja efetividade independesse da futura regulamentação dos seus aspectos contábeis, conforme previsto no art. 25. Foi nesse diapasão que surgiram os arts. 22 e 28 da Lei de PPP, os quais estabelecem limites de despesas com PPP, utilizando como referência um percentual da RCL – Receita Corrente Líquida.

A proposta de utilizar percentual da RCL para controle do comprometimento fiscal com PPPs⁴⁶⁹ foi primeiro formulada pelo senador Rodolpho Tourinho. A idéia era estipular teto por meio da limitação das despesas anuais com PPPs. Com esse artifício, limitava-se a capacidade do poder público de contratar PPP independentemente dos critérios de classificação contábil que seriam emitidos pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, nos termos do art. 25 da Lei de PPP.

Já a exigência de cumprimento de limite de 1% pelos 10 anos seguintes surgiu para evitar burla à norma por meio da celebração de contratos que exijam pagamento de contraprestação, por exemplo, apenas em exercícios futuros. Ora, se inexistisse controle sobre o cumprimento do limite para os 10 anos seguintes, poder-se-ia imaginar situação em que um dado Governo, após ocupar o limite de 1% no exercício corrente, persistisse firmando contratos de PPP que estipulassem obrigações de pagamento com cumprimento previsto para dois ou três exercícios após a sua celebração.

Quanto aos critérios para a realização da projeção da RCL, pensamos que seu cálculo deve tomar em consideração o disposto na Resolução n. 40/2001, do Senado Federal, que, em seu art. 2º, define o conceito de *receita corrente líquida*. A metodologia da projeção deve ser a mesma empregada para aferição dos limites estabelecidos por essa Resolução.. No que toca à projeção das despesas futuras com PPPs não nos parece fazer sentido a definição do assunto em regulamento, uma vez que o grau de variação das despesas depende fundamentalmente do modo como vier a ser modelada a contraprestação pública em cada projeto.

Note-se que o controle do cumprimento dos limites referidos pela União será realizado pelo Ministério da Fazenda, tanto na sua atividade de acompanhamento do programa de PPP quanto por ocasião da emissão do parecer, relativo a cada novo projeto de PPP, no que concerne à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 da Lei de PPP (art. 14, § 3º, II, da Lei de PPP).⁴⁷⁰

Apenas para dimensionar os valores envolvidos, note-se que, no caso da União, 1% da RCL para o ano de 2005, em valores nominais, seria R\$ 3,03 bilhões.

Observe-se, por fim, que o art. 22 não inclui no limite de 1% as despesas com PPPs eventualmente realizadas por entes da Administração indireta, tais como, entre outros, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Portanto, o limite estabelecido no art. 22 refere-se apenas à Administração direta.

Cabe, ademais, uma última nota sobre o problema da constitucionalidade do dispositivo. Não nos parece haver dúvida de que o dispositivo está eivado de inconstitucionalidade, em face do art. 163, I, da CF, que reserva à lei complementar a matéria de finanças públicas. Não seria, portanto, despropositado que um Governo no âmbito da União que pretendesse exceder o limite de 1% da RCL com despesas de PPPs viesse a questionar a constitucionalidade da imposição à Administração Pública Federal de tal limite por lei ordinária.

Capítulo VII **Disposições Finais**

Art. 23. Fica a União autorizada a conceder incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, instituído pela Lei n. 10.735, de 11 de setembro de 2003, às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas.

⁴⁶⁹. Cf. art. 2º, VI, da LRF, sobre o conceito de “Receita Corrente Líquida”.

⁴⁷⁰. Vale notar que, no acompanhamento do nível de despesas com PPPs, o Ministério da Fazenda terá duas fontes de informação: a primeira é o acompanhamento da execução orçamentária; a segunda são os relatórios sobre andamento dos contratos de PPPs, mencionados no art. 14, IV e § 5º, da Lei de PPP.

XXIII – A utilização dos Programas de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social (PIPSs) para investimento em negócios provenientes de PPP

O PIPS, como o nome diz, pretende incentivar a implementação de projetos de interesse social. A Lei 10.735/2003, em seu art. 5º, ao apontar os objetivos do PIPS, acaba por definir quais são esses projetos de interesse social: (i) os projetos voltados à criação e à implementação de núcleos habitacionais que tornem acessível moradia para os segmentos populacionais das diversas rendas familiares, mediante a construção de núcleos habitacionais providos de serviços públicos básicos, comércio e serviços; e (ii) os projetos destinados ao desenvolvimento e à ampliação de infraestrutura nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, telecomunicações, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral, com o objetivo de universalizar e aumentar a eficiência dos produtos e serviços prestados.

Vale destacar que o § 2º do art. 5º da Lei 10.735/2003 permitiu ao Poder Executivo incluir outros objetivos, além dos acima mencionados, no PIPS. Assim, pode-se ampliar o escopo do PIPS por meio de decreto.

O PIPS busca incentivar a implementação desses projetos de interesse social por meio de facilitação de seu financiamento. Os instrumentos previstos são os FIIs – Fundos de Investimento Imobiliário e os FIDCs – Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, lastreados em recebíveis originados de contratos de compromisso de compra, de venda, de aluguéis e de taxas de serviços, provenientes de financiamento de projetos sociais, com participação dos setores público e privado (art. 4º da Lei 10.735/2003).

É verdade que no cenário atual esses projetos podem perfeitamente ser financiados por bancos públicos, como o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Todavia, a utilização de fundos de investimento pode estimular uma maior participação do setor privado no financiamento desses projetos, sobretudo pelo fato de os fundos de investimento no Brasil permitirem uma tributação menor que a tradicionalmente adotada para pessoas jurídicas.

Em verdade, pode-se constituir FII ou FIDC independentemente da Lei 10.735/2003. No âmbito do CMN – Conselho Monetário Nacional foi expedida, em 29.11.2001, a Resolução 2.907, que autoriza a constituição e o funcionamento de FIDCs e de fundos de aplicação em quotas de FIDCs. Em seguida, a CVM – Comissão de Valores Mobiliários expediu a Instrução Normativa 356, de 17.12.2001, para regulamentar esses fundos. Por sua vez, a constituição de FIIs encontra base legal na Lei 8.668, de 25.6.1993, e, ainda, nas Instruções Normativas CVM-205 e 206, ambas de 14.1.1994.

Se é possível a criação de FIIs ou FIDCs independentemente da Lei 10.735/2003, cabe questionar qual a vantagem de fazê-lo no âmbito do PIPS. O incentivo trazido pelo PIPS está (i) na disponibilização de recursos pelo Tesouro Nacional a uma instituição financeira – “financiamento” – no montante de até 30% do valor total de cada projeto, para aplicação na aquisição de cotas dos FIIs ou dos FIDCs, e, ao mesmo tempo, (ii) no pagamento também pelo Tesouro Nacional de subvenção econômica relativa à equalização entre o custo desse financiamento e a taxa de retorno dos recebíveis oriundos de cada projeto (art. 6º da Lei 10.735/2003).

Uma vez que (i) a instituição financeira tem que comprar ao menos 10% das quotas do fundo de investimento, nos termos do art. 6º, V, do Decreto 5.004/2004, e (ii) os recursos disponibilizados pelo Tesouro são necessariamente utilizados na aquisição de cotas, o PIPS acaba por viabilizar, de imediato, a distribuição de cerca de 40% das cotas necessárias à implementação do projeto de interesse social. Ou seja, com o PIPS, o FIDC ou o FII já nascem com cerca de 40% de suas cotas negociadas, o que facilita em muito a estruturação financeira do projeto. Esse o grande incentivo trazido pelo PIPS, embora seja verdade que ainda se terá que buscar investidores para as cotas restantes.

Assim, quando o art. 23 da Lei de PPP autoriza a União a conceder incentivo, não está tratando de incentivos fiscais ou quaisquer outros, senão do incentivo trazido pelo PIPS – qual seja, o de viabilizar de imediato a distribuição de parcela substancial das cotas do fundo, nos termos acima delineados. Incentivos fiscais para aquisição de cotas dependeriam de lei específica.

Como se vê, o PIPS pode funcionar como um instrumento valioso para fomentar a criação de fundos de investimento imobiliário ou em direitos creditórios, capazes de financiar projetos de infra-estrutura. Todavia, há, ao menos, duas dificuldades na utilização do PIPS para projetos de PPP.

A primeira refere-se ao fato de que, nos termos do art. 6º, I, da Lei 10.735/2003, o financiamento oferecido às

instituições financeiras tem prazo máximo de 5e está limitado a até 30% do valor total de cada projeto, características bastante restritivas se considerarmos que os contratos de PPP são de longo prazo (no mínimo 5 anos, podendo alcançar 35) e costumam envolver valores expressivos.

A segunda deve-se à determinação legal de que a taxa de juros do financiamento concedido à instituição financeira não pode ser inferior à taxa média ajustada dos financiamentos diários, apurados no SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, para títulos públicos federais, conforme o art. 6º, § 2º, da Lei 10.735/2003. Nas condições atuais, a SELIC tem se mostrado elevada, o que, em caso de implementação de projeto sob o PIPS, pode levar à necessidade de subvenções econômicas para equalizar o custo do financiamento com a taxa de retorno dos recebíveis.

Vale notar que a Lei 10.735/2003 apenas autoriza a criação do PIPS. Ele é efetivamente criado pelo Decreto 5.004, de 4.3.2004. Logo no art. 1º, parágrafo único, deste decreto determina-se que “os recursos destinados ao PIPS serão direcionados prioritariamente aos projetos que promovam o fortalecimento da política de desenvolvimento social, a criação de oportunidades de empregos e a geração de renda”. Como se vê, o Decreto 5.004/2004 tratou de priorizar projetos de alto impacto social.

O procedimento trazido pelo Decreto 5.004/2004 estabelece a submissão do projeto à análise do Ministério competente, que poderá ou não enquadrá-lo no PIPS. Segundo o art. 2º, § 2º, do referido decreto, são competentes para esse enquadramento (i) o Ministério das Cidades, para os projetos nas áreas habitação e de saneamento básico; (ii) o Ministério dos Transportes, nas áreas de transportes rodoviário, hidroviário, marítimo e ferroviário; (iii) o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, nas áreas de sistemas de irrigação e drenagem; e (iv) o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para os projetos na área de comércio e serviços. Apesar disso, o Decreto 5.004/2004 abre a possibilidade para apresentação de outros tipos de projetos, desde que atendam ao disposto nesse decreto e contem com a manifestação do Ministério com competência institucional para se pronunciar sobre o empreendimento (art. 2º, § 3º).

Diversas outras regras operacionais estão contidas no Decreto 5.004/2004, o qual ainda estabelece que as normas e procedimentos administrativos complementares serão definidos pelos Ministérios envolvidos. Todavia, por fugirem ao escopo do presente trabalho, não serão, aqui, esmiuçadas. Vale destacar apenas que não bastará o enquadramento pelos Ministérios competentes para que o projeto se beneficie do PIPS. Haverá uma espécie de concorrência entre os projetos, por meio de realização de ofertas públicas ou leilões eletrônicos organizados pelo Ministério da Fazenda.

A CVM regulamentou a utilização dos FIDCs-PIPS por meio da Instrução Normativa 399, de 21.11.2003. Todavia, essa instrução da CVM aplica-se apenas aos FIDCs-PIPS cujos direitos creditórios derivem de projetos destinados à construção de núcleos habitacionais. A utilização de FIDCs-PIPS para projetos de infra-estrutura em outros setores não recebeu regulamentação pela CVM. Nesse contexto, enquanto não sobrevier instrução normativa específica, parece-nos que deva ser aplicada a Instrução Normativa CVM-356, de 17.12.2001, que trata de FIDCs em geral.

Art. 24. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar.

XXIV – O Conselho Monetário Nacional e as PPPs: XXIV.1 – Diretrizes para a concessão de crédito para o financiamento de contratos de PPP. XXIV.2 – A participação de entidades fechadas de previdência complementar.

XXIV – O Conselho Monetário Nacional e as PPPs⁴⁷¹

A redação do dispositivo acima é extremamente deficiente e não deixa ver qual a exata extensão que deve ter sua aplicação.

O art. 24 da Lei de PPP em nada inova nosso ordenamento jurídico, pois o CMN – Conselho Monetário Nacional já tinha, antes do advento desse dispositivo, competência para estabelecer diretrizes para concessão de crédito por instituições financeiras e para a participação de entidades de previdência complementar em sociedades. Assim, o artigo apenas aponta que a competência geral do CMN para essas matérias deve gerar também efeitos no que toca ao

⁴⁷¹. Sobre o tema objeto do art. 24, agradecemos a gentileza de Sílvia Carlos do Amaral e Silva, assessor, integrante da Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e especialista em questões monetárias, com quem tivemos oportunidade de discutir o assunto objeto do presente dispositivo.

financiamento e à participação em contratos de PPP.

Cumpra investigar o que exatamente o dispositivo quer dizer com as expressões “diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parceria público-privada” e “participação de entidades fechadas de previdência complementar”. Nas linhas seguintes vamos nos centrar primeiro nas questões relativas à concessão de crédito destinado ao financiamento dos contratos de PPP, e após trataremos da participação de entidades fechadas de previdência complementar, os fundos de pensão, em PPPs.

XXIV.1 – Diretrizes para a concessão de crédito para o financiamento de contratos de PPP

A primeira dúvida é sobre para quem seria a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de PPP. Se para o parceiro público, que assumirá o pagamento da contraprestação, ou para o privado.

Considerando a lógica econômica e institucional que preside a atuação do CMN, não faz sentido imaginar que o CMN atuará com o intuito de estabelecer diretrizes específicas para a concessão de crédito a ente privado – neste caso, a SPE contratada ou seus acionistas –, para financiamento de contrato de PPP. O contrato de PPP é, da perspectiva do parceiro privado e do seu financiador, apenas uma avença, em regra de longo prazo, que estabelece as condições nas quais o parceiro privado deverá prestar um dado serviço. Nesse sentido, o contrato de PPP não é diferente de qualquer contrato empresarial de longo prazo, que gera para o parceiro privado um compromisso relevante de investimento e, por isso, uma necessidade de financiamento. O fato de um ente ser contratado sob a forma de PPP não cria uma especificidade capaz de justificar, por si só, regras especiais emitidas pelo CMN.

O CMN poderia, entretanto, interessar-se por disciplinar a concessão de crédito a entes contratados sob a forma de PPP, se tais entes gerassem um risco diferenciado para a instituição financeira. Caberia nesse caso, por exemplo, o estabelecimento pelo CMN de um limite de comprometimento do patrimônio de referência das instituições financeiras com o financiamento de contratos de PPP. Todavia, definitivamente, não é o caso. O fato de um ente ser contratado em uma PPP não cria um risco diferenciado para seu financiador em comparação, por exemplo, com qualquer concessionário de serviço público ou pessoa que tenha contratos de prestação de serviço de longo prazo com entes governamentais.

Aliás, para esse tipo de projeto, financiado, em regra, sob a modalidade de *project finance* (ou seja, em que o financiador recebe as receitas futuras do projeto como garantia do seu financiamento), o risco do financiador depende principalmente (i) do risco do projeto em si ou (ii) do risco do projeto combinado com o risco corporativo do acionista se a estrutura for de *recourse debt*, ou seja, que inclua, ao lado das garantias vinculadas ao sucesso do projeto, garantias corporativas dos acionistas da SPE. Portanto, a questão central não é o fato de o contrato ter a forma de PPP, mas o de atuar o financiador com a estrutura de *project finance*, que vincula sua exposição aos riscos do projeto. Fica, assim, o risco do financiador atrelado ao risco do projeto (supondo-se que se trata de *non-recourse debt*). Por isso, não faz sentido o CMN estabelecer limites específicos para as instituições financeiras concederem crédito a parceiros privados no âmbito de projetos de PPP.

Dito isso, resta como única interpretação razoável do artigo ora comentado a que lhe atribui o significado de concessão de crédito por instituição financeira para entes públicos que contratarem PPP. Essa interpretação encontra plena acolhida nas preocupações, objetivos e praxis do CMN, que regula e limita a exposição de instituições financeiras a entes públicos, por meio da sua Resolução 2.827, de 29.3.2001.⁴⁷²

O pano de fundo, portanto, do dispositivo é que: (a) os contratos de PPP criam uma nova forma de o Poder Público se financiar junto à iniciativa privada para realização de investimentos; (b) esse financiamento é feito contra uma promessa de pagar contraprestações públicas após a disponibilização dos serviços; (c) para fazer face às contraprestações públicas, ou para dar garantias ao parceiro privado do pagamento das contraprestações públicas, o parceiro público poderá realizar operações de crédito e obter garantias junto a instituições do sistema financeiro. Por essa razão, seria conveniente que o CMN considerasse, como parte das regras que estabelecem contingenciamento do

⁴⁷². A aludida resolução estabelece em 45% do patrimônio de referência o limite das operações de crédito de instituições financeiras com órgãos do setor público. Inclui no conceito de “operação de crédito”, entre outros, empréstimos, financiamentos, arrendamento mercantil, aquisição de títulos e valores mobiliários de emissão dos entes públicos, a concessão de garantias de qualquer natureza e as operações que resultem direta ou indiretamente em concessão de crédito e/ou captação de recursos de qualquer natureza, inclusive com o uso de derivativos financeiros. Dessa perspectiva, o mister do art. 23 seria instar o CMN a considerar nos limites das operações de crédito e garantias realizadas por instituições financeiras com entes públicos as operações realizadas para financiamento ou garantia de pagamento por entidade do setor público de contraprestação em contrato de PPP.

crédito ao setor público, o crédito para operações de PPP.

Uma análise superficial das regras sobre o assunto já emitidas pelo CMN – e nos referimos especificamente à mencionada Resolução 2.827/2001 – demonstra que tais regras são perfeitamente compatíveis e aplicáveis a eventuais financiamentos ao setor público para a contratação de PPP. O CMN já tem regras adequadas ao cumprimento do escopo estabelecido pelo art. 23 da Lei de PPP. Impõe-se o entendimento, portanto, de que as regras da Resolução 2.827/2001 foram recebidas pelo art. 23 da Lei de PPP, não sendo sequer necessária qualquer alteração da mencionada resolução para cumprimento do artigo comentado.

XXIV.2 – A participação de entidades fechadas de previdência complementar

O dispositivo menciona que o CMN estabelecerá diretrizes para a participação de entidades fechadas de previdência em PPPs. O dispositivo está a se referir à utilização por tais entidades dos recursos garantidores das suas reservas técnicas, bem como daqueles correspondentes às demais reservas, fundos e provisões dos seus planos de benefícios, para aquisição ou investimento, sob qualquer forma, em títulos que decorram direta ou indiretamente da celebração de contratos de PPP, como, por exemplo, títulos emitidos pelas SPÉs signatárias de contratos de PPP.

Note-se que o CMN já estabelece diretrizes para aplicação dos recursos dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar. A norma principal sobre esse assunto é a Resolução CMN-3.121, de 25.9.2003.

Assim, como já fizemos notar nos comentários exarados no item XIV.1, acima, em relação ao financiamento de contratos de PPP, não há qualquer peculiaridade econômica nos títulos decorrentes desse tipo de contrato que justifique uma regulamentação específica pelo CMN. O modo como está escrita a Resolução 3.121/2003 já engloba títulos que decorrem direta ou indiretamente dos contratos de PPP. Os arts. 19 e ss. do Anexo I da aludida resolução, especialmente os arts. 22 e 23, que tratam das aplicações no segmento de renda variável, utilizam linguagem suficientemente genérica para abranger os investimentos em papéis que decorram de contratos de PPP.

Ademais – cabe enfatizar, consoante os comentários à primeira parte deste art. 24 –, não há peculiaridades econômicas nos contratos de PPP capazes de justificar uma regulamentação separada em relação a esses aspectos. Por isso, e tendo em vista o fato de as regras constantes da Resolução 3.121/2003 serem perfeitamente compatíveis e seguirem o disposto no art. 24, é imperioso reconhecer a recepção da Resolução 3.121/2003 pelo art. 24 da Lei 11.079/2004 como o regulamento que estabelece as diretrizes para a participação de entidades fechadas de previdência complementar nos contratos de PPP.

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

XXV – A consolidação das contas públicas aplicáveis às PPPs: XXV.1 – O contrato de PPP implica realização de despesa corrente ou despesa de capital?: XXV.1.1 – As despesas com contraprestações públicas derivadas de contratos de PPP podem ser classificadas como obrigatórias de caráter continuado?. XXV.2 – Em quais casos a celebração de contrato de PPP deve ser tratada como aumento do endividamento público?: XXV.2.1 – As PPPs são operações de crédito?. XXV.3 – Âmbito de aplicação da Portaria STN-614/2006.

XXV – A consolidação das contas públicas aplicáveis às PPPs

Tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei de PPP, a STN – Secretaria do Tesouro Nacional emitiu a Portaria 614, de 21.8.2006, que disciplina a contabilização das PPPs. A questão principal está relacionada ao eventual impacto da celebração de uma dada PPP no montante de dívida consolidada de um ente federativo.

Diversos entes federativos já ultrapassaram ou estão no limiar de ultrapassar os respectivos limites de endividamento. Se as contraprestações de PPP produzirem o efeito de endividamento, isso terá impacto sobre a capacidade desses entes de contratar PPP. É evidente que, do ponto de vista técnico, isso não deve ser uma consideração na definição das regras de contabilização. Mas é extremamente importante ter ciência dos seus impactos políticos.

A responsabilidade fiscal constitui uma das diretrizes da contratação e execução de PPP, nos termos do art. 4º, IV, da Lei de PPP. Por ocasião dos comentários à mencionada diretriz lançamos, de forma sucinta, as bases conceituais para tratamento do tema. Por isso, para melhor compreensão das linhas a seguir, sugerimos a leitura preliminar do item IV.4 destes “Comentários”. Ali, pode-se perceber que a manutenção da responsabilidade fiscal tem constituído, no

plano internacional, uma das principais preocupações quando se trata da implementação de programas de PPP.

Como contratos de prestação de serviços, em princípio, as PPPs não deveriam ter impacto sobre o endividamento do setor público. Todavia, com a percepção de que as PPPs envolvem algum grau de risco fiscal, que pode ser maior ou menor, a depender da distribuição de riscos estabelecida no contrato, passou-se a discutir os casos em que esse tipo de contrato deveria ter, ou não, impacto no endividamento público.

No plano internacional isso passa por saber se os ativos, construídos para a prestação do serviço e que serão revertidos ao final para o patrimônio do Poder Público, devem estar no balanço do Poder Público, ou não. Se estiverem nesse balanço, deve haver um lançamento de dívida correspondente. Por isso, quando no debate internacional se está a falar em contabilização *off-balance sheet*, o que se tem em mente é não inscrever o ativo no balanço patrimonial do setor público.

No Brasil, todavia, o que determina o impacto de um contrato no endividamento, para efeito de controle estabelecido pela LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal, não é o fato de o ativo estar ou não registrado no balanço do Poder Público, mas se a operação deve ou não contar no montante de dívida pública consolidada.

Lembre-se que o limite de endividamento constitui uma proporção entre “dívida consolidada líquida” e “receita corrente líquida”, nos termos da Resolução 40/2001 do Senado Federal.⁴⁷³ Por isso, a inclusão de classificação de uma obrigação como parte da dívida consolidada implica automaticamente sua contagem no montante máximo de endividamento permitido; ao contrário, se a obrigação não for considerada dentro do conceito de dívida consolidada, não impactará o limite de endividamento.

Por isso, no Brasil, contabilizar uma PPP *off-balance sheet* significa nada mais, nada menos, que dizer que ela não impacta o montante de dívida pública consolidada. O fato de a Portaria STN-614/2006 ter adotado uma lógica patrimonial de endividamento – que implica o registro do ativo, para efeito de endividamento, no balanço do ente público – não modifica a forma como a LRF, conjugada com a Resolução 40/2001 do Senado Federal, trata o assunto, que é estabelecer o limite de endividamento numa proporção entre dívida consolidada líquida e receita corrente líquida.

A questão de como as PPPs devem ser consideradas nas contas públicas levanta, ainda, uma série de indagações mais específicas. Entre elas, parecem-nos mais importantes as de saber: (i) se as despesas com contraprestações públicas devem ser classificadas como despesas de capital ou despesas correntes; (ii) se essa classificação orçamentária constitui um critério para afirmar o impacto da PPP no montante de dívida consolidada; (iii) se as despesas com PPPs são obrigatórias de caráter continuado; (iv) os casos de PPPs que devem impactar o montante de dívida consolidada; e (v) se a celebração de PPP constitui, ou não, operação de crédito.

Procuraremos responder a essas questões, nas linhas a seguir, à luz das disposições da LRF e legislação correlata, bem como em face da Portaria STN-614/2006. Como se verá, ainda há pontos a avançar, eis que, diante do marco legal atualmente em vigor, permanecem algumas dúvidas.

No Brasil a contabilidade pública orçamentária está regida principalmente pela Lei 4.320/1964. Ali se pode visualizar um sistema de classificações contábeis para diversas receitas e despesas. Do ponto de vista das despesas, estas podem ser classificadas em despesas correntes ou de capital. Nos termos do art. 12 da Lei 4.320/1964, as despesas correntes classificam-se como “despesas de custeio” ou “transferências correntes”, e as despesas de capital em “investimentos”, “inversões financeiras” ou “transferências de capital”. Na elaboração orçamentária é preciso atentar para essas classificações.

Essa classificação contábil da despesa, como corrente ou de capital, diante da Portaria STN-614/2006, não tem qualquer influência no seu possível enquadramento como endividamento. É importante esclarecer esse ponto, para evitar, desde logo, eventual equívoco consistente em dizer que, uma vez classificadas as despesas como correntes, elas não teriam qualquer impacto no endividamento. Ou, por outro lado, a também falsa afirmação de que, se forem classificadas as despesas como de capital, então, necessariamente, a PPP deveria impactar o endividamento do ente público.

Nos termos do art. 4^a dessa portaria, o eventual impacto de uma PPP sobre o endividamento do setor público deve ocorrer se o parceiro público tiver assumido parcela relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção.⁴⁷⁴ O fato de a contraprestação pública para um determinado projeto ter sido classificada

⁴⁷³. Conforme o art. 3^a dessa resolução, “a dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta Resolução, não poderá exceder, respectivamente, a: I – no caso dos Estados e do Distrito Federal: duas vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2^a; e II – no caso dos Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2^a”. A competência do Senado Federal para editar esse normativo decorre do disposto no art. 52, VII, da CF.

⁴⁷⁴. Art. 4^a da Portaria STN-614/2006: “A assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda,

orçamentariamente como despesa corrente ou de capital, portanto, é absolutamente indiferente do ponto de vista do tratamento fiscal dessa PPP.

Conforme dispõe o referido art. 4^º, havendo a assunção pelo parceiro público de parte relevante de ao menos um dos riscos ali mencionados, o impacto no endividamento deve se dar por meio de lançamento de dívida no balanço do ente do setor público, em montante equivalente ao dos ativos contabilizados na SPE.⁴⁷⁵

Cabe presumir, ainda – embora isso não tenha ficado explícito na Portaria STN-614/2006⁴⁷⁶ –, que esse lançamento de dívida deva ser computado na “dívida consolidada” do ente público. Isso porque, se não compuser a dívida consolidada, em nada impactará a capacidade de endividamento do ente público. Lembre-se que o limite de endividamento constitui uma proporção entre “dívida consolidada líquida” e “receita corrente líquida”, nos termos da Resolução 40/2001 do Senado Federal.⁴⁷⁷

Ao lado dessas linhas, vale dizer que a Portaria também não indica se o fato de um ativo ser contabilizado no balanço do setor público (pelo fato de o parceiro público ter assumido parcela relevante do risco de construção, de demanda ou de disponibilidade) deve levar à classificação da despesa orçamentária como “corrente” ou “de capital”.⁴⁷⁸ É possível, portanto, a situação em que na Lei Orçamentária Anual a despesa esteja classificada como corrente e, ainda assim, seja contabilizada no balanço do setor público assunção de dívida em igual valor aos ativos da SPE, conforme especifica o art. 4^º da indigitada portaria.

É possível, pois, que, eventualmente, também as despesas correntes produzam o efeito de endividamento. Isso é admissível porque, a par das normas trazidas pela Portaria STN-614/2006, o conceito de dívida pública consolidada ou fundada, utilizado para efeito de aferição do limite de endividamento, é bastante amplo. A definição do que seja “dívida fundada”, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se em dois diplomas distintos. Na LRF – Lei de

disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos”.

⁴⁷⁵. A Portaria STN-614/2006 não esclarece o que sejam exatamente esses ativos, nem a metodologia para aferir seu valor. Menciona apenas “ativos contabilizados na SPE”. Ora, diversos itens compõem o rol de ativos da SPE. Cabe perguntar de quais ativos se está falando. Parece-nos que a portaria quis se referir aos ativos imobilizados, que em conjunto compõem a infra-estrutura necessária à prestação dos serviços objeto da PPP. Além disso, em nossa opinião, é razoável considerar para esse efeito apenas os bens reversíveis. Portanto, ainda que necessários à prestação do serviço, os ativos não-reversíveis deveriam ficar de fora dessa conta. Todavia, mesmo que essa solução venha a ser adotada, ela não resolve todas as dúvidas. Isso porque restaria necessário apurar o valor desses ativos. A portaria não indica se a contabilização se dará pelo valor indicado no balanço da SPE ou se haverá outro critério. A par dessas omissões, há ainda outro ponto a ser mencionado. Ao longo dos anos, os ativos da SPE poderão ser depreciados, conforme a legislação em vigor. Todavia, nada há na portaria que permita inferir ser possível reduzir na mesma proporção o endividamento lançado no balanço do setor público. Aliás, não há qualquer regra sobre esse assunto. Existe, é verdade, uma menção na nota explicativa que acompanha a portaria, mais especificamente no item que comenta a experiência no Reino Unido, a qual afirma que, “a partir do início da operação, o bem deverá ser depreciado e o passivo reduzido à medida que os pagamentos são feitos, mediante aplicação de uma taxa de desconto apropriada”. Porém, não indicação de que esse aspecto da experiência inglesa seja aplicável ao Brasil, eis que no texto legal da portaria nada há nesse sentido. Por isso, a rigor, pelo texto da portaria, enquanto o parceiro público permanecer com parcela relevante de quaisquer dos riscos previstos no art. 4^º, a totalidade do valor do ativo deverá ser mantida inscrita como dívida, o que pode se alongar até o final da concessão. Imagine-se, por exemplo, um projeto de PPP para construção, manutenção e operação de uma penitenciária, em que o parceiro público tenha ficado com a totalidade do risco de demanda. Isso implicaria imputar uma dívida no balanço do ente público pelo valor do prédio, suponhamos, o valor inicialmente (antes da depreciação) contabilizado na SPE. Se esse contrato tiver a duração de 30 anos, por exemplo, até o último pagamento público, no último mês do 30^º ano, permanecerá no balanço do setor público a mesma dívida, em igual montante. Por certo, isso não é desejável, pois nesse momento, embora o parceiro público permaneça com o risco de demanda, já não há risco fiscal relevante (o contrato já está cumprido em sua quase-totalidade). Manter o lançamento da dívida no balanço do ente público significa reduzir injustificadamente sua capacidade de contratar novas PPPs. Por isso, de alguma forma, o lançamento da dívida deverá ser reduzido ao longo dos anos. A dificuldade, nesse ponto, está no fato de a portaria não ter indicado como esse processo – de redução do montante de dívida lançado no balanço do ente público – ocorrerá.

⁴⁷⁶. Do ponto de vista de técnica legislativa isso é pouco recomendável, eis que cria diversas incertezas no processo de aplicação da norma. Do ponto de vista da responsabilidade fiscal isso coloca em xeque a própria efetividade da norma.

⁴⁷⁷. V., acima, a nota de rodapé 1, que transcreve o art. 3^º dessa resolução.

⁴⁷⁸. No modelo europeu o registro do ativo no balanço do ente público implica o lançamento de “formação de capital fixo” e, portanto, a realização de despesa de capital. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte citação: “The classification as government assets has important consequences for government finances, both for the deficit (the initial expenditure is recorded as government fixed capital formation in the non-financial account, under category P.51), and for the debt (the financial account would record new government borrowing, that increases gross debt in the form of an ‘imputed loan’ in AF.4, which is part of the ‘Maastricht debt’ concept). Moreover, according to ESA95 rules, when the assets (in the form of construction or other structures) are considered government assets, the capital expenditure is recorded on an accrual basis at the outset, and not at the end of the construction/refurbishment period. The existence of phased payments received by the constructor or manufacturer may indicate the appropriate time of recording” (in *Long Term Contracts between Government Units and Non-Government Partners (Public-Private Partnerships), Methods and Nomenclatures*, European Commission, Eurostat, Theme 2, *Economy and Finance*, 30.8.2004).

Responsabilidade Fiscal é apresentado o seguinte conceito: “Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: I – dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses”.

A Lei 4.320/1964, a seu turno, define “dívida fundada” como: “Art. 98. A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a 12 (doze) meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos”.

Como se vê, não há na LRF nem na Lei 4.320/1964 qualquer indicação de que a dívida pública fundada não possa sofrer eventualmente o impacto da assunção de obrigações de despesas correntes. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de dívida de longo prazo, na medida em que tem por objeto compromissos de exigibilidade superior a 12 meses,⁴⁷⁹ em oposição à dívida fluante,⁴⁸⁰ considerada de curto prazo. Não há, porém, uma determinação de que a assunção de obrigações de despesas correntes esteja necessariamente fora da conta da dívida pública consolidada.

A par dessas conclusões, é preciso mencionar que também o fato de uma determinada despesa ser classificada como “de capital”, no âmbito de um dado projeto de PPP, não implica necessariamente atribuir a esse projeto o efeito de endividamento. Nesse cenário, é perfeitamente possível que as contraprestações públicas estejam previstas orçamentariamente como despesas de capital e, apesar disso, não tenham impacto na dívida consolidada do ente público.

É preciso, pois, em face do disposto na Portaria STN-614/2006 e em confronto com o previsto na LRF e na Lei 4.320/1964, separar as questões. Uma, a de saber se a despesa de um determinado contrato de PPP é gasto “corrente” ou “de capital”. Outra, sobre se um dado projeto de PPP deve, ou não, impactar o montante de dívida consolidada.

Apesar disso, cumpre reconhecer uma tendência em se afirmar que o endividamento é justificável apenas para fazer face a despesas de capital. Isso poderia levar à conclusão de que as questões acima apresentadas, em verdade, relacionam-se entre si, pois, se não é possível endividar-se para realizar despesas correntes, então, por decorrência, o fato de uma despesa ser classificada como corrente implicaria automaticamente isentá-la de qualquer impacto no endividamento do setor público.

Quanto a esse tema, é preciso realizar breves considerações.

Em tese, justifica-se endividamento para realizar despesas de capital, na medida em que esses gastos refletem, em regra, novos investimentos e, portanto, permitiriam desenvolver o país e, inclusive, gerar receitas para pagar a dívida. Por outro lado, os gastos correntes significariam mero custeio da máquina pública. Dessa perspectiva rasteira, quanto menos se gastar, melhor. Por isso, endividar-se para financiar gastos correntes costuma ser visto como atitude pouco responsável, do ponto de vista de gestão.

É preciso notar que esse entendimento desconsidera a possibilidade de que algumas despesas correntes possam ter um maior potencial transformador no desenvolvimento econômico do país que despesas de capital. Os gastos com educação, por exemplo, embora costumem ser classificados, em sua maior parte, como despesa corrente, podem, a depender do caso concreto, contribuir mais decisivamente para o desenvolvimento econômico do país que a construção de uma nova ferrovia ou hidrelétrica. Por isso, do ponto de vista de desenvolvimento do país, a afirmativa de que os gastos de capital são sempre mais eficientes que os gastos correntes pode não ser verdadeira – o que coloca em xeque essa proposição e leva, inclusive, a que se justifique endividamento eventualmente para uma despesa corrente.

Sob o aspecto econômico, portanto, dizer que endividamento apenas se justifica para fazer face às despesas de capital nos parece equivocado. Trata-se de uma regra geral, mas que comporta exceções, caso a caso.

Numa análise jurídica, há que se considerar a assim chamada “regra de ouro” das finanças públicas, cujas mais perfeitas manifestações estão no art. 167, III, da CF – que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta” – e no art. 32 da LRF.

Primeiramente, vale dizer que o dispositivo constitucional, a rigor, não veda a celebração de operação de crédito cujos recursos venham a ser utilizados para pagamento de despesas correntes. Diz apenas que as operações de crédito não podem exceder o montante das despesas de capital. Nem todas as despesas de capital são realizadas com receitas

⁴⁷⁹. Essa regra geral comporta exceções, como, por exemplo, o § 3º do próprio art. 29 da LRF, o qual afirma que “também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a 12 (doze) meses cujas receitas tenham constado do orçamento”.

⁴⁸⁰. Nos termos do art. 92 da Lei 4.320/1964, o conceito de “dívida fluante” assim se delinea: “Art. 92. A dívida fluante compreende: I – os restos a pagar, excluídos os serviços da dívida; II – os serviços da dívida a pagar; III – os depósitos; IV – os débitos de tesouraria”.

oriundas de operações de crédito – e, portanto, é possível que exista alguma margem para endividamento para cobrir despesas correntes, sem infringir a Magna Carta.

A par dessa conclusão, cumpre ressaltar que o fato de as operações de crédito constituírem, a nosso ver, a principal fonte de endividamento não implica dizer que não possam existir outras fontes de endividamento. Diante disso, pensamos ser perfeitamente possível que uma determinada obrigação impacte o nível de dívida consolidada de um determinado ente público sem que essa obrigação esteja no contexto de uma operação de crédito.

Considerando a realidade dos fatos, se as despesas correntes causarem déficit permanente nas contas públicas, é inevitável que essa diferença seja financiada de alguma forma, ou por emissão de moeda ou por aumento do endividamento. Além disso, a assunção de obrigações de despesas correntes, a depender do caso, pode envolver a alocação de riscos no setor público, gerando passivos contingentes, que podem constituir dívida futura.

Diante disso, os órgãos de controle podem, por vezes, adotar uma postura mais conservadora de considerar como parte da dívida consolidada obrigações que, a rigor, não constituem operações de crédito. Como há limites para a dívida consolidada, isso funciona como uma espécie de controle sobre a assunção pelo Poder Público desse tipo de obrigação.

Portanto, nesses casos, a classificação como dívida ocorre em decorrência do efeito de atrair sobre essas obrigações um controle rígido por meio dos limites de endividamento. Não há aí, propriamente, operação de financiamento do setor público.

Essa possibilidade de caracterizar uma operação como endividamento, embora não exista propriamente um financiamento assumido pelo Poder Público, é perfeitamente compatível com o conceito amplo de “dívida pública consolidada”, tal qual estabelecido pela LRF, nos termos acima descritos.

No item XXV.2 abordaremos em mais detalhe a questão de como obrigações assumidas pelo Poder Público podem eventualmente impactar o montante de dívida consolidada sem que isso signifique reconhecer a existência de qualquer operação de crédito.

Por isso, reafirmamos: diante da Portaria STN-614/2006, que em nada agride o disposto na LRF ou na Lei 4.320/1964, é preciso separar as questões de saber se a despesa de um determinado contrato de PPP é gasto “corrente” ou “de capital” e se um dado projeto de PPP deve ou não impactar o montante de dívida consolidada.

No próximo item enfrentaremos a questão de saber quando as contraprestações públicas devem ser classificadas como despesa “corrente” ou “de capital”. No item seguinte abordaremos a reflexão sobre os casos que devem significar aumento do endividamento público.

XXV.1 – O contrato de PPP implica realização de despesa corrente ou despesa de capital?

Inicialmente, é preciso ressaltar que não há, no presente, qualquer norma que oriente a classificação específica das despesas com PPPs em “correntes” ou “de capital”. A Portaria STN-614/2006 não tratou dessa questão. Por isso, como se verá ao longo deste tópico, podemos lançar apenas opiniões nossas sobre esse tema, não havendo dispositivos normativos específicos a serem comentados.

Como visto no item anterior, propugnamos pela tese de que a classificação como “despesa corrente” ou de “capital” é irrelevante para saber se a PPP em análise deve ou não impactar o montante de dívida consolidada; ou seja, se a PPP implica ou não endividamento do ente federativo a que se vincula o parceiro público contratante. Isso em decorrência, sobretudo, de um lado, da definição ampla de “dívida consolidada”, tanto na LRF quanto na Lei 4.320/1964, e, de outro, do art. 4º da Portaria STN-614/2006.

Apesar disso, a classificação em despesa “corrente” ou “de capital” não deve ser tratada como irrelevante. Há implicações a partir dessa classificação que, embora não relacionadas ao problema do endividamento do setor público, apresentam grande importância.

Primeiramente, vale notar que uma das funções da contabilidade pública é transmitir à sociedade, de forma transparente, uma espécie de fotografia da gestão de um dado governo. Ao compararmos “fotografias” em períodos distintos, é possível realizar avaliações, quantitativas e qualitativas, desse período de gestão.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que o governo diminua substancialmente os investimentos diretos por meio de contratos de obra pública e passe a desenvolver a maior parte da infra-estrutura pública por meio de contratos de PPP.⁴⁸¹ Nesse caso, um efeito interessante de se atribuir a todas as contraprestações públicas, oriundas de contratos

⁴⁸¹. Vale notar que mesmo no Reino Unido, onde há programa de PPP extremamente desenvolvido, as PPPs são responsáveis por menos que 15% do investimento público total.

de PPP, a natureza de despesas correntes seria levar o estudioso desatento da contabilidade nacional a afirmar que o governo tem “aumentado a despesa da máquina pública” em detrimento dos “investimentos”.⁴⁸² Isso porque muito freqüentemente assume-se, indevidamente, que o aumento de despesa corrente significa, sempre e em qualquer caso, maiores gastos com a burocracia, sobretudo gastos direta ou indiretamente relacionados aos custeio de pessoal.

As PPPs afiguram-se como exemplos evidentes no sentido contrário a esse pensamento. Parece-nos que uma PPP, quando há reversibilidade substancial de bens ao final da concessão para o patrimônio público, é também, indiretamente, uma forma de investimento público. Do ponto de vista da contabilidade nacional, essa proposição não deveria passar despercebida.

Os pagamentos públicos em contratos de PPP refletem, de um lado, investimento direto do parceiro privado num determinado ativo que, em regra, reverterá depois para a Administração e, de outro, a prestação de um serviço. Ou seja, ao mesmo tempo em que se paga pela prestação de um serviço (despesa corrente), também, em regra, adquire-se um bem (despesa de capital), por meio de sua reversão ao patrimônio público no final do contrato.

Apesar de na experiência internacional a tendência ser no sentido de unificar essas duas noções (no Reino Unido, por exemplo, por meio do conceito de *unitary charge*⁴⁸³), considerando as peculiaridades do nosso sistema, o ideal, entre nós, seria separar proporcionalmente, no montante da contraprestação pública, uma parcela como despesa de capital e outra como despesa corrente. A maior dificuldade, nesse ponto, é encontrar essa proporção.

Uma alternativa, certamente, poderia ser verificar a proporção de OPEX e CAPEX⁴⁸⁴ em relação ao total das despesas do projeto, quando da sua modelagem no âmbito do setor público.⁴⁸⁵ O Poder Público poderia utilizar a mesma proporção para definir o *quantum* na contraprestação pública é, de um lado, despesa corrente e, de outro, despesa de capital.

Dessa forma, a contabilidade pública poderia demonstrar, nos casos em que há reversão do ativo, mais adequadamente a realidade dos fatos. Evita-se que, ao final da concessão, surja repentinamente, no balanço patrimonial do Poder Público, um bem, sem qualquer despesa de capital correspondente,⁴⁸⁶ apesar de terem ocorrido pagamentos públicos regularmente. Na hipótese de não-reversão, por outro lado, necessariamente todas as despesas deveriam ser tidas por correntes, eis que não haverá qualquer acréscimo ao patrimônio público.⁴⁸⁷

Cumpramos reconhecer, todavia, que, do ponto de vista operacional, talvez sejam necessárias algumas mudanças no processo de elaboração orçamentária para levar a cabo o ora proposto. Isso porque, em regra, a previsão orçamentária para pagamento de um dado contrato é realizada por meio de uma única rubrica. Por isso, seria preciso realizar alguma

⁴⁸². Muitas vezes olha-se apenas para as relações entre despesa corrente/despesa total ou despesa de capital/despesa total. Se não houver o cuidado de analisar esses dados desagregados, no exemplo em tela, teríamos um aumento da primeira proporção e uma redução da segunda, ainda que isso possa significar melhora na qualidade e na quantidade da infra-estrutura disponível. Como, no conhecimento popular, as despesas correntes estão associadas à noção de gasto com pessoal e máquina pública em geral, e as despesas de capital com os investimentos, fica parecendo que o governo reduziu os investimentos para financiar o déficit supostamente causado pelo aumento de custo de funcionamento do dia-a-dia do Poder Público.

⁴⁸³. Há diferenças substanciais entre nosso sistema contábil-legal e o utilizado, por exemplo, na Inglaterra. Apesar disso, também lá o fato de o total pagamento ser vinculado ao serviço (o que, numa tradução simplista, implicaria dizer que o *unitary charge* é uma despesa corrente) não implica classificação do projeto como *off-balance sheet*.

⁴⁸⁴. Estamos a considerar CAPEX como *capital expenditure*, aí incluídos todos os gastos de capital para construção da infra-estrutura, bem como os gastos pesados de manutenção. No conceito de OPEX, *operational expenditure*, incluem-se os gastos correntes para custear a operação (energia elétrica, mão-de-obra, combustível etc.) e a manutenção leve.

⁴⁸⁵. Uma questão interessante, nesse contexto, seria decidir se as despesas deveriam ser comparadas em termos de valor presente ou a preços correntes. Em princípio, somos levados a pensar em comparar pelo valor presente, pois as despesas ocorrem em momentos cronológicos bastante distintos. Todavia, como o gasto com CAPEX ocorre especialmente no início da concessão, o critério do valor presente seria tendencioso, no sentido de ampliar artificialmente a proporção das despesas de capital em relação ao total das despesas. Por isso, talvez seja o caso de tratar todas as despesas a preços correntes, para efeito de encontrar a proporção entre CAPEX e OPEX.

⁴⁸⁶. Cumpramos reconhecer, no entanto, que isso pode acontecer regularmente com as concessões comuns. Como não houve qualquer pagamento público, na hipótese de reversão, também não terá ocorrido despesa de capital. Não constitui, pois, novidade o fato de um bem aparecer no balanço patrimonial de ente do setor público sem que tenha havida despesa de capital.

⁴⁸⁷. Essa questão ganha uma complexidade ainda maior se considerarmos a possibilidade de previsão contratual que coloque a reversibilidade como uma opção a ser exercida pelo parceiro público, de maneira que, ao final da concessão, se este desejar ficar com o bem, deverá pagar pelo seu valor residual. Nesse caso, pensamos que a melhor classificação seria considerar as contraprestações públicas como despesas correntes e, no caso de exercício da opção de compra do bem ao final, enquadrar essa despesa adicional, pelo valor residual, como despesa de capital.

acomodação para que um mesmo contrato tenha na sua previsão orçamentária uma parcela classificada como despesa de capital e outra como despesa corrente.

Pensamos ser conveniente que, no futuro, algum ato normativo venha a disciplinar o processo de elaboração orçamentária para os casos específicos de PPPs, a fim de eliminar dúvidas sobre como classificar orçamentariamente esse tipo de despesa. Por enquanto, o tema está pendente de um debate mais profundo.

XXV.1.1 – As despesas com contraprestações públicas derivadas de contratos de PPP podem ser classificadas como obrigatórias de caráter continuado?

Antes de responder à questão proposta neste tópico, vale delimitar sua importância. Do ponto de vista da LRF, isso significa aplicar o controle de fluxo bastante rígido estabelecido pelos §§ 1º e 2º do art. 17 desse diploma legal. Por esses dispositivos, é necessário realizar uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro, demonstrando a origem dos recursos para o custeio da despesa e que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas Fiscais da LDO, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Como, no entanto, a Lei de PPP, por força de seu art. 10, I, “b”, exigiu esse tipo de comprovação para quaisquer despesas decorrentes de PPPs, sejam elas classificadas como obrigatórias de caráter continuado ou não, essa característica deixa de ser relevante para esse efeito.

Apesar disso, vale notar que, como despesas obrigatórias, não poderiam se sujeitar, em tese, ao decreto de contingenciamento, em face do art. 9º, § 2º, da LRF. Dizemos “em tese” porque, em verdade, já houve casos em que mesmo despesas consideradas obrigatórias foram objeto do decreto de contingenciamento.⁴⁸⁸

Delimitados a importância e o efeito de serem consideradas despesas obrigatórias de caráter continuado, passemos a verificar em que consiste esse tipo de despesa. Nos termos do art. 17 LRF, o conceito é assim apresentado: “Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a 2 (dois) exercícios”.

A definição jurídica de despesa obrigatória de caráter continuado feita na LRF é insuficiente para sua adequada distinção das demais despesas. O problema da definição está na expressão “derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal”.

A rigor, toda despesa é derivada, direta ou indiretamente, de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo. Daí por que, por exemplo, um contrato de obra cuja execução se protraia por mais de dois exercícios poderia, a rigor, pela definição do art. 17 da LRF, ser considerado um contrato criador de despesa obrigatória de caráter continuado, eis que a despesa que cria deriva, indiretamente, de lei ou de sua aplicação (Lei 8.666/1993 e legislação correlata, bem como a LOA). Contudo, as despesas que decorrem de contratos desse tipo não costumam ser consideradas obrigatórias de caráter continuado – o que parece apontar para um critério mais estrito, pelo qual “despesas obrigatórias de caráter continuado” seriam apenas aquelas criadas diretamente por lei, medida provisória ou ato administrativo normativo.

Ao analisar as LDOs – Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos, percebe-se, todavia, terem sido consideradas como despesas obrigatórias de caráter continuado diversas despesas as quais requerem atos, contratos etc. para sua efetiva realização. Isso afasta a hipótese da aplicação do mencionado critério estrito na definição do que sejam “despesas obrigatórias de caráter continuado”.

Fica a impressão de que, dada a vagueza da LRF, ao fim e ao cabo, entre as despesas que se realizam por mais de dois exercícios, o critério final para distinção do que é e do que não é “despesa obrigatória de caráter continuado” é sua classificação na LDO como tal. Portanto, na prática, são tratadas como despesas obrigatórias de caráter continuado aquelas que são definidas dessa forma na LDO.

Vale notar, por derradeiro, que, se for classificada como despesa obrigatória de caráter continuado,

⁴⁸⁸. Como exemplo podemos citar o Decreto 5.379/2005, que determinou, em seu art. 1º, § 2º, a sujeição de certas despesas constitucionais e legais da União, identificadas no Anexo VIII desse decreto, aos limites de movimentação e empenho fixados. Esse dispositivo gerou a seguinte determinação do TCU, no âmbito do acórdão 1.574/2005-Plenário-TCU, de 5.10.2005: “9.2 Determinar aos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão que, em prol da transparência na gestão das finanças públicas e com base no art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000, não incluam despesas obrigatórias nos limites de movimentação e empenho, nas próximas minutas de decreto que versarem sobre a matéria: (...)”.

necessariamente se terá que classificar essa despesa como corrente, por força da própria definição do art. 17 da LRF.

XXV.2 – Em quais casos a celebração de contrato de PPP deve ser tratada como aumento do endividamento público?

Quaisquer despesas, sejam elas correntes ou de capital, devem atender o disposto nos arts. 15 e 16 da LRF. Por isso, para todo e qualquer aumento de despesa será preciso elaborar (i) estimativa do impacto orçamentário-financeiro e (ii) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a LOA⁴⁸⁹ e compatibilidade com o PPA e com a LDO.⁴⁹⁰

Para que seja compatível com a LDO, faz-se necessário que a despesa não afete as metas anuais estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais a que se refere o art. 4º, § 1º, da LRF. Isso não é exatamente o mesmo controle estabelecido para as despesas obrigatórias de caráter continuado. Enquanto para as despesas não-obrigatórias basta que elas não afetem as metas do Anexo de Metas Fiscais, no caso das obrigatórias é preciso demonstrar também que os efeitos financeiros da nova despesa, nos períodos seguintes, são compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Contudo, como já aludido, no caso das PPPs, por força do art. 10, I, “b”, da Lei 11.079/2004, independentemente de serem ou não despesas obrigatórias de caráter continuado, aplica-se esse controle mais rígido.

Ao se debruçar sobre a LRF, apresentam-se dois sistemas distintos de controle. Um trata de controlar a criação de despesas e a assunção de obrigações, regulamentado especialmente pelos arts. 16 a 24 (controle de fluxo). Trata-se do controle acima mencionado. O outro tem por objeto limitar diretamente o endividamento público, regrado sobretudo pelos arts. 29 a 38 (controle de estoque). Apesar disso, nada há na LRF que implique a exclusão entre esses sistemas de controle. Isto é, não procede o argumento de que, se aplicado um sistema, automaticamente está excluído o outro.

Como já afirmado, para as PPPs, quaisquer despesas passam pelo controle de fluxo – o que implica demonstrar que a criação da despesa com a celebração de uma determinada PPP pode ser compensada pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de outra despesa. Além disso, eventualmente, se impactar o nível de endividamento do ente público a que se vincular o órgão ou pessoa contratante, haverá a incidência do segundo tipo de controle.

Em suma, o controle de fluxo é sempre aplicável; o de estoque o será eventualmente, a depender da definição de se uma dada PPP impacta, ou não, a dívida consolidada. Aliás, esse pensamento acabou por influenciar a própria elaboração do projeto de lei que deu origem à Lei de PPP, na medida em que se pretendeu utilizar tanto os controles de fluxo quando os de estoque para as PPPs.

Ao se olhar para o art. 10 da Lei de PPP, nota-se que, nos dispositivos contidos no inciso I, “b”, no inciso II e no inciso IV, a preocupação está voltada para o controle de fluxo. Cuida-se, em suma, de verificar se os novos fluxos de despesas, devidas em face das PPPs, podem ser contrabalanceados por fluxos equivalentes de novas receitas ou de redução de outras despesas.

Ao lado disso, ao voltar-se o foco da análise para o inciso I, “c”, do referido art. 10 da Lei de PPP, percebe-se claramente a referência ao controle de estoque. Os arts. 29, 30 e 32 da LRF, aos quais o dispositivo da Lei de PPP ora mencionado faz referência, tratam justamente das definições básicas da dívida e do endividamento, dos limites da dívida pública e das operações de crédito e da contratação de operações de crédito.

É preciso dizer que o ora citado dispositivo da Lei de PPP fala em “quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei” – o que justamente indica o fato de o controle de estoque ser aplicável *quando for o caso*. O *caso* ocorre quando for indicado, nos termos da regulamentação editada pela STN, algum impacto da PPP no montante de dívida pública consolidada. Já o controle de fluxo é sempre aplicável.

Cabe perguntar por que, se já há um controle rígido de fluxo, seria necessário controlar também o estoque da dívida. Poder-se-ia alegar que, uma vez demonstrado ser possível contrabalancear a despesa criada por um acréscimo de receita ou pela redução de outra despesa, não deve haver, em princípio, impacto no endividamento líquido, e, por isso, não faria sentido olhar-se para os limites de endividamento.

Todavia, nem sempre essa presunção – de que o controle de fluxo indiretamente impede que a criação da despesa

⁴⁸⁹. Nos termos do art. 16, § 1º, I, da LRF, considera-se “adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício”.

⁴⁹⁰. Nos termos do art. 16, § 1º, II, da LRF, considera-se “compatível com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições”.

tenha impacto no endividamento – é verdadeira.

Primeiro porque a análise de fluxo depende de estimativas que podem não se confirmar na realidade. Um fluxo negativo líquido contínuo leva, salvo na hipótese de emissão de moeda para conter esse déficit, ao aumento do estoque da dívida. É justamente por isso que, do ponto de vista de responsabilidade fiscal, cabe olhar tanto para o fluxo quanto para o estoque. Se cuidássemos apenas do estoque, por meio de limites de endividamento, poderíamos nunca solucionar definitivamente a questão, na medida em que fluxos líquidos negativos permanentes acarretam aumento da dívida líquida.⁴⁹¹⁻⁴⁹²

Segundo porque a veracidade da presunção depende em muito da forma como for estimada a despesa. Em muitas operações há uma despesa especificada, que pode, no entanto, sofrer variações. Num contrato de PPP, por exemplo, quando se estabelece a contraprestação num valor “x”, pode acontecer que, em razão de determinada garantia de demanda oferecida ao parceiro privado, essa contraprestação seja efetivamente superior, na medida em que a demanda esperada não se concretize.

Nesse caso, se a despesa for estimada sem levar em conta a possibilidade de aumento em face da garantia prestada pelo Poder Público, o teste do controle de fluxo poderá ser superado com mais facilidade, deixando um risco de aumento de despesa sem a contrapartida na ponta da receita. Ao lado disso, esse risco ficaria encoberto no âmbito das contas públicas. Para solucionar essa dificuldade, há duas possibilidades: a primeira implicaria estimar a despesa no pior cenário, considerando-a como a despesa máxima possível.⁴⁹³ A segunda trata de provisionar o risco, (i) alocando-o no passivo do ente público, como parte da dívida consolidada, e, por conseguinte, (ii) aumentando o endividamento líquido desse ente.

Vale dizer que, mesmo considerando a despesa no pior cenário, é possível que a previsão de receitas não se realize, de maneira que o controle de fluxo é sempre algo incerto. Por outro lado, a provisão para um dado risco com sua alocação no passivo, como parte da dívida consolidada, é bastante penosa para o ente público, na medida em que limita sua capacidade de endividamento, com base na mera expectativa de que esse risco possa se concretizar.

De qualquer forma, é preciso reconhecer que em alguns casos será conveniente, do ponto de vista da responsabilidade fiscal, classificar a assunção de algumas obrigações como aumento da dívida consolidada, com vista a atrair o controle de estoque. Esse controle é bastante rígido, aplicado conforme os limites de proporção da dívida consolidada líquida sobre a receita corrente líquida, estabelecidos pelo Senado Federal nos termos de sua Resolução 40/2001.

A classificação da assunção de obrigações em contratos de PPP como endividamento, pois, justifica-se quando for necessário fazer incidir sobre esses casos o controle estrito de estoque, que não comporta as mesmas “flexibilidades” das estimativas de despesa e receita, características do controle de fluxo.

Trata-se, portanto, de um controle duplo. Além do controle de fluxo, realiza-se o controle de estoque. Isso apenas se justifica, diante das amarras trazidas à Administração, para os casos que efetivamente envolverem risco fiscal relevante ao setor público. Esse risco, por sua vez, depende, em si, da própria modelagem da PPP e da distribuição de riscos que lhe for inerente. Por isso, o que deve efetivamente orientar a classificação de uma PPP como endividamento ou não é a distribuição de riscos nela prevista.

Como demonstrado no item XXV, o eventual impacto da celebração de PPP no endividamento público nada tem a ver com o fato de a despesa ter sido classificada orçamentariamente como corrente ou de capital, até porque isso não tem qualquer ligação com a distribuição de riscos estabelecida no contrato.

⁴⁹¹. A questão da gestão da dívida pública é bastante mais complexa. Pode-se perfeitamente estar a aumentar a dívida líquida sem que isso signifique qualquer redução na higidez financeira do ente. Se o crescimento do PIB ocorrer numa taxa maior que a da dívida pública, então, teremos uma redução progressiva da relação dívida/PIB, o que importa muito mais do ponto de vista da saúde financeira que o montante da dívida em si.

⁴⁹². O controle de fluxo faz-se uma única vez, por ocasião da criação ou majoração da despesa. Já o controle de estoque mantém-se permanentemente, o que permite cuidar dos casos em que as estimativas de fluxos tenham sido equivocadas (e também de outras fontes de endividamento que não têm origem no déficit governamental, como, por exemplo, a assunção de passivos, os tão-famosos “esqueletos”, ou o acúmulo de precatórios).

⁴⁹³. Conforme o caso, esse valor não precisa ser necessariamente o máximo possível, desde que existam métodos estatísticos capazes de estimar satisfatoriamente a probabilidade de ocorrência do evento incerto. Nesse caso, costuma-se multiplicar o “valor da perda” – assim considerado o acréscimo na despesa causado em face da concretização do risco – pela probabilidade de ocorrência. O resultado dessa multiplicação constitui o valor a ser provisionado, se o controle é de estoque, ou a ser acrescido ao montante estimado de despesa para efeito do controle de fluxo (assim, será preciso uma receita ou uma redução de despesa maior para contrabalancear a criação da nova despesa).

Os arts. 2^a⁴⁹⁴ e 4^a⁴⁹⁵ da Portaria STN-614/2006 vão justamente ao encontro da tese ora defendida. Quando o art. 2^a se refere à “essência econômica” da PPP, está a buscar a distribuição de riscos inerente à PPP.⁴⁹⁶

Nossa única restrição, nesse ponto, refere-se à forma como se dá, na contabilidade nacional, o lançamento da dívida. Parece-nos que a opção da Portaria STN-614/2006 de contabilizar o ativo no balanço patrimonial do setor público, com o correspondente apontamento de dívida, não se coaduna com a prática usual. Como o mesmo efeito pretendido pela portaria poderia ter sido atingido independentemente da contabilidade patrimonial, pensamos que não era necessário falar em registro dos ativos no balanço do ente público.

Isso porque a contabilidade patrimonial do setor público brasileiro não costuma indicar os bens de uso comum do povo, mas apenas os de uso especial ou dominicais. Assim, por exemplo, as rodovias não estão indicadas no balanço patrimonial do setor público brasileiro. No caso das PPPs, se houver assunção de parcela relevante de quaisquer dos riscos indicados no art. 4^a da portaria, então, o bem (rodovia, no nosso exemplo) deverá ser apontado no balanço patrimonial. Isso cria uma certa assimetria em relação ao modo tradicional como se contabilizam os bens do patrimônio público. Bastaria, a nosso ver, que a portaria indicasse a assunção de dívida, que seria contabilizada como parte da dívida consolidada. Tal poderia ocorrer independentemente de o bem ser registrado no patrimônio do setor público.⁴⁹⁷

Apesar dessa consideração, cabe ressaltar que a opção realizada pela Portaria STN-614/2006 não prejudica sua aplicação ou efetividade e, ademais, está mais próxima ao padrão internacional, que adota uma contabilidade patrimonial rígida. Talvez esse seja um início de mudança na forma como se costuma contabilizar os bens do patrimônio público.

Adentrando mais especificamente os detalhes da Portaria STN-614/2006, temos que, nos termos de seu art. 4^a, a celebração de PPP deverá afetar o endividamento de ente público se houver assunção de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção relacionados ao projeto.

Esse critério é bastante similar ao difundido na Europa, por força de decisão da Eurostat, Agência responsável pelas estatísticas europeias.⁴⁹⁸ Todavia, no caso europeu é preciso atender a duas condições para que não haja impacto no endividamento: (i) o parceiro privado suportar o risco de construção e, (ii) o parceiro privado suportar pelo menos o risco de disponibilidade ou o risco de demanda.

Como se vê, no Brasil adotou-se critério mais rigoroso. No modelo europeu, se tiver sido transferido ao parceiro privado, por exemplo, o risco de construção e o risco de disponibilidade, e o risco de demanda tiver ficado com o Poder Público, isso já é o suficiente para evitar impacto no endividamento. Esse exemplo no Brasil, todavia, diante da Portaria STN-614/2006, teria produzido endividamento no balanço do setor público.

Em muitas PPPs o risco de demanda não é carregado ao parceiro privado, sobretudo quando este não puder influenciar, por atitudes suas, a demanda. Esse é o caso, por exemplo, da maior parte dos projetos para construção, operação e manutenção de prédios públicos, em especial penitenciárias, escolas, hospitais, prédios governamentais etc.

É bem verdade que em alguns casos se pode repassar o risco de demanda. Por exemplo, seria possível que as escolas desenvolvidas sob o regime de PPPs pudessem competir por alunos com a rede pública de ensino, ou que em

⁴⁹⁴. “Art. 2^a. O critério para registro das parcerias nas demonstrações contábeis dos entes públicos deverá refletir a essência de sua relação econômica com as sociedades de propósito específico – SPE constituídas para operacionalizar a PPP nos termos do art. 9^a da Lei n. 11.079/2004.”

⁴⁹⁵. “Art. 4^a. A assunção pelo parceiro público de parte relevante de pelo menos um entre os riscos de demanda, disponibilidade ou construção será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos.”

⁴⁹⁶. Nesse sentido, vale notar a experiência europeia, que também volta-se para uma análise da distribuição de riscos do contrato a fim de verificar se deve, ou não, haver impacto no endividamento público (cf. *Long Term Contracts between Government Units and Non-Government Partners (Public-Private Partnerships), Methods and Nomenclatures*, European Commission, Eurostat, Theme 2, *Economy and Finance*, 30.8.2004).

⁴⁹⁷. Imagine-se uma operação de crédito, do tipo *mútuo*, realizada para levantar fundos a serem aplicados na construção de uma rodovia por meio de contrato de obra pública. Isso impactaria a dívida consolidada, mas não implicaria qualquer registro do ativo no balanço patrimonial no ente público para que pudesse produzir tal efeito. Da mesma forma, pensamos que nas PPPs o impacto na dívida consolidada poderia ocorrer independentemente do registro dos ativos no balanço patrimonial do ente público. O tratamento de registro dos ativos no balanço do ente público faz sentido em países nos quais todo e qualquer bem público está registrado no balanço, de maneira que o balanço patrimonial esteja perfeitamente relacionado a – por assim dizer – “demonstração de resultados do país”. No caso brasileiro, temos uma contabilidade patrimonial que não se liga perfeitamente à contabilidade para efeito de apuração de resultado nominal e primário, nem à contabilidade de dívida. Elas são, de certa forma, independentes.

⁴⁹⁸. Trata-se da decisão da Eurostat de 11.2.2004, publicada como *News Release* 18/2004.

dado projeto de hospital houvesse pagamento pelo número de leitos utilizados e consultas realizadas. Como a demanda por esses serviços é bastante elevada, e há possibilidade de escolha pelo cliente, é possível que o parceiro privado possa de alguma forma trabalhar para atrair mais clientes para seu negócio, sobretudo mediante a prestação de serviços num padrão de qualidade diferenciado.⁴⁹⁹

Todavia, em outros projetos isso pode ser bastante complexo, e até mesmo impossível. Num projeto de penitenciária, por exemplo, é mais complicado deixar ao condenado a opção de onde gostaria de cumprir a pena. Em regra, o Estado determina o estabelecimento prisional onde ela deverá ser cumprida. Nesse modelo o parceiro privado não tem qualquer controle sobre a demanda, de maneira que, pela Portaria STN-614/2006, os projetos desse tipo necessariamente impactariam o endividamento público.

No modelo europeu, todavia, tais casos poderiam eventualmente não trazer qualquer efeito ao montante de endividamento público, na medida em que se pudesse assegurar que o risco de disponibilidade estivesse mantido como o parceiro privado. Isso porque os europeus entendem que o risco de disponibilidade é suficiente para manter no setor privado o risco efetivo do negócio. Não foi essa, contudo, a opção da portaria.

Cumpra realçar, ainda, que a opção por esses três riscos se trata de uma simplificação, a fim de operacionalizar a análise, feita inicialmente pela Eurostat (órgão da União Européia responsável, entre outros, pela normatização e uniformização das regras contábeis e estatísticas) e pelo Tesouro Britânico. Por óbvio, outros riscos também poderiam ser considerados. Porém, isso poderia tornar a análise demasiado complexa e até mesmo subjetiva. Pensamos, pois, que, neste ponto, andou bem a portaria ao simplificar o modelo, adotando três riscos que efetivamente parecem ser os mais relevantes.

A par disso, vale destacar a iniciativa da portaria de tentar enfrentar uma das mais importantes críticas ao sistema pensado na Eurostat. Trata-se do problema de saber em que medida um determinado risco teria sido efetivamente transferido ao parceiro privado. Isso porque nas PPPs, não raramente, os riscos são compartilhados entre as partes. Como saber, nesses casos, se o risco foi, ou não, efetivamente transferido? Imagine-se, por exemplo, que tenha sido concedida ao parceiro privado uma garantia de demanda que implique o pagamento pelo parceiro público de compensação caso a demanda caia a um nível 30% abaixo do estimado no projeto. Esse caso teria implicado a transferência do risco de demanda ao parceiro privado, ou não?

A Portaria STN-614/2006 tratou desse problema por meio de estabelecimento de percentuais mínimos de transferência de risco. Os incisos I a III do art. 4^o procuram definir os casos em que o parceiro público teria assumido risco relevante. Vale notar, quanto a esse aspecto, que as “Notas Explicativas” anexadas à Portaria são muito úteis para compreender a aplicação desse critério.

Apesar de louvável a iniciativa, é forçoso reconhecer que sua operacionalização não será trivial. Se não, vejamos.

O art. 4^o, II, da portaria estabelece que o parceiro público assume parte relevante “do risco de construção quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% (quarenta por cento) em relação ao custo originalmente contratado ou 40% (quarenta por cento) em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem. Define-se o risco construção como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem”.

A primeira questão emergente sobre a aplicação do dispositivo deriva da dúvida em saber qual seja o valor originalmente contratado. Trata-se do valor estimado pelo Poder Público ao longo da modelagem, de valor indicado na proposta de licitação da PPP ou do valor firmado entre a SPE e a construtora, na hipótese de a SPE não ser, ela mesma, a construtora? Trata-se de valor presente ou a preços correntes?

⁴⁹⁹. Como já afirmamos antes, tem se tornado cada vez mais comum a utilização de parceiras de longo prazo entre o setor público e entes privados para o provimento de serviços sociais, sobretudo nas áreas de educação e saúde. Os seguintes artigos avaliam o sucesso de experiências de parceria nesses setores: Benjamin Loevinsohn e April Harding, “Contracting for the delivery of community health services: a review of global experience”, *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*, setembro/2004; e os diversos *Discussion Papers* sobre PPPs no setor de educação, disponíveis no website do PEPG – *The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>), da KSG – *Kennedy School of Government*, da *Harvard University*, preparados para o evento “Mobilizing the Private Sector for Public Education”, organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005 (entre outros: Norman LaRocque, “Contracting for the delivery of education services: a typology and international examples, New Zealand Business Roundtable”, *PEPG* 05-07, outubro/2005; Harry Anthony Patrinos, “Education contracting: scope of future research”, *PEPG* 05-23, outubro/2005; Ludger Wößmann, “Public-private partnerships in schooling: cross-country evidence on their effectiveness in providing cognitive skills”, *PEPG* 05-09, setembro/2005; José-Ginés Mora, “Public-private partnerships in Latin America: a review based on four case studies”, *PEPG* 05-08, Draft Version: 25-september-2005; Stephen Machin e Joan Wilson, “Public and private schooling initiatives in England”, *PEPG* 05-16, outubro/2005).

Outra questão refere-se aos custos para manutenção do bem. Há custos de manutenção pesada, em geral incorridos de tempos em tempos (que, em regra, são considerados no CAPEX), e custos de manutenção leve, incorridos mais freqüentemente, que integram o OPEX. Ambos estão incluídos no conceito de “custo originalmente contratado”? Os Benefícios e Despesas Indiretas – BDI⁵⁰⁰ fazem parte do custo originalmente contratado?

Além disso, a portaria define “risco de construção” como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem. Aí surge outra dúvida: como identificar quais os principais custos de constituição ou manutenção do bem? São aqueles que respondem por ao menos 60%, 70% etc. do total estimado de custos? Qual o critério?

E na hipótese de utilização de índices setoriais de preços, o quanto é preciso que esses índices reflitam os custos de construção e manutenção do bem para que se considere o risco de construção assumido pelo parceiro público? Como proceder quando o índice se aplica apenas à fase de construção? Devem ser excluídos os custos de manutenção?

No caso do risco de disponibilidade, o art. 4º, III, da portaria afirma que o parceiro público assume parcela relevante “quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% (quarenta por cento) da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Define-se o risco de não-disponibilização do bem como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado”.

Ora, se o parceiro público definisse um padrão de desempenho bastante baixo, com previsão de bônus bastante atraente com vistas a incentivar o parceiro privado a prestar um serviço num padrão de qualidade melhor, isso poderia fazer com que, na prática, a contraprestação efetiva fosse sempre maior que a contratada, em virtude dos bônus. Nesse caso, embora pudesse haver a punição pela queda abaixo do nível mínimo em mais de 40% da contraprestação, na prática, o nível mínimo é tão baixo que o risco de disponibilidade realmente não existe para o parceiro privado.

A par dessas dificuldades na definição sobre se o parceiro público efetivamente assumiu, ou não, parcela relevante de um dos riscos, entre os de demanda, construção e disponibilidade, vale tratar da questão do provisionamento de riscos.

O art. 7º da Portaria⁵⁰¹ determina que “os entes públicos deverão provisionar e constar em seus balanços, na forma deste artigo, os valores dos riscos assumidos em decorrência de garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício”. Além das dificuldades naturais de se chegar ao valor do risco a ser provisionado, a portaria não esclarece se isso deverá ocorrer também nos casos em que não tenha sido assumida pelo parceiro público parcela relevante de ao

⁵⁰⁰. BDI – Benefícios e Despesas Indiretas é expressão bastante usada no setor de construção para se referir à diferença entre os custos dos materiais de uma obra e o preço da obra. Essa expressão geralmente abrange o custo da equipe administrativa da sede da empresa; equipe de campo; despesas na sede da empresa e no canteiro de obras com: aluguéis, impostos, taxas, licenças, tarifas de energia elétrica e de água, telecomunicações, materiais de consumo e limpeza, veículos para transporte de pessoal na obra, provisão e suprimento de água e energia elétrica no canteiro, transporte local, manuseio, guarda e administração na obra, ferramentas, equipamentos de transporte para execução dos serviços, tais como andaimes, equipamentos de proteção individual e de segurança, higiene, sinalização contra acidentes de trabalho e de trânsito, alojamento e alimentação de pessoal e outras despesas não discriminadas e não remuneradas à parte ou não remuneradas como insumo na composição de preço unitário; acompanhamento topográfico da obra, exceto se previsto na composição de preços unitários; e lucro, seguros e riscos.

⁵⁰¹. “Art. 7º. Os entes públicos deverão provisionar e constar em seus balanços, na forma deste artigo, os valores dos riscos assumidos em decorrência de garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício.

“§ 1º. O registro contábil de provisão será efetuado com base em metodologia de cálculo que reflita o valor presente de todas as obrigações estimadas, conforme descrito abaixo: I – o ente público deverá atribuir uma probabilidade de ocorrência e um valor de perda para cada evento em que houver previsão contratual de garantia ou benefício ao parceiro privado, sendo que o valor a ser provisionado será o produto da probabilidade de ocorrência pelo valor atribuído ao evento caso ele ocorra; II – o modelo estatístico adotado para estimar a probabilidade de ocorrência de cada evento deverá ter um grau de confiança mínimo de 85% (oitenta e cinco por cento); III – se a probabilidade de ocorrência de cada evento não atingir o grau de confiança mencionado no item II, o valor da perda deve ser provisionado com probabilidade de ocorrência de 95% (noventa e cinco por cento); IV – na ausência ou impossibilidade de realização de estudos estatísticos sobre os eventos que prevejam garantias ou benefícios ao parceiro privado, o valor da perda deve ser provisionado pelo valor mais oneroso ou na sua inexistência pelo valor presente do contrato de PPP; V – os entes públicos poderão utilizar-se das informações apresentadas pela SPE em suas demonstrações contábeis, desde que as mesmas tenham sido objeto de auditoria independente e incluam item específico em suas Notas Explicativas, relacionando todas as possibilidades de ingressos de recursos financeiros por parte do parceiro público, inclusive aquelas provenientes de riscos ou garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício.

“§ 2º. Não mais existindo incertezas quanto a valor e vencimento, as provisões serão revertidas em outras obrigações, integrantes do passivo patrimonial.

“§ 3º. No montante do valor a ser provisionado na forma prevista neste artigo decorrente das garantias concedidas ao parceiro privado em concessões patrocinadas associadas a riscos de demanda, poderá ser deduzido valor igual ao ativo da SPE que tiver sido registrado no balanço do ente público nos termos do art. 4º desta Portaria.

“§ 4º. Na hipótese de ser utilizada a dedução prevista § 3º deste artigo, o valor final da provisão apurada não poderá ser negativo.

“§ 5º. A dedução permitida pelo § 3º deste artigo não implica alteração nos registros do balanço do ente público decorrentes da aplicação do art. 4º desta Portaria.”

menos um dos riscos de demanda, disponibilidade e construção. Diante dos Exemplos 2⁵⁰² e 10⁵⁰³ da “Nota Explicativa”, somos levados ao entendimento de que em alguns casos de PPP patrocinada, mesmo não havendo registro do ativo da SPE nas contas públicas (porque não houve assunção de parcela relevante de quaisquer dos riscos mencionados no art. 4^º), deverá haver o provisionamento do risco. Nesses casos, no entanto, o registro não teria ocorrido por força do art. 4^º, § 2^º, da portaria. Fica a dúvida sobre os casos em que efetivamente não tiver o parceiro público assumido parcela relevante de quaisquer dos riscos mencionados no indigitado art. 4^º.

Um ponto mais importante, ainda, a nosso ver, é saber se os riscos provisionados devem ser contados no montante da dívida consolidada. Isso porque uma situação é provisionar o risco, apontando-o no balanço. Outra, bastante distinta, é considerar essa provisão como parte da dívida consolidada – o que implica impactar o limite de endividamento do ente. A certeza sobre se essa provisão deve ser contada como parcela da dívida consolidada pode ser fundamental para que alguns entes saibam se podem, ou não, contratar PPP, diante do seu limite de endividamento.

Aspecto adicional a levantar indagações está relacionado à contabilização de passivos contingentes. Se já há a provisão de riscos, conforme determinado no art. 7^º, fica a dúvida de saber em que casos ocorrerá o lançamento como passivo contingente. Isso porque, salvo melhor juízo, não faz sentido provisionar o risco e, ao mesmo tempo, realizar lançamento de passivo contingente.

Sobre a relação entre passivos contingentes e provisão de riscos, a “Nota Explicativa” que acompanha a Portaria assim se manifesta:

“A natureza dos riscos contratuais tem sido objeto de reflexão, gerando a edição de normativos específicos, que visem a aprimorar seu tratamento contábil. Tradicionalmente, os riscos eram considerados contingências, sendo registrados em notas explicativas e contas de compensação. Paulatinamente, caminha-se para o provisionamento dos riscos com maior probabilidade de ocorrência, tornando mais nítidos os contornos da distinção entre provisão e contingência.

“A criação e reconhecimento de passivos contingentes possuem duas fontes:

“i) obrigação decorrente de evento passado e cuja existência será confirmada pela ocorrência ou não de eventos futuros incertos não totalmente sobre o controle da entidade;

“ii) obrigação presente decorrente de evento passado não reconhecido em função de:

“a) não ser provável que seja exigido desembolso de recurso para liquidar a obrigação;

“b) o valor da obrigação não puder ser mensurado.

“A provisão, por sua vez, é uma obrigação que carrega incerteza em relação ao momento da exigibilidade e ao valor. Embora determinada obrigação possa depender da materialização de eventos futuros para se configurar de forma plena, esta relação de dependência não é condição suficiente para descaracterizar o registro de uma provisão, sendo inclusive fornecidos exemplos na própria norma contábil internacional de provisões que dependem da materialização de evento futuro, que possa ser estimado com algum grau de certeza. Nesta perspectiva, o ‘critério de reconhecimento’ ganha relevância para diferenciar os dois tipos de registro. A Deliberação CVM n. 489/2005, por exemplo, utiliza como critério para reconhecer a provisão o conceito de ‘provável’, onde a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é maior que a de não ocorrer.”

Diante da portaria e deste trecho da “Nota Explicativa”, não fica claro quando efetivamente os riscos deverão ser provisionados ou registrados como passivo contingente. Pelo art. 7^º, em tese, todo e qualquer risco deve ser

⁵⁰². “Exemplo 2 – Contrato de PPP patrocinada prevê, além da receita decorrente da cobrança de pedágio, garantia para demanda inferior a 90% do esperado, mediante pagamento de compensação ao parceiro privado por metade da receita frustrada.

“Mesmo o parceiro público tendo assumido mais de 40% do risco de demanda, não haverá o registro do ativo da SPE nas contas públicas (art. 4^º, § 2^º).

“O provisionamento do risco, por sua vez, será realizado de acordo com seu valor de perda esperado, caso exista modelo de previsão adequado (85% de grau de confiança) (art. 7^º).

“Neste caso, o tratamento contábil adotado permite registrar uma PPP na qual a obrigação financeira do setor público se limite à assunção de risco de demanda de forma análoga a uma concessão tradicional, sem aporte direto de recursos públicos, em que fosse emitida uma garantia bancária para a cobertura de frustrações na demanda por uma instituição financeira, que a deveria provisionar em seu balanço pelo valor da perda esperada.”

⁵⁰³. “Exemplo 10 – Contrato prevê garantia de demanda em concessão patrocinada (sem contraprestação fixa) nos cinco primeiros anos de prestação do serviço, mediante o pagamento ao parceiro privado de 90% da frustração da demanda esperada (uniformemente distribuída ao longo do período contratual de 10 anos).

“Embora exista garantia superior a 40% (quarenta por cento) da receita esperada (5/10 x 90%), o que justificaria o registro do ativo da SPE na conta pública (art. 4^º, inciso I), o mesmo não é executado em decorrência do § 2^º do art. 4^º, que determina a inobservância deste registro em concessões patrocinadas sem a presença de contraprestação fixa independente do nível de utilização do serviço objeto da parceria.

“Provisiona-se somente o valor esperado do risco de demanda (art. 7^º).

“Após o 5^º ano, cessando o risco de demanda, a provisão deixa de ser registrada nas contas públicas.”

provisionado de acordo com a sua probabilidade de ocorrência e valor de perda. Fica a questão de saber, então, quando estaríamos frente a hipóteses de registro de passivo contingente.

Por derradeiro, cabe discutir o art. 11 da portaria, *in verbis*: “Art. 11. As garantias de pagamento concedidas por fundos ou empresas garantidoras, conforme disposto nos incisos II e V do art. 8^a da Lei n. 11.079, de 2004, poderão ser registradas como conta redutora das obrigações pecuniárias contraídas pelo parceiro público em contratos de PPP, até o limite do patrimônio líquido da empresa ou fundo garantidor e desde que os ativos estejam segregados contabilmente e avaliados pelo valor de mercado”.

Ora, as obrigações pecuniárias contraídas pelo parceiro público, por excelência, são as contraprestações públicas. Aliás, é principalmente para garantia dessas obrigações que o FGP, do Governo Federal, foi criado. Vale notar, no entanto, conforme se pode inferir do Exemplo 1⁵⁰⁴ contido na “Nota Explicativa” anexa à portaria, que “o valor da contraprestação fixa não é objeto de provisão, pois não se enquadra no conceito de obrigação de pagamento decorrente de garantia-frustração de receita, embora componha o risco de demanda para fins de determinação do registro do ativo da SPE”.

Podemos inferir disso, portanto, que, a rigor, o efeito pretendido pelo art. 11 apenas ocorrerá quando a contraprestação for variável, caso em que faria sentido o provisionamento de risco. Apesar disso, a idéia de que os riscos provisionados decorrem de “obrigações pecuniárias contraídas pelo parceiro público”, de maneira que a garantia prestada por fundos ou empresas garantidoras reduza esse risco, soa um pouco estranha. A obrigação pecuniária, a rigor, não existe até que o risco se tenha concretizado.

Esses exemplos demonstram, a nosso ver, que a Portaria STN-614/2006 apresenta diversos pontos de dúvida, e é provável que necessite de algum manual para facilitar sua aplicação, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios. No caso do Governo Federal, como o Ministério da Fazenda, autor da portaria, por meio de sua Secretaria do Tesouro Nacional, participa diretamente da modelagem dos projetos, a realização do enquadramento contábil-fiscal de uma dada PPP não deverá encontrar maiores dificuldades.

XXV.2.1 – As PPPs são operações de crédito?

Conforme o conceito estabelecido pela LRF, em seu art. 29, I, a dívida consolidada se compõe, entre outras, de obrigações financeiras assumidas em virtude da realização de operações de crédito. O conceito de “operação de crédito”, por sua vez, também é dado pela LRF, em seu art. 29, III, como segue: “III – operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros”.

Diante disso, a primeira consequência de se interpretar uma determinada PPP como operação de crédito é impactar a dívida consolidada no montante do valor da operação.

Além disso, há diversas regras na LRF que se aplicam especificamente às operações de crédito. Nesse diapasão, a principal consequência, a nosso ver, é trazer à baila o art. 40, § 6^a, da LRF, que veda às entidades da Administração

⁵⁰⁴. “Exemplo 1 – Contrato de PPP prevê duas formas de remuneração usuais para o parceiro privado: pagamento de contraprestação fixa e pagamento dos usuários no momento da utilização (tarifa). A contraprestação fixa corresponde a 20% do total das receitas esperadas pela SPE, tendo ainda o parceiro público concedido garantia de cobertura de 50% da frustração da receita esperada com pedágio.

“Inicialmente, cabe definir se o ativo da SPE será registrado no balanço do ente público, Para tanto, é necessário identificar se o risco de demanda alocado ao setor público deve ser considerado relevante, nos termos da Portaria. Estima-se o percentual da receita garantida pelo parceiro público que independe de qualquer utilização do serviço. O pagamento mínimo garantido será igual a 60% da receita esperada do projeto: 40% em função de garantia concedida (1/2 x 80%) e 20% da contraprestação fixa.

“Este percentual indica que parte relevante do risco de demanda é assumida pelo Poder Público, o que determina o registro, em consonância com o art. 4^a, inciso I, do valor dos ativos constituídos pela SPE no balanço do ente público, em contrapartida a um passivo imputado de igual magnitude. Se o ativo da SPE for sempre igual a R\$ 1.000,00, este valor deverá ser registrado no ativo e passivo do ente público.

“Além deste registro, o valor do risco também deve ser provisionado, consoante as regras fixadas no art. 7^a, mas é facultado abater do valor provisionado o montante registrado no passivo do ente público em decorrência do registro do ativo da SPE em seu balanço. Supondo que exista modelo apropriado, e que o valor esperado do risco de demanda seja igual a R\$ 1.500,00, poderá ser provisionado R\$ 500,00 (valor esperado do risco de demanda menos o valor do ativo da SPE registrado no balanço do ente público). Caso o valor esperado do risco de demanda seja de R\$ 500,00, a provisão será igual a 0 (zero), não podendo assumir valor negativo. O registro da provisão não afeta o registro do ativo da SPE, que em ambos os casos mantém-se igual a R\$ 1.000,00. Em síntese, as regras de contabilização da PPP determinam que, no caso específico (concessões patrocinadas com garantia de demanda e contraprestação fixa independente da demanda), o registro no balanço do ente público seja no exato montante do maior valor entre o ativo da SPE e a provisão associada ao risco de demanda.

“Note-se que o valor da contraprestação fixa não é objeto de provisão, pois não se enquadra no conceito de obrigação de pagamento decorrente de garantia-frustração de receita, embora componha o risco de demanda para fins de determinação do registro do ativo da SPE. Este último é justificado pelo fato de a contraprestação fixa ser uma obrigação de pagamento que independe da efetiva utilização do serviço disponibilizado.”

indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia em operações de crédito (conforme interpretação consonante com o *caput* do dispositivo), ainda que com recursos de fundos. Isso, por óbvio, poderia suscitar alguma dúvida sobre a legitimidade de fundos garantidores ou empresas estatais concederem garantias para PPPs que fossem tidas por operações de crédito.

Ademais, o fato de ser caracterizada como operação de crédito implica a observância, além da Resolução 40/2001, também da Resolução 43/2001 (com limites estritos para as operações de crédito), ambas do Senado Federal.

Cabe perguntar por que, em tese, se poderia pretender classificar uma PPP como operação de crédito. Isso acontece porque, se o ativo no qual o parceiro privado investir reverter ao final do contrato para a Administração, a PPP poderia eventualmente ser interpretada como a compra de um ativo a prazo. Do ponto de vista da LRF, compra de ativo a prazo é operação de crédito, deve ser acervada como parte da dívida e se submete aos controles previstos nos arts. 29 e ss. desse diploma normativo.

Isso nos parece, no entanto, equivocado. Nos casos das concessões comuns, por exemplo, também há reversibilidade do ativo ao final da concessão, e nem por isso se tem caracterizado esse tipo de contrato como operação de crédito. E não se diga que a Administração não assume riscos nas concessões comuns. Nada mais enganador.

Freqüentemente a Administração Pública fica com os riscos considerados extraordinários, como caso fortuito ou força maior, sobretudo quando não puderem ser objeto de seguros ou operações do gênero. Pergunta-se o que aconteceria nesses casos se um evento desse tipo viesse a ocorrer no âmbito de uma concessão comum, depois de o concessionário já ter realizado seu investimento.

Há um limite do que pode ser repassado para a tarifa, nas ocasiões de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso, pode ser necessário, mesmo nas concessões comuns, que o Poder Público indenize pecuniariamente o concessionário. Há, pois, também nas concessões comuns alguma parcela de risco fiscal envolvido.

Isso porque, respeitadas as disposições contratuais, tanto nas concessões comuns quanto nas PPPs a Administração fica responsável por indenizar os investimentos realizados pela concessionária que não puderam ser amortizados ao longo da concessão⁵⁰⁵ – o que, implica, pois, o mesmo tipo de responsabilidade em caso de rescisão antecipada do contrato. É decorrência do disposto no art. 36 da Lei de Concessões – Lei 8.987/1995 –, o qual determina que “a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

Ademais, do ponto de vista econômico, ainda é preciso ter claro que mesmo nas concessões comuns também há um pagamento pelo Poder Público consistente na atribuição ao parceiro privado do direito de explorar um serviço público⁵⁰⁶ – direito, esse, que não raramente vem acompanhado de outros privilégios, como o da exclusividade, e da possibilidade de explorar os bens da concessão para auferir receitas adicionais. A diferença em relação às PPPs fica por conta, sobretudo, da possibilidade de pagamento de contraprestação pecuniária pela Administração Pública⁵⁰⁷ nas parcerias de que trata a Lei 11.079/2004.

Portanto, tantas são as semelhanças entre as concessões comuns e as PPPs da Lei 11.079/2004 que, se fosse o caso de classificarmos como operações de crédito as PPPs, melhor sorte não haveria para as concessões comuns. O fato de eventualmente maiores riscos serem carreados à Administração Pública em algumas PPPs, em relação às concessões comuns de serviço público, não modifica a natureza do contrato, que continua a ser de prestação de serviços. Por conseguinte, como nunca se ousou dizer que as concessões comuns são operações de crédito, pensamos ser mais adequado manter essa mesma orientação para as PPPs.

As PPPs – como, também, os contratos de concessão comum – são, por excelência, contratos de longo prazo de prestação de serviços. Nesse tipo de relação o Poder Público não está a assumir obrigações de pagamento de financiamento. A rigor, o financiamento do projeto é assumido inteiramente pelo parceiro privado.

No caso das PPPs, a própria lei impede que sejam celebradas para a mera realização de obra ou aquisição de

⁵⁰⁵. Bastará demonstrar que os investimentos foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido para assegurar a incidência do art. 36 da Lei 8.987/1995.

⁵⁰⁶. O fato de muitas vezes esse direito ser transferido pela Administração ao concessionário mediante um pagamento pela outorga demonstra que ele tem valor econômico, e, portanto, sua transferência ao parceiro privado também é uma forma de remunerá-lo pelos serviços a serem prestados.

⁵⁰⁷. Sobre a relação entre contraprestações públicas em contratos de PPP e as formas de pagamento já admitidas nos contratos de concessão comum mediante a transferência de direitos perante a Administração Pública, remetemos o leitor ao item VII dos “Comentários”.

equipamentos, e exige que o pagamento da contraprestação pública apenas se inicie depois de disponibilizado o serviço, ainda que parcialmente. Portanto, a PPP, no Brasil, tem que envolver sempre a prestação relevante de serviços, sob pena de fraudar a lei.⁵⁰⁸

Pensamos, pois, que em nenhum caso a PPP poderá ser classificada como operação de crédito. Trata-se de um contrato de prestação de serviços; é essa sua essência econômica. Apesar disso, embora não seja operação de crédito, pode, como acima delineado, impactar o montante de dívida consolidada. Isso porque, mesmo que não constitua uma operação de financiamento do setor público, mas um contrato de prestação de serviços, pode eventualmente criar um passivo que resulte em aumento de endividamento. O que, aliás, e a rigor, também pode acontecer com algumas concessões comuns.

Por isso, como medida de proteção das contas públicas, pode ser conveniente tornar a celebração de algumas PPPs em causa de aumento da dívida pública consolidada. Tal é possível porque o conceito de “dívida consolidada” da LRF é bastante amplo, abarcando operações de crédito e também outras relações jurídicas. Retomemos, por ora, o conceito de “dívida consolidada” trazido pelo art. 29, I, da LRF: “Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: I – dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses” (grifos nossos).

Claramente, além das operações de crédito, há outras relações jurídicas, decorrentes de leis, contratos, convênios ou tratados, que podem gerar obrigações financeiras a serem somadas ao montante de dívida pública consolidada. Quando a LRF utiliza a expressão “obrigações financeiras (...) assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados”, está, obviamente, buscando a maior amplitude possível para o conceito de “dívida consolidada”. Isso, por certo, dificulta o trabalho do intérprete. Se o conceito de “operação de crédito” encontra baliza na própria LRF, por meio de seu art. 29, III, o mesmo não se passa com a expressão ora mencionada. Por isso, cabe à lei, em sentido amplo, especificar quando e como surgem obrigações financeiras assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados que devem impactar o montante da dívida consolidada. É justamente isso que nos parece ter sido o efeito da Portaria STN-614/2006: indicar quando e como surgem obrigações financeiras assumidas em virtude de contrato de PPP que, embora não derivem de operação de crédito, devam impactar o montante da dívida consolidada.

O fato de a LRF utilizar um conceito mais amplo que o de “operação de crédito” para a dívida consolidada decorre, a nosso ver, entre outros motivos, da circunstância de o controle de fluxo não ser suficiente para impedir aumento de endividamento por força de desequilíbrio orçamentário⁵⁰⁹ (déficit nas contas públicas) e também pelo fato de não levar em consideração as contingências e os passivos ocultos.

Entre as relações jurídicas que não constituem operações de crédito mas que impactam o montante de dívida consolidada devem estar presentes as possuidoras de risco fiscal relevante, assim verificado mediante uma análise da distribuição de riscos estabelecida no contrato. Convém, nesses casos, impactar a dívida consolidada não porque se trate de operação de financiamento do setor público propriamente dita, mas pelo fato de se atrair a incidência do rígido controle de estoque: os limites objetivos de endividamento, na proporção entre dívida consolidada líquida e receita corrente líquida. Trata-se de um mecanismo para ampliar a responsabilidade fiscal na gestão das contas públicas.

Embora esse nos pareça o entendimento mais adequado, é forçoso reconhecer a polêmica do tema. Nos casos em que não houver a reversibilidade dos bens da concessão, parece ser mais claro não existir operação de crédito. Na hipótese contrária, todavia, as discussões tendem a ser acirradas.

A Portaria STN-614/2006 não tratou de indicar se o fato de o ativo ser contabilizado no balanço patrimonial do ente público, com a assunção de dívida em valor correspondente, implica tratar a PPP como operação de crédito. Diante disso, a dívida permanece.

Para resumir o presente tópico, pensamos ser mais adequado enquadrar as PPPs como contratos de prestação de serviço – e não operações de crédito – que, eventualmente, podem impactar a dívida consolidada, em face do conceito amplo admitido pela LRF, tudo com o objetivo de facilitar o controle do risco fiscal quando este se mostrar relevante. Considera-se relevante o risco fiscal quando a distribuição de riscos prevista no contrato carrear ao parceiro público a maior parte dos riscos do projeto, conforme disposto na Portaria STN-614/2006.

⁵⁰⁸. O fato de o pagamento da contraprestação pública ser feito contra a disponibilização ou prestação do serviço descaracteriza a idéia de “operação de crédito” como situação em que há uma dilação do cumprimento das obrigações de uma das partes. Para uma conceituação detalhada de “operação de crédito” para os efeitos da LRF, v. Mauricio Portugal Ribeiro, “Venda de créditos de titularidade de autarquia e conceito de operação de crédito na Lei de Responsabilidade Fiscal. Legalidade do desconto do valor de face dos créditos a serem alienados”, *RTDP* vol. 32, dezembro/2000.

⁵⁰⁹. O controle de fluxo depende de projeções de receita e despesa que podem não se concretizar nos montantes esperados.

XXV.3 – Âmbito de aplicação da Portaria STN-614/2006

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Portaria STN-614/2006, ela se aplica “aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com vistas a assegurar a homogeneidade de tratamento contábil necessária à consolidação das contas do setor público”.

A redação do dispositivo pretende, visivelmente, dar-lhe ampla aplicação. É preciso considerar, no entanto, que a competência entregue pela Lei de PPP à STN é para editar “normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada”. A consolidação das contas públicas se dá por ente federativo. Assim, a rigor, essas normas se aplicam a cada ente federativo, no momento de realizar a consolidação de suas contas.

As empresas estatais, sejam sociedades de economia mista ou empresas públicas, são pessoas jurídicas de direito privado, e, como tais, sujeitam-se às regras privadas de contabilidade. A elas não se aplicam as regras de contabilidade definidas pela STN. Isto é, o fato de uma certa PPP realizada por uma estatal, diante da portaria, impactar o endividamento do ente federativo a que essa estatal está vinculada não implica que na contabilidade dessa estatal o projeto seja contabilizado como aumento de seu endividamento.

Exemplifiquemos.

Suponha-se uma empresa estatal, de capital aberto, listada em bolsa de valores. As regras de contabilidade a ela aplicáveis são ditadas em normativos derivados do processo legislativo parlamentar (como a Lei 6.404/1976, a Lei de Sociedades por Ações, que traz dispositivos sobre as demonstrações contábeis) e também produzidas por outros organismos, como o CFC – Conselho Federal de Contabilidade e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Conforme essas regras, pode ser que, eventualmente, não lhe seja obrigado registrar a PPP como aumento do endividamento da companhia.

Apesar disso, o ente federativo a que essa estatal está vinculado, no momento de consolidar suas contas, deverá aplicar a Portaria STN-614/2006; e, nesse caso, a classificação da PPP poderá se dar de forma distinta da adotada conforme as regras da CVM e do CFC. Nesse caso, uma mesma PPP produzirá efeito de endividamento no balanço consolidado do ente federativo, enquanto no balanço da estatal não haverá esse impacto.

Por isso, é preciso que os entes federativos que pretenderem contratar PPP criem seus próprios órgãos gestores, a fim de evitar que suas estatais celebrem PPPs à revelia dos limites impostos ao setor público pela Portaria STN-614/2006 e acabem por colocar o Estado, Distrito Federal ou Município em situação de descumprimento dos limites da dívida consolidada indicados pelo Senado Federal, nos termos de sua Resolução 40/2001.

Art. 26. O inciso I do § 1º do art. 56 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 56. (...).

“§ 1º. (...):

“I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

“(…)”

XXVI – Regulamentação da caução em títulos da dívida pública para efeito de garantia da proposta ou do contrato.

XXVI – Regulamentação da caução em títulos da dívida pública para efeito de garantia da proposta ou do contrato

O art. 26 da Lei de PPP modifica o inciso I do § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993 com o fim de estabelecer novas condições para outorga, por participantes de licitações públicas, de garantias de proposta ou de execução de contratos por meio da caução de títulos públicos.

A alteração tem por objetivo acabar com o vício maroto de se pleitear administrativa ou judicialmente que o Poder Público receba em garantia, nos procedimentos de licitação ou nos contratos administrativos, pelo seu valor de face atualizado, títulos de questionável validade e valor de mercado irrisório ou, pelo menos, muito abaixo do seu valor de face.

Para tanto, requer que os títulos a serem dados em garantia estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia, autorizado pelo Banco Central do Brasil. Busca-se, assim, que a transação de caução do título se faça utilizando os mecanismos que integram o sistema brasileiro de pagamentos, de maneira a dar segurança à Administração quanto à validade dos títulos.

Por outro lado, o dispositivo exige que os títulos sejam avaliados pelo seu valor econômico, ou seja, pelo seu valor de mercado, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Ministério da Fazenda.

Essas alterações serão, certamente, suficientes para eliminar a possibilidade de se entregar em garantia títulos de questionável valia, dando maior segurança à Administração quanto à liquidez, solidez e eficácia da garantia.

Considerando a possibilidade, atualmente, de especificar as séries dos títulos públicos que cumprem adequadamente os requisitos estabelecidos na nova disciplina do art. 56 da Lei 8.666/1993, emerge a questão da legalidade e constitucionalidade de se enumerar nos editais de licitação e nas minutas de contrato as exatas séries dos títulos públicos a serem admitidos para efeito de garantia da proposta ou da execução do contrato. Ainda que tal enumeração leve à exclusão de determinados títulos, parece-nos cabível a utilização desse recurso como forma de aumentar a eficiência do procedimento licitatório, pois isso não nos parece configurar restrição a direitos do vencedor (no caso da garantia de cumprimento de contrato) ou dos potenciais participantes da licitação (na hipótese da garantia de proposta). Como os títulos serão recebidos por valores de mercado, torna-se, em princípio, indiferente para o parceiro privado a aquisição desta ou daquela série de títulos, uma vez que o parceiro privado terá que despende, em tese, o mesmo valor total.⁵¹⁰

Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º. Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

XXVII – O art. 27, “caput”: sua origem, escopo e objetivo: XXVII.1 Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, “caput”: XXVII.1.1 – A base e a forma de cálculo. XXVII.1.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais. XXVII.2 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo: XXVII.2.1 – Cálculo do limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. XXVII.3 – A utilização dos recursos de fundos de pensão em combinação com recursos de entidades da Administração Pública Federal para financiar PPP: origem, escopo e objetivo do § 1º do art. 27. XXVII.4 – Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, § 1º: XXVII.4.1 – A base e a forma de cálculo. XXVII.4.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais. XXVII.5 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo: XXVII.5.1 – Cálculo do limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

XXVII – O art. 27, “caput”: sua origem, escopo e objetivo

O art. 27 da Lei de PPP foi criado durante o processo de tramitação do projeto da Lei de PPP pela CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, por demanda do senador Tasso Jereissati, ocasião em que ainda não se mostrava presente a referência a um limite diferenciado para regiões com IDH – Índice de Desenvolvimento Humano mais baixo. Importante assinalar que, apesar de o dispositivo se referir às empresas públicas e às sociedades de economia mista, a proposta originária mirava especificamente a atuação do BNDES, com o objetivo de impedir que, nas PPPs, todo o capital a ser investido direta ou indiretamente viesse de fontes públicas.

⁵¹⁰. Essa afirmativa supõe – como, em geral, ocorre na realidade – que não há diferença relevante entre os custos de transação para aquisição de séries diversas de títulos públicos.

A intenção era evitar a ocorrência nas PPPs do assim chamado, na época, pelo senador Pedro Simon, “capitalismo sem risco”, em que o projeto se executa com recursos e riscos para o parceiro público e lucros para o parceiro privado.

Apesar de as intenções dos aludidos senadores serem louváveis, o tom político em que se realizou o debate não permitia um efetivo levantamento e discussão das questões técnicas em torno do assunto.

Em primeiro lugar, não faz sentido prever em lei o limite de recursos públicos a serem disponibilizados em operações de crédito entre entes da Administração e SPEs prestadoras de serviços em regime de PPP. Como a Lei de PPP integra o marco legal geral de contratos administrativos, ela se aplica a diversos setores da economia. Ora, não faz sentido a regra legal estabelecer um limite que, malgrado ser razoável para alguns setores, pode impedir a viabilização de parcerias em outros setores, nos quais, dados a importância social e os riscos envolvidos nos projetos, os recursos públicos constituem a principal fonte de financiamento de eventuais parceiros privados.

Citamos, a título de exemplos, os setores de saneamento e de habitação popular, nos quais a importância social e os riscos envolvidos já fizeram com que o Poder Público, através, por exemplo, da CEF – Caixa Econômica Federal, disponibilizasse linhas de crédito para o financiamento por eventual parceiro privado de mais de 70% do total de recursos necessários à implementação de um dado projeto.

A pressão no sentido de limitar o montante das operações de crédito realizadas com entes públicos para a implementação de PPP decorre, em parte, de incompreensão sobre razões pelas quais se celebra um contrato dessa natureza. A principal razão para a celebração de uma PPP é a capacidade do parceiro privado de gerar eficiência na implementação do serviço. Por isso, ainda quando parte substancial do investimento do parceiro privado se faça por meio da operações de crédito com entes públicos, pode ser perfeitamente justificável a implementação da PPP.

Perceba-se que o dispositivo mira apenas as sociedades de economia mista e empresas públicas da União. Não há, portanto, qualquer limitação à realização de operações de crédito por entidades controladas por outros entes da Federação.

Não se deve esquecer também o fato de o dispositivo limitar o valor total das operações de crédito (*debt*) realizadas por entes públicos em relação ao valor total do investimento a ser realizado pelo parceiro privado.⁵¹¹ O *caput*, portanto, desse dispositivo não estabelece limites para eventuais contribuições de capital realizadas pelo Poder Público na SPE, que, ironicamente, é a condição na qual o Poder Público assumiria maior risco.⁵¹²

XXVII.1 – Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, “caput”

XXVII.1.1 – A base e a forma de cálculo

No que diz respeito ao cálculo do limite, a forma tecnicamente mais adequada de fazê-lo é, na nossa opinião, trazer a valor presente três variáveis: o montante do investimento previsto para o parceiro privado, o valor total dos recursos a serem obtidos com operações de crédito em face de estatais controladas pela União e o caixa, gerado pelo projeto, disponível para investimento. Com esses três dados será possível realizar o cálculo. Subtraindo-se do montante do investimento o valor gerado pelo caixa, obtém-se o total dos recursos financeiros necessários para a implementação do projeto. Multiplicando-se este valor por 70%, tem-se o limite das operações de crédito que podem ser realizadas com as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Cabe justificar por que subtraímos do montante do investimento o valor gerado pelo próprio projeto. O § 2º do art. 27 estabelece que, para o efeito do dispositivo, “fonte de recursos” são os recursos financeiros obtidos com operações de crédito e contribuições de capital à SPE. Logo, os montantes gerados pela própria implementação do projeto, decorrentes, evidentemente, das receitas da SPE, devem ser excluídos da base de cálculo.

Questão de difícil solução é saber como proceder no caso de os investimentos do parceiro privado serem reduzidos posteriormente, por exemplo, por modificação unilateral do contrato pela Administração, de maneira a colocar os financiamentos obtidos pela SPE acima dos limites previstos no dispositivo. A revisão dos investimentos, quando

⁵¹¹. Trata-se, portanto, de recursos obtidos por meio da realização de dívida. Isso significa que o parceiro privado assume uma parte do risco e que a posição do ente público que realizou o empréstimo não é a mesma daqueles que assumem o risco do negócio. É claro que esse argumento pode ser relativizado na prática se a estrutura de financiamento for lastreada apenas nas receitas futuras da SPE (*non-recourse debt*) – ou seja, se não incluir recurso ao patrimônio dos seus controladores – pois, nesse caso, o risco do ente público que realizar o empréstimo dependerá, em ampla medida, da solidez do projeto, da sua capacidade de geração de receitas.

⁵¹². Aliás, a única limitação sobre a participação do Poder Público em SPE é a prevista no § 4º do art. 9º da Lei de PPP, que impede que a Administração seja controladora da SPE. Como é cediço, isto, entretanto, não impede que o Poder Público seja, por exemplo, investidor por meio da aquisição de ações sem poder de voto ou de outros títulos.

envolve modificações de monta, muitas vezes acarreta, naturalmente, revisão também do financiamento. Nos casos em que isso não ocorre, não nos parece razoável forçar revisão do financiamento para cumprimento dos limites estabelecidos no presente dispositivo.

XXVII.1.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais

Uma outra dúvida gerada pelo dispositivo recai sobre aqueles recursos que, apesar de serem emprestados ao parceiro privado por entes que não integram a Administração – por exemplo, bancos comerciais não controlados pela Governo Federal –, têm origem em fontes públicas; por exemplo, no BNDES ou em fundos para desenvolvimento regional. Essa discussão adquire especial relevo em face dos recursos costumeiramente repassados pelo BNDES a bancos privados. Em contexto como o nosso, no qual as altas taxas de juros de curto prazo têm tornado desinteressante aos bancos privados o comprometimento dos seus recursos com operações de longo prazo, as operações de repasse permitem ao BNDES disponibilizar recursos subsidiados para viabilizar o investimento na infra-estrutura. Nesse caso, transfere-se o risco das operações e da sua análise para os bancos privados, os quais, por isso, recebem um *spread*.

Esse tipo de operação tem uma série de vantagens. Por um lado, malgrado a inexistência de recursos do setor financeiro privado para os investimentos de longo prazo, permite que os bancos comerciais assumam riscos de projetos e desenvolvam a *expertise*, a sofisticação técnica necessária para financiamento de projetos de médio e longo prazos. Além disso, da perspectiva do BNDES, e mais especificamente do cumprimento das regras de Basiléia, admite-se a realização do financiamento sem ocupar os seus limites de exposição a risco (na medida em que o risco é transferido para os bancos privados financiadores). Essas considerações sobre as operações de repasse vêm a propósito de dizer que, dada sua natureza, não faz sentido incluí-las no cálculo dos limites previstos no *caput* do artigo ora comentado.

Como ponto de partida, é preciso assinalar que o dispositivo só inclui, entre os limites por ele estabelecidos, as “operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União”. Ora, nas operações de repasse a operação de crédito não é realizada entre a empresa pública ou sociedade de economia mista e a SPE, e sim entre o banco privado (que recebe o repasse do BNDES) e a SPE. Portanto, pela sua própria redação, o dispositivo não se aplica a esse tipo de operação.

A segunda questão a considerar está no fato de, nesse tipo de operação, o BNDES não assumir o risco de inadimplemento do empréstimo. Quem o faz é o banco privado que recebe o repasse e financia a SPE. Ora, o objetivo do dispositivo é exatamente evitar que o Poder Público termine assumindo todo o risco do negócio. Como nas operações de repasse, apesar de os recursos provirem do BNDES,⁵¹³ ele fica isento dos riscos da operação de crédito com a SPE, não faria qualquer sentido incluir esse tipo de operação nos limites previstos no *caput* do art. 27. Fazer o contrário seria, por assim dizer, uma interpretação pouco inteligente do dispositivo, que elimina ou limita a possibilidade de realizar operações importantes para o desenvolvimento do país, sem qualquer vantagem do ponto de vista do cumprimento dos fins do *caput* do art. 27.

XXVII.2 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo

Um outro aspecto no qual a deficiência técnica do dispositivo encontra-se patente é o relativo à diferença de limite nos casos em que se tratar de projeto em áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste onde o IDH – Índice de Desenvolvimento Humano seja inferior à média nacional.

Importante lembrar que essa parte do dispositivo foi incluída no projeto de lei no Plenário do Senado, na sessão que o aprovou. Sua inclusão se deu na última hora, para neutralizar o pedido do senador Heráclito Fortes, que, no Plenário, resolveu levantar a questão da necessidade de, nas regiões mais pobres do país, o limite de financiamento ser mais alto. Como essa foi a única questão levantada na discussão no Plenário, e dada a necessidade de aprovação rápida da lei, o líder do Governo resolveu acatar a sugestão. Utilizando-se da área técnica do Ministério do Planejamento, propôs uma alteração do artigo para contemplar limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Foi, portanto, uma alteração incluída de última hora, sem a reflexão e os estudos que deveriam embasar texto do gênero.

XXVII.2.1 – Cálculo do limite diferenciado

⁵¹³. A rigor, de fundos por ele administrados.

para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste

Na nossa opinião, a aplicação do dispositivo será extremamente problemática, o que torna conveniente sua regulamentação. O IDH é calculado por região censitária. Não será incomum um mesmo projeto se localizar em mais de uma região censitária. Além disso, projetos podem se localizar em uma região censitária e gerar impactos em várias outras.⁵¹⁴ Portanto, em muitos casos não será tarefa simples eleger o IDH a ser aplicado para efeito do dispositivo mencionado. Só o regulamento sobre o assunto poderá disciplinar a questão adequadamente.

De qualquer modo, não nos parece razoável condicionar a aplicação da possibilidade de extensão do limite a prévia regulamentação, sob pena de dificultar a fruição de um benefício que o legislador, obviamente, quis conceder às regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste. Por isso, entendemos ser mais razoável, apesar das dificuldades de aplicação do dispositivo, exigir dos financiadores o levantamento do IDH da região em que se realiza o projeto e em que ele gera impacto, bem como o desenvolvimento de critérios técnicos para justificar a extensão do limite previsto no dispositivo. Na falta de regra legal, seria cabível, por exemplo, ao BNDES desenvolver norma interna dispondo sobre a aplicação desse dispositivo.

XXVII.3 – A utilização dos recursos de fundos de pensão em combinação com recursos de entidades da Administração Pública Federal para financiar PPP: origem, escopo e objetivo do § 1º do art. 27

À semelhança do *caput* do art. 27, seus parágrafos são produto da combinação entre as boas intenções de alguns senadores com conhecimento técnico deficiente sobre as questões regradas.

O § 1º do art. 27 foi criado por pressão de senadores do PSDB e do PFL preocupados com a utilização de recursos dos fundos de pensão de funcionários de empresas públicas ou sociedades de economia mista para viabilizar projetos de interesse do Governo Lula. Tentaram, assim, na nossa opinião, sem sucesso, resolver na Lei de PPP um problema de governança geral dos fundos de pensão de funcionários de estatais.⁵¹⁵⁻⁵¹⁶

Aliás, é importante notar que a redação do dispositivo proposta pelos assessores dos aludidos senadores englobava apenas as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União. Após análise do assunto por técnicos do Governo, chegou-se à conclusão de que seria uma discriminação indevida impedir que apenas os fundos de pensão ligados a estatais não pudessem investir em PPPs, e, por essa razão, resolveu-se estender o dispositivo a todas as entidades fechadas de previdência complementar, patrocinadas ou não por estatais.⁵¹⁷ Mesmo com essa forma, a limitação nos parece injustificável e de questionável constitucionalidade, à vista dos princípios e diretrizes consignados, entre outros, nos arts. 5º, 170 e 174 da CF.⁵¹⁸

O dispositivo estabelece que, no máximo, 80% do total das fontes de recursos financeiros necessárias para a viabilização do projeto provenham de entidades fechadas de previdência complementar e de sociedades de economia mista e empresas públicas controladas pela União. E no caso de projetos nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste com IDH inferior à média nacional este limite é de 90%.

⁵¹⁴. Agradecemos a Antônio Henrique Pinheiro Silveira, Chefe-Adjunto da Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Professor Adjunto da Faculdade de Economia da Universidade Federal da Bahia, com quem tivemos oportunidade de debater esse assunto.

⁵¹⁵. Note-se que, em toda essa discussão, as áreas técnicas do Governo envolvidas com o assunto consideravam inconveniente a inserção do dispositivo na Lei de PPP. A intenção que movia a inclusão do dispositivo era resolver um problema de governança dos fundos. Ora, a melhor forma de solucionar essa questão seria por meio da adequada regulação e fiscalização da atividade dos fundos pelo seu órgão regulador, a Secretaria de Previdência Complementar.

⁵¹⁶. Note-se que, como dissemos nos comentários ao art. 23, o CMN já estabelece diretrizes para aplicação dos recursos das entidades fechadas de previdência complementar. A limitação estabelecida no art. 27 se sobrepõe a outras tantas que foram estabelecidas de forma mais técnica e baseadas em análises mais detidas.

⁵¹⁷. É relevante trazer à baila que, entre outras razões, por consequência das ingerências políticas indevidas nos fundos de pensão de funcionários das estatais, o seu portfólio tem, atualmente, perfil completamente diverso dos demais fundos de pensão.

⁵¹⁸. Perceba-se que, ao limitar a capacidade de investimento dos fundos em PPPs, o legislador tratou os recursos desses entes como se fossem públicos, quando, a rigor, os fundos são entidades privadas. Na verdade, o controle indireto pelo Governo dos recursos dos fundos (por consequência da condição de patrocinadoras das estatais) é uma distorção que deveria ser endereçada, de maneira geral, para todos os fundos patrocinados por estatais e em relação a quaisquer investimentos realizados por tais fundos (e não apenas os realizados em PPPs). Ao tratar dos recursos das entidades fechadas de previdência complementar como se fossem públicos, a Lei de PPP consignou limitação indevida à atividade econômica de tais entidades.

O § 2^o do art. 27 esclarece o conceito de “fonte de recursos financeiros”, designando a soma das operações de crédito (*debt*) com as contribuições de capital (*equity*). Portanto, ao contrário do disposto no *caput*, que toca apenas às operações que geram dívida, o § 1^o abrange tanto dívida quanto aportes de capital na SPE.

No mais, valem em relação ao § 1^o do art. 27 as notas que realizamos nos comentários ao seu *caput* sobre a abrangência do conceito de “operações de crédito”, o IDH aplicável a cada caso concreto e a metodologia de cálculo dos limites estipulados na norma. Repetimos, a seguir, os aludidos comentários, com adaptações menores.

XXVII.4 – Critérios de cálculo dos limites estabelecidos no art. 27, § 1^o

XXVII.4.1 – A base e a forma de cálculo

No que diz respeito ao cálculo do limite, a forma tecnicamente mais adequada de fazê-lo é, na nossa opinião, trazer a valor presente três variáveis: o montante do investimento previsto para o parceiro privado, o valor total dos recursos a serem obtidos com operações de crédito em face de estatais controladas pela União e o caixa, gerado pelo projeto, disponível para investimento. Com esses três dados será possível realizar o cálculo. Subtraindo-se do montante do investimento o valor gerado pelo caixa obtém-se o total dos recursos financeiros necessários para a implementação do projeto. Multiplicando-se esse valor por 80%, tem-se o limite das operações de crédito e contribuições de capital que podem ser realizadas em conjunto por empresas públicas, sociedades de economia mista controladas pela União e entidades fechadas de previdência complementar.

Cabe justificar por que subtraímos do montante do investimento o valor gerado pelo próprio projeto. O § 2^o do art. 27 estabelece que, para o efeito do dispositivo, “fonte de recursos” são as operações de crédito e contribuições de capital à SPE. Logo, os montantes gerados pela própria implementação do projeto, que decorrem, evidentemente, das receitas da SPE, devem ser excluídos da base de cálculo.

XXVII.4.2 – As operações de repasse do BNDES e demais instituições financeiras federais

Quanto às operações de repasse típicas, remetemos o leitor ao item XXVII.1.2.

Questão um pouco diversa é da classificação, para os efeitos do § 1^o do art. 27, dos investimentos realizados por entidades fechadas de previdência complementar, por meio, por exemplo, da aquisição de cotas em fundos de investimento. Parece-nos que as participações devem ser computadas para efeito do cumprimento do limite constante do § 1^o do art. 27, eis que, nesse caso, o risco do negócio se mantém – mais ou menos diluído – em mãos da entidade fechada de previdência complementar, ao contrário, por exemplo, das operações de repasse supramencionadas, que envolvem sempre transferência de riscos da estatal controlada pela União para a instituição financeira privada financiadora.

XXVII.5 – Limite diferenciado estipulado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: origem, escopo e objetivo

O assunto já foi tratado no item XXVII.2. Vale notar apenas que na presença de entidades fechadas de previdência complementar o índice-limite sobe para 90%⁵¹⁹ e vale tanto para operações de crédito quanto para contribuições de capital.

XXVII.5.1 – Cálculo do limite diferenciado para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste

Novamente, vale destacar que esse aspecto já foi tratado por ocasião do item XXVII.2.1. Por ora, cumpre mencionar tão-somente que o limite diferenciado vale para a soma de operações de crédito e contribuições de capital, enquanto na regra do *caput* se restringe apenas a operações de crédito.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do

⁵¹⁹. Na ausência de entidades fechadas de previdência complementar, o índice-limite é de 80% e vale apenas para operações de crédito.

exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§ 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no *caput* deste artigo.

§ 2º. Na aplicação do limite previsto no *caput* deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente.

§ 3º. (Vetado).

XXVIII – Limite de despesas de Estados, Distrito Federal e Municípios com contratos de PPP: XXVIII.1 – O veto ao § 3º do art. 28.

XXVIII – Limite de despesas de Estados, Distrito Federal e Municípios com contratos de PPP

O art. 28 da Lei de PPP foi criado para dar solução a impasse sobre a interface entre as PPPs e o cumprimento das regras de responsabilidade fiscal que se configurou ao longo da tramitação da Lei de PPP no Senado Federal. Ele é, em relação aos Estados e Municípios, o equivalente ao art. 22 para a União. Por essa razão, sugerimos ao leitor a leitura dos comentários a esse dispositivo. Há, no entanto, algumas diferenças em relação ao art. 22, apontadas a seguir.

No que concerne ao controle do cumprimento do limite, o § 1º exige que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que vierem a celebrar PPPs submetam previamente à STN e ao Senado Federal as informações necessárias à fiscalização do cumprimento dos aludidos limites. O assunto deverá ser oportunamente regulamentado pela STN. Como diretriz para a futura regulamentação, parece-nos lógico que, no mínimo, a STN exija dos Estados, Distrito Federal e Municípios a apresentação dos estudos mencionados no art. 10, I, “b” e “c”, II, III e IV, e de documento equivalente, no âmbito desses entes, ao parecer previsto no art. 14, § 3º, II, do qual conste a análise técnica a respeito do cumprimento do limite de 1% da RCL – Receita Corrente Líquida naquele ano e nos 10 anos seguintes.

Além disso, parece-nos conveniente que, dadas a complexidade dos projetos de PPP e a diversidade das variáveis envolvidas na sua modelagem, a regulamentação da STN verta especialmente sobre o procedimento de análise para definição dos montantes a serem considerados despesas do ente público. Especialmente relevante é saber como serão tratadas, para efeito do cumprimento do limite de 1% da RCL nos 10 anos seguintes ao exercício, as contingências e riscos, que consubstanciam, evidentemente, por assim dizer, “despesas incertas”.

Note-se que, ao contrário do art. 22, o § 2º do art. 28 inclui no limite de 1% da RCL, além da Administração direta dos Estados e Municípios, suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo respectivo ente governamental. Decorre disso que todas as informações sobre PPPs celebradas por entes da Administração indireta e empresas controladas direta ou indiretamente por Estados e Municípios deverão também ser encaminhadas ao Senado Federal e à STN para análise do cumprimento dos dispositivos.

Por fim, é necessário fazer uma última nota sobre o problema da constitucionalidade do dispositivo. Ele condiciona a outorga de garantias em operações de crédito e a realização de transferências voluntárias pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios ao cumprimento, por tais entes, dos limites de despesa com PPPs de 1% da RCL. A rigor, é ato discricionário da União a emissão das garantias e a realização das aludidas transferências de recursos, de maneira que não há qualquer impedimento a que lei ordinária, como a Lei de PPP, estabeleça condições e limitações para tanto.

O problema é que o dispositivo utiliza um meio lícito (o condicionamento da realização de transferências e garantias em operações de crédito) para obter fins que, em face do art. 163, I, da CF, só poderiam ser logrados diretamente por lei complementar (limitação das despesas de PPPs dos Estados, Distrito Federal e Municípios a 1% da RCL). Note-se que os entes subnacionais da Federação, em sua grande maioria, dependem, os mais pujantes, das garantias da União para renegociação das suas dívidas; os menores, das transferências voluntárias. A sanção, portanto, é extremamente contundente e força Estados e Municípios indiretamente a cumprir uma regra de finanças públicas que só poderia ser estipulada por lei complementar. Por essa razão, pensamos estar o dispositivo eivado de inconstitucionalidade.

XXVIII.1 – O veto ao § 3º do art. 28

A redação do § 3º do art. 28 do projeto de lei de PPP aprovado pelo Congresso Nacional dispunha que: “§ 3º. Para os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, não-dependentes, a base de cálculo do limite previsto no *caput* deste artigo deverá ser ajustada, para cada empresa, de forma a incluir a respectiva receita de vendas e serviços”.

Na Mensagem Presidencial 1.006, de 30.12.2004, aduziu-se que:

“Esse dispositivo reduz a capacidade do art. 28 inibir a contratação de parcerias que comprometam a solvência financeira do ente público, na medida em que as receitas de vendas e serviços das estatais não-dependentes são, em muitos casos, de magnitude elevada na comparação com a receita corrente líquida do ente.

“A excepcionalização à regra poderia ainda incentivar distorções na governança corporativa das empresas públicas e sociedades de economia mista não-dependentes, visto que passariam a contar com limites expressivos para realizar parcerias público-privadas, sem que se afetasse a concessão de garantias e a realização de transferências voluntárias para os entes da Federação. Correr-se-ia o risco de induzir a realização de parcerias tipicamente governamentais por intermédio das empresas em questão.

“Deve-se considerar ainda que o limite de 1% da receita corrente líquida permite a contratação de investimentos significativos, em dimensão bastante superior aos dispêndios de capital realizados nos últimos anos pelos entes públicos.

“Por fim, a redação do § 3º apresenta-se como elemento de potencial insegurança jurídica na medida em que não exclui a interpretação de que, no caso de contratação de parceria por empresa não-dependente, estar-se-ia estabelecendo um novo limite para o ente como um todo, fragilizando ainda mais o mecanismo de disciplina fiscal pretendido. A operacionalização do comando legal estatuído pelo referido parágrafo poderia ensejar, portanto, lides jurídicas envolvendo a União, como decorrência de suspensão da concessão de garantia e/ou transferência voluntária questionada pelos entes com base em interpretação distinta a partir da imperfeição do texto.”

Originalmente a regra prevista no art. 28 tinha por objetivo assegurar que o limite de despesas com PPPs do ente governamental fosse proporcional às receitas geradas pela Administração direta e indireta, incluindo, evidentemente, as estatais.

É já sabido que a RCL não abrange as receitas geradas pelas estatais.⁵²⁰ Como a Lei de PPP se aplica às estatais, ou seja, como as estatais podem contratar PPPs, seria coerente, do ponto de vista econômico, que a capacidade de assumir despesas com PPPs de um determinado ente governamental guardasse proporcionalidade não apenas com a RCL, mas também com o montante de receitas geradas pelas suas estatais. Por essa razão, é nosso entendimento que o veto ao § 3º do art. 28 gerou assimetria, na medida que levou a se desconsiderar, para efeito da definição do limite de despesas com PPPs, as receitas das estatais; por outro lado, apesar da exclusão das receitas das estatais, incluiu-se no cômputo das despesas as despesas com PPPs realizadas por estatais. Não nos parece razoável essa assimetria.

Quanto aos argumentos expendidos nas razões do veto, também eles não nos parecem procedentes. Admitimos, entretanto, que as questões tratadas nos parágrafos segundo, terceiro e quarto, da transcrição das razões do veto, acima realizada, poderiam ser objeto de controvérsia. Parece-nos, contudo, fora de questão que a informação veiculada no primeiro parágrafo das razões do veto, ao enunciar que muitas vezes a magnitude das receitas das estatais é bastante elevada em relação ao valor da RCL, é, *a contrario sensu*, um argumento a favor da manutenção do § 3º do art. 28, e não do seu veto. A magnitude das receitas diretas ou indiretas (por meio de suas estatais) do ente governamental é tomada como indício da sua capacidade de fazer face à despesas. Se as receitas das estatais são altas, isso é mais uma razão para que o limite de despesas com PPPs possa ser aumentado.

⁵²⁰. A definição de RCL consta do art. 2º da LRF, que dispõe que:

“Art. 2º. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: (...) IV – receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea ‘a’ do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

“§ 1º. Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

“§ 2º. Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19.

“§ 3º. A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos 11 (onze) anteriores, excluídas as duplicidades.”

Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000 – Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

XXIX – Penalidades aplicáveis aos agentes públicos no exercício de condutas relacionadas a contratos de PPP.

***XXIX – Penalidades aplicáveis aos agentes públicos
no exercício de condutas relacionadas a contratos de PPP***

O dispositivo em análise foi produto de proposta do senador Pedro Simon na sessão final que aprovou o projeto de Lei de PPP na CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

Além do Código Penal, da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei dos Crimes Fiscais, o dispositivo determina aplicação do Decreto-lei 201, de 27.2.1967, e da Lei 1.079, de 10.4.1950.

O Decreto-lei 201/1967 trata da responsabilidade dos prefeitos e vereadores. A Lei 1.079/1950, por sua vez, define os crimes de responsabilidade e regula o processo de julgamento.

A rigor, a punição com base nos diplomas legais acima mencionados não depende da previsão do art. 29. Aliás, penalidades por crimes previstos em outras leis também podem ser aplicáveis, eis que não se trata de uma lista exaustiva. Por isso, o art. 29 seria dispensável. Sua inclusão parece ter sido feita apenas para contemplar pelo menos uma das propostas feitas na CAE pelo senador Pedro Simon.

Não cumpre ao presente trabalho descer aos detalhes de cada um dos tipos penais tratados nessas leis que pudesse se relacionar a eventuais condutas no processo de modelagem, implementação e acompanhamento dos contratos de PPPs, eis que sobre esses crimes há vasta literatura jurídica. Além disso, a tipificação de eventuais condutas criminosas independe de sua relação com qualquer projeto ou contrato de PPP.

Por fim, vale destacar que a punição criminal não impede a aplicação de penalidade administrativa ou civil. O que não se admite no direito penal é a punição criminal de uma única conduta mais de uma vez, pelo princípio da proibição do *bis in idem*. Não há impedimento para que essa conduta seja punida na esfera administrativa, penal e civil ao mesmo tempo.

Art. 30. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

XXX – Entrada em vigor da Lei de PPP.

XXX – Entrada em vigor da Lei de PPP

Nos termos do art. 1^a da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942 –, “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. Sobretudo, essa regra pretende oferecer um tempo para que as pessoas tomem conhecimento da nova lei e se preparem para cumpri-la.

O dispositivo, sabiamente, determina que cabe disposição em contrário. Isso porque, não raramente, o interregno de 45 dias é inadequado. Por vezes é demasiado curto – o que torna conveniente estendê-lo. Nesse sentido, por exemplo, a atual Lei de Falências – Lei 11.101, de 9.2.2005 – entrou em vigor 120 dias depois de sua publicação. Diante dos graves efeitos que um pedido de falência pode causar a uma empresa, fica evidente a conveniência dessa dilação temporal para a entrada em vigor da lei.

Em outras ocasiões, todavia, esse interregno afigura-se desnecessário, como no caso da Lei de PPP, nos termos do presente art. 30.

Bibliografia

ABEL, Andrew B., DIXIT, Avinash K., EBERLY, Janice C., e PINDYCK, Robert S. “Options, the value of capital and investment”. *NBER Working Paper* 5.227. November/1996.
ALCÁZAR, Lorena, XU, Lixin Colin, e ZULUAGA, Ana Maria. “Institutions, politics, and contracts: the attempt to privatize

- the water and sanitation utility of Lima, Peru”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.478. Peru, Universidad del Pacífico, World Bank/Development Research Group (DECRG). November/1999.
- ALEXANDER, Ian (World Bank), ESTACHE, Antonio (WBI, World Bank), e OLIVERI, Adele (London Economics). *A Few Things Transport Regulators Should Know about Risk and the Cost of Capital*. July/1999.
- ANNEZ, Patricia Clarke. “Urban infrastructure finance from private operators: what have we learned from recent experience?”. *World Bank Policy Research Working Paper* 4.045. November/2006.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
- ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE. *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative – A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE, Commissioned by The Treasury Taskforce*. 17.1.2000.
- ASECAP (Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage). *Infrastructure Financing Systems within ASECAP*. 13.5.2003.
- AUGERNBLICK, Marke, e CUSTER JR., B. Scott. “The Build, Operate, and Transfer (‘BOT’) approach to infrastructure projects in developing countries”. *WPS* 498. The World Bank/Legal Department, Technical Department, Europe, Middle East, and North Africa Regional Office, and Infrastructure and Urban Development Department, August/1990.
- AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *Regulação Estadual e Interesse Público*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- BNDES/GERÊNCIA DE DESESTATIZAÇÃO. *Privatizações no Brasil 1990/2004*. 14.6.2004.
- BANCO MUNDIAL. *Proceedings from PPPI Days 2006 – June 8-9, 2006*. Disponível em: www.wbippipi.org. *Public Policy for the Private Sector*. note n. 161. November/1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Direito Ambiental das Áreas Protegidas – O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. “As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição”. *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. vol. 2. Salvador/BA/Brasil, Maio-Julho/2005.
- BOARDMAN, Anthony E., GREENBERG, David H., VINING, Aidan R., e WEIMER, David L. *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*. Upper Saddle River, N. J. Prentice Hall, 1996.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier, e PASIN, Jorge Antônio Bozoti. “A nova definição de parceria público-privada”. *Revista do BNDES*. vol. 10, n. 20. Rio de Janeiro, 2003.
- BREALEY, R. A., COOPER, I. A., e HABIB, M. A. “Investment appraisal in the public sector”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. 1997.
- BURNS, Phil, e RIECHMANN, Christoph. “Regulatory instruments and their effects on investment behavior”. *World Bank Policy Research Working Paper* 3.292. April/2004.
- BURTON, John. “Privatization: the Thatcher case”. *Managerial and Decision Economics*. vol. 8, n. 1. March/1987.
- CALDERON, Cesar A., e SERVEN, Luis. “The effects of infrastructure development on growth and income distribution”. *World Bank Policy Research Working Paper* 3.400. September/2004.
- CAMPOS, Javier, e CANTOS, Pedro. “Regulating privatized rail transport”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.064. February/1999.
- CANTOS, Pedro, e CAMPOS, Javier. “Regulating privatized rail transport”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.064. February/1999.
- CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental – Uma Abordagem Econômica*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- CIUCCI, Pietro, FIAMMENGHI, Giuseppe, GRANATI, Stefano, SANDULLI, Andrea, e VIGLIANO, Franco. *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow* (documentos empregados pela equipe técnica no “Roadshow” do projeto).
- COASE, Ronald H. “The nature of the firm”. *Economica*. New Series. vol. 4, n. 16. November/1937.
- “The new institutional economics”. *The American Economic Review*. vol. 88, n. 2. Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association. May/1998.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*. Bruxelas, 30.4.2004. Disponível em: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/dpi/gpr/doc/2004/com2004_0327pt01.doc.
- COOPER, I. A., BREALEY, R. A., e HABIB, M. A. “Investment appraisal in the public sector”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. 1997.
- CORNES, Richard, e SANDLER, Todd. “On commons and tragedies”. *The American Economic Review*. vol. 73, n. 4. September/1983.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos Bancários*. 3ª ed. São Paulo, LEUD, 1999.
- CUSTER JR., B. Scott, e AUGERNBLICK, Marke. “The Build, Operate, and Transfer (‘BOT’) approach to infrastructure

- projects in developing countries”. WPS 498. The World Bank/Legal Department, Technical Department, Europe, Middle East, and North Africa Regional Office, and Infrastructure and Urban Development Department, August/1990.
- DASGUPTA, Partha. *Economic Theory and Exhaustible Resources*. Cambridge University Press, 1979.
- MARGLINE, Stephen, e SEN, Amartya K. *Guidelines for Project Evaluation*. Nova York, United Nations Industrial Development Organization, 1972.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo, Max Limonad, 1997.
- DEVARAJAN, Shantayanan, SQUIRE, Lyn, e SUTHIWART-NARUEPUT, Sethaput. “Beyond rate of return: reorienting project appraisal”. *The World Bank Research Observer*. vol. 12, n. 1. February/1997.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1997; 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2002.
- DOMBERGER, Simon, e JENSEN, Paul. “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. Graduate School of Business/University of Sydney.
- ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, e GALETOVIC, Alexander. “A new approach to private roads”. *Regulation*. vol. 25, n. 3, Fall/2002 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=343602).
- “Highway franchising: pitfalls and opportunities”. *The American Economic Review*. vol. 87, n. 2. Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association. May/1997.
- “Least-present-value-of-revenue auctions and highway franchising”. *Journal of Political Economy*. vol. 109, n. 5. October/2001.
- “Privatizing highways in Latin America: fixing what went wrong”. *Economia, the Journal of the Latin American and Caribbean Economics Association (LACEA)*. vol. 4, n. 1. October/2003.
- ESTACHE, Antonio, e SEREBRISKY, Tomás. “Where do we stand on transport infrastructure deregulation and public-private partnership?”. *World Bank Policy Research Working Paper* 3.356. July/2004.
- EUROPEAN COMMISSION. *Long Term Contracts between Government Units and Non-Government Partners (Public-Private Partnerships), Methods and Nomenclatures*. Eurostat, Theme 2, *Economy and Finance*. 30.8.2004.
- . *Resource Book on PPP Case Studies*. Directorate-General Regional Policy. June/2004.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- FIAMMENGHI, Giuseppe, CIUCCI, Pietro, GRANATI, Stefano, SANDULLI, Andrea, e VIGLIANO, Franco. *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow* (documentos empregados pela equipe técnica no “Roadshow” do projeto).
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo, Max Limonad, 1997.
- FLEMMING, John, e MAYER, Colin. “The assessment: public-sector investment”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. 1997.
- FLYVBJERG, B. “Underestimating costs in public works projects”. *APA Journal*. vol. 68, n. 3. Summer/2002.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Moeda: de Onde Veio, para Onde Foi*. 2ª ed. São Paulo, Pioneira, 1997.
- GALETOVIC, Alexander, ENGEL, Eduardo, e FISCHER, Ronald. “A new approach to private roads”. *Regulation*. vol. 25, n. 3, Fall/2002 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=343602).
- “Highway franchising: pitfalls and opportunities”. *The American Economic Review*. vol. 87, n. 2 (“Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association). May/1997.
- “Least-present-value-of-revenue auctions and highway franchising”. *Journal of Political Economy*. vol. 109, n. 5. October/2001.
- “Privatizing highways in Latin America: fixing what went wrong”. *Economia, the Journal of the Latin American and Caribbean Economics Association (LACEA)*. vol. 4, n. 1. October/2003.
- GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- GOMEZ-IBÁÑEZ, José A., e MEYER, John R. *Going Private: the International Experience with Transport Privatization*. Brookings Institution Press, 1993.
- GÓMEZ-LOBO, Andrés, e HINOJOSA, Sergio. “Broad roads in a thin country – Infrastructure concessions in Chile”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.279. January/2000.
- GORDON, H. Scott. “The economic theory of a common-property resource: the fishery”. *The Journal of Political Economy*. vol. 62, n. 2. April/1954.
- GRANATI, Stefano, CIUCCI, Pietro, FIAMMENGHI, Giuseppe, SANDULLI, Andrea, e VIGLIANO, Franco. *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow* (documentos empregados pela equipe técnica no “Roadshow” do projeto).
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- GREENBERG, David H., BOARDMAN, Anthony E., VINING, Aidan R., e WEIMER, David L. *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*. Upper Saddle River, N. J. Prentice Hall, 1996.
- GUASCH, José-Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing it Right*. The World Bank, 2004.

- GURGEL, Antônio de Pádua, LACERDA, Guilherme Narciso, e WALKER, José Roberto (orgs.). *Ferrovia – Um Projeto para o Brasil*. São Paulo, Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005.
- HABIB, M. A., BREALEY, R. A., e COOPER, I. A. “Investment appraisal in the public sector”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. 1997.
- HARDING, April, e LOEVINSOHN, Benjamin. “Contracting for the delivery of community health services: a review of global experience”. *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*. September/2004.
- HAVEMAN, Robert. “Common property, congestion, and environmental pollution”. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 87, n. 2. MIT Press, May/1973.
- HINOJOSA, Sergio, e GÓMEZ-LOBO, Andrés. “Broad roads in a thin country – Infrastructure concessions in Chile”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.279. January/2000.
- HM TREASURY. *PFI: Meeting the Investment Challenge*. July/2003.
- . *The Green Book – Appraisal and Evaluation in Central Government*. January/2003.
- IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa). “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa”. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/imagens/StConteudoArquivos/Codigo%20IBGC%203%20versao.pdf>.
- JENSEN, Paul, e DOMBERGER, Simon. “Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects”. *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. Graduate School of Business/University of Sydney.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10^a ed. São Paulo, Dialética, 2004; 11^a ed. São Paulo, Dialética, 2005.
- . *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo, Dialética, 1997.
- . *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo, Dialética, 2003.
- KIKERI, Sunita, e KOLO, Aishetu Fatima. “Privatization: trends and recent developments”. *World Bank Policy Research Working Paper* 3.765. November/2005.
- KIRKPATRICK, Colin, PARKER, David, e ZHANG, Yin-Fang. “Foreign direct investment in infrastructure in developing countries: does regulation make a difference?”. *Transnational Corporations*. vol. 15, n. 1. April/2006.
- KLEIN, Michael. “Rebidding for concessions”. In: WORLD BANK. *Public Policy for the Private Sector*. Note n. 161. November/1998.
- KLIN, Erik-Hans, e TEISMAN, Geert R. “Institutional and strategic barriers to public-private partnership: an analysis of dutch cases”. *Public Money & Management*. CIPFA. July/2003.
- KOLO, Aishetu Fatima, e KIKERI, Sunita. “Privatization: trends and recent developments”. *World Bank Policy Research Working Paper* 3.765. November/2005.
- LA PORTA, Rafael, e LOPES-DE-SILANES, Florencio. “The benefits of privatization: evidence from Mexico”. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 114, n. 4. November/1999.
- LACERDA, Guilherme Narciso, GURGEL, Antônio de Pádua, e WALKER, José Roberto (orgs.). *Ferrovia – Um Projeto para o Brasil*. São Paulo, Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005.
- LaROCQUE, Norman. “Contracting for the delivery of education services: a typology and international examples, New Zealand Business Roundtable”. *PEPG* 05-07. October/2005. Disponível no website do PEPG – *The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da KSG – Kennedy School of Government da Harvard University, preparado para o evento “Mobilizing the Private Sector for Public Education”, co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- LEIGLAND, James, e SHUGART, Chris. “Is the public sector comparator right for developing countries? Appraising public-private projects in infrastructure”. *Guidelines*. Note n. 4. April/2006.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio Ambiente, Propriedade e Repartição Constitucional de Competências*. São Paulo, IBAP & ADCOAS, 2002.
- LITTLE, I. M. D., e MIRRLEES, J. A. *Manual of Industrial Project Analysis*. Paris, OECD Development Center, 1969.
- . *Project Appraisal and Planning*. Londres, Heinemann, 1974.
- . “Project appraisal and planning twenty years on”. *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1990*. Washington, DC, World Bank, 1991.
- LOEVINSOHN, Benjamin, e HARDING, April. “Contracting for the delivery of community health services: a review of global experience”. *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*. September/2004.
- LOPEZ-DE-SILANES, Florencio. “Determinants of privatization prices”. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 112, n. 4. November/1997.
- , SHLEIFER, Andrei, e VISHNY, Robert W. “Privatization in the United States”. *The RAND Journal of Economics*. vol. 28, n. 3. Autumn/1997.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- MACHADO JR., J. Teixeira, e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31^a ed.

- Rio de Janeiro, IBAM, 2002/2003.
- MACHIN, Stephen, e WILSON, Joan. "Public and private schooling initiatives in England". *PEPG* 05-16. October/2005. Disponível no website do PEPG – *The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da KSG – *Kennedy School of Government* da *Harvard University*, preparado para o evento "Mobilizing the Private Sector for Public Education", co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- MARGLINE, Stephen, DASGUPTA, Partha, e SEN, Amartya K. *Guidelines for Project Evaluation*. Nova York, United Nations Industrial Development Organization, 1972.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. "Concessão de estradas de rodagem – Criação de companhia de propósito específico – Oferecimento de ações em garantia – Instituição estrangeira como garantidora – Parecer sintético". *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. vol. 6, n. 24. Julho-Setembro/1998.
- MAYER, Colin, e FLEMMING, John. "The assessment: public-sector investment". *Oxford Review of Economic Policy*. vol. 13, n. 4. 1997.
- MEYER, John R., e GOMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Going Private: the International Experience with Transport Privatization*. Brookings Institution Press, 1993.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo, Ed. RT, 2001.
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, Unità Tecnica Finanza di Progetto, CIPE. *La Valutazione della Convenienza Economico-Finanziaria nella Realizzazione e Gestione degli Investimenti Pubblici con il Ricorso alla Finanza Privata*. Maggio/2002.
- MIRRELES, J. A., e LITTLE, I. M. D. *Manual of Industrial Project Analysis*. Paris, OECD Development Center, 1969.
- . *Project Appraisal and Planning*. Londres, Heinemann, 1974.
- . "Project appraisal and planning twenty years on". *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1990*. Washington, DC, World Bank, 1991.
- MORA, José-Ginés. "Public-private partnerships in Latin America: a review based on four case studies". *PEPG* 05-08. *Draft Version*: 25-September-2005. Disponível no website do PEPG – *The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da KSG – *Kennedy School of Government* da *Harvard University*, preparado para o evento "Mobilizing the Private Sector for Public Education", co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Novos institutos consensuais da ação administrativa". *RDA*. vol. 231. Janeiro-Março/2003.
- , e SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais". *RDA*. vol. 236. Abril-Junho/2004.
- MOXNES, Erling. "Not only the tragedy of the commons: misperceptions of bioeconomics". *Management Science*. vol. 44, n. 9. September/1998.
- MUMFORD, Michael. *Public Projects Private Finance – Understanding the Principles of the Private Finance Initiative*. NPV+, Griffin Multimedia, 1998.
- PARGENDLER, Mariana. "On contract drafting and innovation: the role of contract types in the civil law tradition". Inédito. Yale Law School, 24.2.2006.
- PARKER, David, KIRKPATRICK, Colin, e ZHANG, Yin-Fang. "Foreign direct investment in infrastructure in developing countries: does regulation make a difference?". *Transnational Corporations*. vol. 15, n. 1. April/2006.
- PASIN, Jorge Antônio Bozoti, e BORGES, Luiz Ferreira Xavier. "A nova definição de parceria público-privada". *Revista do BNDES*. vol. 10, n. 20. Rio de Janeiro, 2003.
- PATRINOS, Harry Anthony. "Education contracting: scope of future research". *PEPG* 05-23. October/2005. Disponível no website do PEPG – *The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da KSG – *Kennedy School of Government* da *Harvard University*, preparado para o evento "Mobilizing the Private Sector for Public Education", co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- PINTO, José Emílio Nunes. "As parcerias entre o setor público e o setor privado". Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>.
- PINTO, Marcos Barbosa. "A função econômica das PPPs". *REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. vol. 2. Salvador/BA/Brasil. Maio-Julho/2005.
- . "Repartição de riscos nas parcerias público-privadas". *Revista do BNDES*. vol. 13, n. 25. Rio de Janeiro, Junho/2006.
- PIRIE, M. *Dismantling the State: The Theory and Practice of Privatization*. Dallas, National Center for Policy Analysis, 1985.
- . *Public-Private Partnerships – The Government's Approach*. Londres, The Stationery Office, 2000.

- RAMAMURTI, Ravi. "Why are developing countries privatizing?". *Journal of International Business Studies*. vol. 23, n. 2 (2nd Qtr., 1992).
- REIS, Heraldo da Costa, e MACHADO JR., J. Teixeira. *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31ª ed. Rio de Janeiro, IBAM, 2002/2003.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. "Decentralization and central coordination" ("PPPI – Public-Private Partnerships in Infrastructure Days". Washington, DC, 8-9.6.2006). In: BANCO MUNDIAL. *Proceedings from PPPI Days 2006 – June 8-9, 2006*. Disponível em: www.wbippi.org. O vídeo da palestra encontra-se disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/WBIPROGRAMS/PPPILP/0,,contentMDK:21026497~menuPK:461142~pagePK:64156158~piPK:64152884~theSitePK:461102,00.html>.
- . "Venda de créditos de titularidade de autarquia e conceito de operação de crédito na Lei de Responsabilidade Fiscal. Legalidade do desconto do valor de face dos créditos a serem alienados". *RTDP*. vol. 32. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- RIECHMANN, Christoph, e BURNS, Phil. "Regulatory instruments and their effects on investment behavior". *World Bank Policy Research Working Paper* 3.292. April/2004.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo, Atlas, 2005.
- SANDULLI, Andrea, CIUCCI, Pietro, FIAMMENGHI, Giuseppe, GRANATI, Stefano, e VIGLIANO, Franco. *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow* (documentos empregados pela equipe técnica no "Roadshow" do projeto).
- SANTOS, Saint'Clair Honorato. *Direito Ambiental – Unidades de Conservação, Limitações Administrativas*. Curitiba, Juruá, 1999.
- SAPPINGTON, D. E. M., e STIGLITZ, J. E. "Privatization, information and incentives". *Journal of Policy Analysis and Management*. vol. 6. 1987.
- SAVAS, E. "An empirical study of competition in municipal service delivery". *Public Administration Review*. vol. 37, n. 6. 1977.
- SEN, Amartya K., DASGUPTA, Partha, e MARGLINE, Stephen. *Guidelines for Project Evaluation*. Nova York, United Nations Industrial Development Organization, 1972.
- SEREBRISKY, Tomás, e ESTACHE, Antonio. "Where do we stand on transport infrastructure deregulation and public-private partnership?". *World Bank Policy Research Working Paper* 3.356. July/2004.
- SERVEN, Luis, e CALDERON, Cesar A. "The effects of infrastructure development on growth and income distribution". *World Bank Policy Research Working Paper* 3.400. September/2004.
- SHAPIRO, C., e WILLIG, R. "Economic rationales for the scope of privatization". In: SULEIMAN, E. N., e WATERBURY, J. (eds.). *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*. Boulder/Colo., Westview Press, 1990.
- SHLEIFER, Andrei, LOPEZ-DE-SILANES, Florencio, e VISHNY, Robert W. "Privatization in the United States". *The RAND Journal of Economics*. vol. 28, n. 3. Autumn/1997.
- SHUGART, Chris, e LEIGLAND, James. "Is the public sector comparator right for developing countries? Appraising public-private projects in infrastructure". *Guidelines*. Note n. 4. April/2006.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- SQUIRE, Lyn, DEVARAJAN, Shantayanan, e SUTHIWART-NARUEPUT, Sethaput. "Beyond rate of return: reorienting project appraisal". *The World Bank Research Observer*. vol. 12, n. 1. February/1997.
- STRONG, John S., GUASCH, José-Luis, e BENAVIDES, Juan. *Managing Risks of Infrastructure Investment in Latin America: Lessons, Issues, and Prescriptions (Working Paper)*. Inter-American Development Bank, Washington, DC/Sustainable Development Department.
- STIGLITZ, J. E., e SAPPINGTON, D. E. M. "Privatization, information and incentives". *Journal of Policy Analysis and Management*. vol. 6. 1987.
- SULEIMAN, E. N., e WATERBURY, J. (eds.). *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*. Boulder/Colo., Westview Press, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia jurídico das parcerias público-privadas". In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005. (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- SUTHIWART-NARUEPUT, Sethaput, DEVARAJAN, Shantayanan, e SQUIRE, Lyn. "Beyond rate of return: reorienting project appraisal". *The World Bank Research Observer*. vol. 12, n. 1. February/1997.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. vol. 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- TEISMAN, Geert R., e KLIN, Erik-Hans. "Institutional and strategic barriers to public-private partnership: an analysis of dutch cases". *Public Money & Management*. CIPFA. July/2003.
- VICKERS, John, e YARROW, George. *Privatization: an Economic Analysis*. Cambridge/MA, MIT Press, 1988.

- VIGLIANO, Franco, CIUCCI, Pietro, FIAMMENGHI, Giuseppe, GRANATI, Stefano, e SANDULLI, Andrea. *Stretto di Messina S.p.A. – Roadshow* (documentos empregados pela equipe técnica no “Roadshow” do projeto).
- VINING, Aidan R., BOARDMAN, Anthony E., GREENBERG, David H., e WEIMER, David L. *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*. Upper Saddle River, N. J. Prentice Hall, 1996.
- VISHNY, Robert W., LOPEZ-DE-SILANES, Florencio e SHLEIFER, Andrei. “Privatization in the United States”. *The RAND Journal of Economics*. vol. 28, n. 3. Autumn/1997.
- WALKER, José Roberto. “Entre o Litoral e o Planalto, 150 anos de ferrovia no Brasil”. In: GURGEL, Antônio de Pádua, LACERDA, Guilherme Narciso, e WALKER, José Roberto (orgs.). *Ferrovia – Um Projeto para o Brasil*. São Paulo, Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005.
- WARAT, Luís Alberto. *O Direito e sua Linguagem (2ª Versão)*. 2ª ed. 1995.
- WATERBURY, J., e SULEIMAN, E. N. (eds.). *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*. Boulder/Colo., Westview Press, 1990.
- WEIMER, David L., BOARDMAN, Anthony E., GREENBERG, David H., VINING, Aidan R. *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*. Upper Saddle River, N. J. Prentice Hall, 1996.
- WILLIAMSON, Oliver E. “The modern corporation: origins, evolution, attributes”. *Journal of Economic Literature*. vol. 19, n. 4. December/1981.
- WILLIG, R., e SHAPIRO, C. “Economic rationales for the scope of privatization”. In: SULEIMAN, E. N., e WATERBURY, J. (eds.). *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*. Boulder/Colo., Westview Press, 1990.
- WILSON, Joan, e MACHIN, Stephen. “Public and private schooling initiatives in England”. *PEPG* 05-16. October/2005. Disponível no *website* do *PEPG – The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da *KSG – Kennedy School of Government da Harvard University*, preparado para o evento “Mobilizing the Private Sector for Public Education”, co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- WÖBMAN, Ludger. “Public-private partnerships in schooling: cross-country evidence on their effectiveness in providing cognitive skills”. *PEPG* 05-09. September/2005. Disponível no *website* do *PEPG – The Program on Education, Policy and Governance* (<http://www.ksg.harvard.edu/pepg/research.htm>) da *KSG – Kennedy School of Government da Harvard University*, preparado para o evento “Mobilizing the Private Sector for Public Education”, co-organizado pelo Banco Mundial e pela KSG, em 5-6.10.2005.
- XU, Lixin Colin, ALCÁZAR, Lorena e ZULUAGA, Ana Maria. “Institutions, politics, and contracts: the attempt to privatize the water and sanitation utility of Lima, Peru”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.478. Peru, Universidad del Pacífico, World Bank/Development Research Group (DECRG). November/1999.
- YARROW, George, e VICKERS, John. *Privatization: an Economic Analysis*. Cambridge/MA, MIT Press, 1988.
- ZHANG, Yin-Fang, KIRKPATRICK, Colin, e PARKER, David. “Foreign direct investment in infrastructure in developing countries: does regulation make a difference?”. *Transnational Corporations*. vol. 15, n. 1. April/2006.
- ZULUAGA, Ana Maria, XU, Lixin Colin, e ALCÁZAR, Lorena. “Institutions, politics, and contracts: the attempt to privatize the water and sanitation utility of Lima, Peru”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2.478. Peru, Universidad del Pacífico, World Bank/Development Research Group (DECRG). November/1999.